



Universidad de Chile
Facultad de Derecho.
Departamento de Derecho Laboral y
Seguridad Social

ANÁLISIS DE LAS FIGURAS CONTEMPLADAS EN EL ART. 507 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO: LA SIMULACION Y EL SUBTERFUGIO.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

CAMILO SALVADOR DURÁN CARVAJAL

Profesor Guía:
Claudio Palavecino Cáceres.

Santiago de Chile
Noviembre, 2014

ÍNDICE

	PÁG.
I. INTRODUCCION.....	3
II. DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA.....	9
2.1 Concepto	9
2.2. Formas comunes de descentralización	12
2.3 Efectos de la descentralización en la empresa.....	15
2.3.1. Efecto en las relaciones individuales.....	17
2.3.2. Efecto en las relaciones colectivas.....	19
III. CONCEPTO DE EMPRESA	22
3.1 Concepto de empresa en el Derecho Chileno.....	24
3.2. Concepto de empresa en el Derecho Comparado.....	27
3.3. Concepto de empresa en nuestra Jurisprudencia.....	29
3.3.1. Jurisprudencia Administrativa.....	29
3.3.2. Jurisprudencia Judicial.....	33
3.4. Controversias en torno a este concepto generadas en la doctrina.....	36
3.5. Modificaciones hechas por la ley 20.760.....	41
3.6 Importancias de las figuras de simulación y subterfugio en relación al concepto de empresa.....	44
IV. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO MARCO REGULADOR DE AMBAS FIGURAS.....	47
4.1. Constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador	48
4.2. Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador.....	52
4.3. Principios aplicables al Derecho Administrativo Sancionador.....	60

V. CONTRATACIÓN SIMULADA DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE UN TERCERO	66
5.1. Generalidades	66
5.2. Modificaciones legales relevantes en materia de simulación	72
5.3. Interpretación y aplicación de esta figura por parte de la doctrina y la jurisprudencia	74
5.4 Análisis desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.....	80
5.4.1. Tipo Objetivo	82
5.4.2. Tipo Subjetivo	84
5.4.2.1. Alcances en la aplicación del principio de culpabilidad.....	87
5.4.3. Sanción.....	91
VI. SUBTERFUGIO EN PERJUICIO DE LOS TRABAJADORES	93
6.1. Generalidades	93
6.2 Modificaciones legales relevantes en materia de simulación	96
6.3. Interpretación y aplicación de esta figura por parte de la doctrina y la jurisprudencia.....	97
6.4 Análisis desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.....	100
6.4.1 Tipo Objetivo.....	100
6.4.2 Tipo Subjetivo.....	101
6. 4.3.Sanción	106
VII. BREVE ANÁLISIS CRITICO SOBRE LA NUEVA LEY 20.760 O “LEY DEL MULTIRUT”	108
VIII. CONCLUSIONES	117
IX. BIBLIOGRAFÍA	126

I. INTRODUCCION

La globalización y la fuerte presencia de nuevas tecnologías de la información han transformado los presupuestos tradicionales del mercado, obligando a los sujetos que interactúan en él a cambiar sus conductas, dirigiéndose hacia un sistema productivo más “flexible” basado en lo que se ha denominado *descentralización productiva*.

Este fenómeno no es irrelevante para el Derecho del Trabajo puesto que genera diversas controversias en cuanto a la adecuada regulación que debe existir en las relaciones laborales, producto de las nuevas formas de organización de la empresa. Es por estas nuevas realidades que la doctrina ha abierto un amplio debate, enfocado principalmente en el concepto de empresa que regula nuestro Código del Trabajo y como este debe ser interpretado o eventualmente modificado.

La discusión se ha generado justamente porque las nuevas modificaciones que realizan las empresas en su organización, muchas veces afectan los derechos laborales. Sin embargo, el artículo 507 del Código del Trabajo tipifica dos ilícitos que permiten proteger a los trabajadores de ciertos actos fraudulentos que se puedan generar con ocasión de dichas modificaciones, se trata de las figuras de *subterfugio y simulación*.

Si bien, como veremos, este artículo fue recientemente reemplazado, su nueva redacción mantiene en lo esencial a ambas figuras. Además, se confirma la conexión entre el artículo 3 y el 507 del código, demostrando la intención del legislador de determinar claramente los límites de la ilicitud en las transformaciones de las empresas. El objetivo del artículo 507 se puede apreciar en la discusión de la ley 19759, en la cámara de diputados, donde se señala que se pretende “complementar el concepto de empresa señalado en el artículo 3º del Código del Trabajo, a fin de sancionar aquellas prácticas irregulares por las cuales el concepto de empresa es utilizado para evadir derechos laborales y previsionales que afectan a trabajadores en forma individual o colectiva.”¹

En el presente trabajo se pretende analizar los ilícitos mencionados y determinar como han sido interpretados y aplicados por parte de nuestra jurisprudencia. A través del análisis de estas figuras también se busca ampliar la discusión en torno al concepto de empresa, recientemente modificado por el legislador, aportando una visión que permita considerar a ambas figuras como instrumentos para determinar la ilicitud en las transformaciones empresariales, comprendiendo que no todas las transformaciones propias de la descentralización productiva son ilícitas y que se debe configurar un apropiado

¹ Historia de la Ley 19759. [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282> > [consultado el 7 de Abril de 2014] Pág. 1004

equilibrio entre la libertad de empresa y la protección de los derechos del trabajador.

Previo a cualquier análisis, es importante exponer, en términos generales, y con el único fin de contextualizar el problema jurídico mencionado, en que consiste el fenómeno de la descentralización productiva y cuales son sus consecuencias prácticas en la organización de la empresa. Luego será necesario estudiar el concepto de empresa presente en nuestro ordenamiento jurídico y de que forma nuestros tribunales, aplicando el principio de primacía de la realidad de manera muy diversa, lo han interpretado, influyendo en algunos casos en la protección efectiva de los derechos del trabajador.

Se hace imprescindible también delimitar el marco jurídico aplicable a estos delitos, lo que nos dirige hacia el Derecho Administrativo Sancionador obligadamente. En esta materia nos parece pertinente profundizar en torno a las distintas discusiones que se han dado en este campo del derecho, principalmente respecto de su constitucionalidad y su autonomía frente al Derecho Penal. Esto es de suma importancia debido a que permite entender que principios finalmente se deben aplicar en el Derecho Administrativo Sancionador y de que manera se debe hacer esta aplicación, lo cual, como veremos, influye notoriamente en la forma de interpretar las infracciones mencionadas.

Cabe señalar que si bien, nos veremos obligados a tocar varias discusiones doctrinarias que se han generado en distintas temáticas jurídicas, sobre todo en lo que dice relación con el Derecho Administrativo Sancionador como marco legal, quizás éstas no puedan ser abordadas con toda la profundidad que se quisiera, debido a que se analizarán tomando en cuenta como eje central el aporte que puedan hacer a la solución de los problemas que se han generado en torno a las figuras de la simulación y el subterfugio.

Finalmente, se abordarán en específico cada una de las infracciones administrativas, considerando los elementos más importantes de cada una, y centrándonos en los problemas jurídicos que se han generado en cada caso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Respecto de estos ilícitos, la mayoría de los autores ha adoptado una visión bastante reducida para solucionarlos. En este sentido, algunos han dicho que “la doctrina del levantamiento del velo se alza como una nueva herramienta a la que pueden recurrir los tribunales para dejar sin efecto el uso malicioso de la persona jurídica, en el entendido de que esta es utilizada como una mera pantalla artificial que defrauda los derechos propios del Orden Público Laboral.”². En una línea similar, se ha dicho que en estos casos es lógico que

² IRURETA, Pedro. 2005 “Aplicaciones de la doctrina del levantamiento del velo corporativo” en: Actas de las II jornadas de Derecho de la Empresa. Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Pág. 248.

“la realidad de los hechos, tal como ocurren en la práctica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones de voluntad”³ haciendo referencia a un principio fundamental en el derecho laboral como es *la primacía de la realidad*.

Por otro lado, observamos las controversias que se han generado luego de las modificaciones introducidas por la ley 19.759 en el año 2001. Dicha ley elimina la expresión “dolosamente” de la descripción de la conducta descriptiva de la simulación y reemplaza el vocablo “objeto” por el de “resultado” en el caso del subterfugio. Creemos que lo anterior ha llevado a múltiples confusiones, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, llevando a algunos a señalar que lo que se busca sancionar no es el engaño a terceros, ni siquiera al propio trabajador involucrado, sino la elusión del vínculo laboral y la aplicación de las normas imperativas del derecho del trabajo”⁴ de este modo estaríamos en presencia de un caso de fraude a la ley o fraude laboral.⁵ Ahora bien, como veremos, con la entrada en vigencia de la reciente ley 20.760 se modifican algunos aspectos en lo que dice relación con el requisito de intencionalidad en el subterfugio, lo que podría servir para eliminar toda ambigüedad en su interpretación.

³ POBLETE JIMENEZ, Carlos. 1996. “La simulación en el ámbito Laboral” en: Revista Laboral Chilena, Nro. 2- 3. Pág. 67

⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. 2003. “La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley” en: Boletín oficial de la Dirección del Trabajo. N° 173. Pág. 8

⁵ *Ibíd.* Pág. 9

Podemos apreciar los variados enfoques que se han desarrollado en la materia, sin embargo, creemos que se omite la posibilidad de aplicar un principio fundamental a la hora de establecer una sanción por parte del estado, cualquiera sea esta. Hablamos del principio de culpabilidad, el cual generalmente ha sido considerado en menor medida por nuestros tribunales. Es por esta razón que se pretende aportar una visión distinta, considerando el Derecho Administrativo Sancionador como marco regulador, con el objeto de aclarar cual debe ser la interpretación correcta de estas figuras.

II. DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA

2.1 Concepto

La búsqueda de mayor productividad y competitividad en el mercado ha obligado al empresariado a utilizar nuevas técnicas que le permitan ser más eficiente. Esto, junto con el desarrollo de nuevas tecnologías y su aplicación en los procesos productivos ha desencadenado un fenómeno denominado descentralización productiva.

Este fenómeno comienza a darse en la década de 1980, con el fin de hacer frente a la incertidumbre causada por los rápidos cambios en el entorno económico, institucional y tecnológico de las empresas, para lo cual se introdujo mayor flexibilidad en la producción y gestión dentro de las mismas.

La descentralización productiva o tercerización puede definirse como “aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa – que denominaremos empresa principal – 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 – que

llamaremos empresas auxiliares-, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo.”⁶

Estamos hablando, por lo tanto, de un proceso que implica un conjunto de modificaciones en la estructura organizativa y legal de la empresa con el objetivo de aumentar la rentabilidad del negocio. Principalmente modifica la gestión de los recursos humanos a través de técnicas como la subcontratación o externalización de algunas áreas, reestructuración de planillas, uso de la cesión legal de trabajadores u otras modificaciones que flexibilicen la relación laboral

Puede ocurrir que la empresa decida funcionar de manera descentralizada desde su origen o a lo largo de su existencia. En ambos casos son múltiples las causas que pueden generar esta decisión; reducir los costos de la empresa, desarrollar estrategias empresariales más dinámicas o flexibles, obtener una mayor productividad promoviendo la competencia de trabajadores independientes o subcontratistas, al mismo tiempo se identifican objetivos ilícitos o fraudulentos como por ejemplo debilitar la influencia sindical dentro de la empresa ⁷

⁶ CRUZ VILALÓN, Jesús. 2006. El derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva.[en línea] < <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/SpainSpanish-Villalon.pdf> > [consulta: 7 de Abril de 2014]

⁷ PAREDES NEIRA, Magno. “La descentralización productiva (Outsourcing): ¿es causa objetiva de cese colectivo de trabajadores?”

Podemos identificar dos esferas dentro de este fenómeno, en primer lugar una *externalización de la fase productiva*, que implica desplazar ciertas tareas propias del proceso productivo, hacia afuera de la empresa, implementando una visión más estratégica, según la cual la producción del bien final es el resultado de la acción simultánea y coordinada de diversas empresas.

En segundo lugar, este fenómeno presenta una “manifestación interna o *desconcentración productiva*, que supone, que al interior de las empresas las unidades económicas y administrativas que la componen actúen con autonomía y asuman con capacidad la gestión de la fase productiva que le corresponda”⁸. Esta desconcentración productiva busca romper el centralismo dentro de la compañía, estableciendo unidades productivas con autonomía, lo que se logra disminuyendo los escalones jerárquicos, generando vías más informales de comunicación, distribuyendo la toma de decisiones y principalmente remplazando una estructura basada en funciones por una basada en productos, por los cuales cada área se hace responsable.

En este contexto podemos decir que “La antigua gran empresa, unidad centralizada de ordenación de los factores productivos, ha dado paso a una nueva modalidad de organización que se constituye por múltiples unidades

<[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/\\$FILE/Outsourcing.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/$FILE/Outsourcing.pdf)> [en línea] [Consultado 7 de Abril de 2014] Pág. 6.

⁸ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. En Revista Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez. 2007. Santiago. Chile. Nro. 12. “La descentralización productiva y el surgimiento de nuevas formas de empleo autónomo”. Pág. 8.

económicas; dichas unidades, que se encuentran ligadas por la propiedad o control financiero, pueden establecer tanto relaciones de coordinación horizontal como de control vertical.”⁹

Por lo tanto, estamos frente a un fenómeno que, en sus dos dimensiones, ha generado fuertes cambios en las relaciones laborales, que sin duda se alejan cada vez más de la noción tradicional de trabajo que regula nuestro código, es decir del trabajo por cuenta ajena y subordinado o dependiente¹⁰

2.2. Formas comunes de descentralización

Este tipo de organización empresarial hoy en día se encuentra ampliamente extendido en la totalidad de los sectores productivos, al igual que en la totalidad de las profesiones, sin estar limitado a la mano de obra no calificada. Además se articula a través de diversos mecanismos, lo cual determina que las formas de cooperación y los vínculos jurídicos que unen a las empresas pueden ser muy variados. En nuestro país “desde mediados de los ochenta (...) y principalmente en aquellas antiguas empresas del sector público que fueron privatizadas, fue posible advertir que se produjo una modificación organizativa, que por una parte se inició con la creación de empresas filiales y después se complementó con la transformación del modo productivo, adoptándose diversas

⁹ UGARTE CATALDO, José. 2013. “El concepto legal de empresa y el derecho laboral: como salir del laberinto”. Santiago. < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000100005&script=sci_arttext > [consulta: 10 de Abril de 2014] Pág. 186

¹⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Op. cit. Pág. 3.

modalidades de tercerización, tales como la subcontratación y el suministro de mano de obra”¹¹

A pesar de que no es objeto de este trabajo el análisis detallado de las distintas formas a las que da lugar la descentralización productiva, si nos interesa exponer someramente algunas de ellas, con el fin de contextualizar los cambios que ocurren dentro de la estructura empresarial.

Una de las formas más comunes de este fenómeno son los grupos de empresas que presentan diversas variantes y que muchas veces se utilizan, no solo como una forma de organizar la titularidad comercial de la empresa sino que también como política de administración del personal, en ambos casos con fuerte incidencia en las relaciones laborales. Se trata de sociedades que de manera conjunta sacan provecho del trabajo que contratan, aplicando para ello un alto grado de coordinación, formando una organización que las reúne a todas como una sola unidad.¹² Es justamente en esta figura donde se observa la mayor presencia de casos de subterfugio laboral como se verá mas adelante, lo que hace necesario establecer un criterio estable para diferenciar en que casos este grupo de empresas resulta legitimo o no.

¹¹ LOPEZ FERNANDES, Diego. 2010. “La empresa como unidad económica”. Santiago, Legal Publishing. Pág. 3

¹² *Ibíd.* Pág. 49

La subcontratación es otra forma de tercerización muy presente, sobre todo en el sector de la construcción. Hoy en día es muy común que las empresas, a través de este mecanismo, externalicen funciones como las labores de limpieza, los servicios de seguridad y vigilancia, la mantención de establecimientos, las asesorías informáticas, la logística de transporte de productos, el asesoramiento jurídico, contable o en materia de prevención de riesgos, etc. En este sentido es importante hacer presente que “las relaciones o vinculaciones que existen entre la empresa principal y la empresa contratista son de coordinación y no de subordinación, pues en la descentralización productiva la empresa principal compromete la cooperación de las empresas contratistas para llevar a cabo su propio proyecto empresarial.”¹³ Como podremos analizar en su oportunidad, esta figura también presenta una estrecha relación con el ilícito laboral de simulación de contratación a través de un tercero.

También ha tomado fuerza con el tiempo el concepto de teletrabajo, que corresponde a un nuevo vínculo que permite mayor flexibilidad en la relación laboral. Como ha señalado el profesor Ricardo Juri se trata de un trabajo “a distancia que utiliza preferentemente y permanentemente las herramientas informáticas de las telecomunicaciones, las que permiten la transmisión del

¹³ PAREDES NEIRA, Magno. Op. cit. Pág. 5

producto del trabajo, utilizándose estas tecnologías como un instrumento fundamental”¹⁴

En una línea cercana a lo que hemos señalado, se observa una tendencia hacia lo que se ha denominado *trabajo autónomo*, que se relaciona con la paulatina disminución de la relación laboral bajo subordinación, esto implica que aquellos servicios que tradicionalmente se prestaban mediante un contrato de trabajo, hoy se realizan en base a contrataciones civiles o mercantiles, producto de la minimización de la estructura organizativa de la empresa. Aunque debemos ser conscientes de que muchas veces se utiliza esta estrategia como una forma fraudulenta de marginar ciertas relaciones laborales del ámbito regulatorio del Derecho del Trabajo para aquellos trabajadores menos calificados, también es cierto que esta tendencia se relaciona con una estrategia de valorización del capital humano, ya que permite mayor competitividad en términos de innovación, creatividad y adaptación de los trabajadores.

2.3 Efectos de la descentralización en la empresa

Las distintas manifestaciones de la descentralización productiva que hemos indicado producen al interior de la empresa diversos efectos y modifican en gran medida la relación entre el empleador y el trabajador.

¹⁴ JURI SABAG, Ricardo. 2006. “El teletrabajo, la nueva forma de trabajo. Santiago. LexisNexis. Pág. 22

La desconcentración productiva, es decir la cara interna de este fenómeno, modifica el rol del trabajo al interior de la empresa, ya que aumenta los grados de autonomía en cada unidad productiva, por lo tanto, el trabajador deja de ser un simple ejecutor de una tarea preestablecida y se ve obligado a desarrollar mayor iniciativa y creatividad, asumiendo mayores grados de responsabilidad al interior de la empresa. Lo anterior al mismo tiempo genera nuevos desafíos para el movimiento sindical, obligándolos a asumir mayores responsabilidades y mayor participación. Por lo tanto, esta esfera interna de la descentralización, no modifica necesariamente la relación jurídica laboral, sino que más bien afecta las funciones que desarrolla el trabajador dentro de la empresa, exigiéndole mayores capacidades.

A diferencia de lo anterior, la externalización, es decir la fase externa de este proceso, si afecta la relación jurídica laboral, ya que plantea la necesidad de aminorar la estructura productiva, lo que exige una mayor flexibilidad en las relaciones laborales. Para lograr esto, la empresa por ejemplo, traspasa ciertas actividades a terceros, y no solo actividades auxiliares (aseo, seguridad, alimentación) sino que también funciones propias del proceso productivo. En esta esfera de la descentralización, se observa un impacto mayor en la relación jurídica laboral formal al interior de la empresa, esto se manifiesta tanto en los derechos individuales como colectivos. Como es fácil concluir, esta cara interna

del fenómeno que analizamos tiene estrecha relación con los casos de descentralización que hemos mencionado más arriba, como son los grupos de empresas, la subcontratación o el teletrabajo.

2.3.1. Efecto en las relaciones individuales.

En lo que dice relación con los derechos individuales es difícil determinar si la descentralización productiva produce un efecto directo, sin embargo en muchos casos se observan cambios en la relación laboral o en las condiciones de trabajo producto de estas modificaciones organizacionales.

Generalmente, en el caso de un cambio en la estructura de capitales de la empresa, se verá afectada la solvencia de la misma, lo que afecta los derechos de los trabajadores indirectamente, ya que, se pueden arrastrar deudas previsionales o salariales o reducir las gratificaciones a las que tendrían derecho. Otro conflicto típico dice relación con las reducciones o modificaciones en las planillas de trabajadores, es decir con la continuidad de los contratos de trabajo, ya que por ejemplo en el caso de los grupos de empresas, se suele transferir trabajadores a las otras razones sociales involucradas, lo cual muchas veces deja en una situación de incertidumbre a los trabajadores, sobre todo en los casos en que se transfieren formalmente pero en la práctica no cambian su lugar de trabajo, ni su función ni su remuneración, por lo tanto en el papel se enfrenta a un nuevo empleador pero en términos reales sigue bajo la misma

subordinación o mando. En la misma línea, cuando se producen fragmentaciones en la planilla de empleados, producto de la externalización de algunas actividades, se genera un efecto en dos direcciones, en primer lugar se reduce la empresa principal generalmente a aquellas actividades relacionadas con su rubro principal y por otro lado se acude a empresas auxiliares para labores muy determinadas, generalmente reducidas en la cantidad de empleados, en ambos casos hablamos de empresas pequeñas lo que generalmente lleva aparejado un deterioro en las condiciones de trabajo, comparado con las grandes empresas¹⁵.

Se ha visto también que la dependencia que se produce entre distintas empresas, en base a contratos de prestación de servicios, generalmente de duración determinada a cierto plazo, aumenta las tasas de contratación temporal, promoviendo una relación laboral inestable, muchas veces sin importar que la función del trabajador tenga relación con la actividad principal de la empresa.

En el caso de los Holding o grupos empresariales, la estrecha relación que se presenta entre las sociedades puede dar pie a una confusión sobre quien es el verdadero empleador de los trabajadores, ya que “no es raro que exista un traslado permanente de contratación de trabajadores de una sociedad a otra,

¹⁵ CRUZ VILALÓN, Jesús. Op. cit. Pág. 8

que trabajadores presten servicios a la vez sucesivamente para dos o más sociedades del grupo o que algunas sociedades se involucren en decisiones laborales respecto de trabajadores no contratados por ellas.”¹⁶

En definitiva, las responsabilidades laborales que se pueden eludir diversificando una actividad en varias razones sociales, como ocurre en el caso de los grupos empresariales recién mencionados, son múltiples; la obligación de tener Reglamento Interno en caso de contar con mas de 10 trabajadores; la obligación de constituir un Comité Paritario de Higiene y Seguridad en el caso de contar con mas de 25 trabajadores; constituir un departamento de prevención de riesgos profesionales y contratar a un experto en seguridad si la empresa cuenta con mas de 100 empleados; las empresas con menos de 25 trabajadores pueden contratar extranjeros sobre el 85% del total de la planilla; si la empresa tiene menos de 5 trabajadores no se exige el libro auxiliar de remuneraciones; si la empresa contrata a 20 o mas mujeres tiene la obligación de tener sala cuna o proporcionarla a las madres con hijos menores a dos años, etc.

2.3.2. Efecto en las relaciones colectivas.

Si nos enfocamos en los derechos colectivos, podemos ver que los efectos de las modificaciones dentro de una empresa también son numerosos. En el caso de aquellas empresas que se dividen o crean filiales, se produce la

¹⁶ LOPEZ FERNANDES, Diego. Op. cit. Pág. 11

migración de trabajadores a otra empresa bajo otra razón social, lo que en primer lugar debilita al sindicato anterior y además lo obliga a considerar la alternativa de modificar sus estatutos o crear un sindicato inter empresa, para que los trabajadores puedan seguir afiliados a pesar de que estén contratados por diversas razones sociales, en nuestra institucionalidad laboral esta opción era un poco ingrata ya que el sindicato ínter empresa perdía el derecho a negociar colectivamente con las sociedades asociadas mediante el procedimiento legalmente reglado¹⁷, sin embargo este panorama se ve modificado con la nueva redacción del art. 3 del Código del Trabajo que si permite esta posibilidad

Por otro lado, si se producen cambios en la organización de capitales de la empresa se pueden ver afectados los beneficios que se pactaron colectivamente por los trabajadores de la empresa original, si alguno de los afiliados es recontratado por otra de las sociedades. Además, bajo esta nueva empresa deberán crear un nuevo sindicato, o sumarse al preexistente si lo hay, e iniciar una nueva negociación. Al modificar el convenio colectivo aplicable es muy probable que los contenidos y la intensidad en los derechos de cada uno sean bastante diversos, por lo tanto es fácil ver como lo colectivo luego repercute en lo individual¹⁸.

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 10

¹⁸ CRUZ VILALÓN, Jesús. *Op. cit.* Pág.11

Por ultimo, hay que considerar las dificultades que se pueden dar dentro de los holding o grupos empresariales, en relación con los quórum mínimos para constituir sindicatos y poder negociar colectivamente, ya que no es raro observar sociedades relacionadas que explotan una misma actividad pero que se mantienen con una cantidad muy baja de trabajadores contratados, lo que impide alcanzar el mínimo necesario para poder constituir sindicatos en cada una de ellas, pero si la consideráramos como una sola unidad si podría alcanzar la cantidad requerida por la ley. Esto último también es posible con las modificaciones agregadas por la ley 20.760 que permite declarar a varias empresas como un solo empleador, sin embargo la situación solo cambiará en la medida que el juez efectivamente declare a varias empresas como un único empleador en cada caso que sea pertinente, de lo contrario no se modificará el panorama para los trabajadores.

En conclusión, podemos decir que el fenómeno de la descentralización ha venido a modificar completamente la estructura tradicional de la empresa. Por lo mismo son cada vez mayores los desafíos que esto genera en el derecho laboral, obligándolo a adecuarse a las nuevas formas empresariales y los efectos en la relación laboral que esto implica. Como veremos a continuación, en nuestro derecho las principales discusiones que se han dado en este sentido dicen relación con el concepto de empresa y la forma en que la doctrina y la jurisprudencia lo han interpretado.

III. CONCEPTO DE EMPRESA

Hoy en día, las empresas son sin duda actores fundamentales tanto en lo social, como en lo económico. Socialmente, además de generar empleos, permiten a los individuos desarrollarse personalmente y satisfacer sus necesidades, mientras que económicamente, se trata de la unidad productiva que desplaza bienes y servicios en el mercado, distribuyendo las riquezas.

No es menor tampoco la importancia que ocupa en el Derecho Laboral, puesto que es dentro de ella donde se desarrolla el contrato de trabajo, así “la definición de la empresa es relevante para efectos de la identificación del empleador o empresario, para que asuma sus responsabilidades de tal”¹⁹. Un ejemplo de la relevancia de este concepto se ve en nuestro Código del Trabajo, cuando se establece un régimen jurídico especial para el cambio de titularidad de la empresa en el art. 4, inciso segundo de nuestro código.

La Real Academia de la Lengua Española define empresa como “*unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*”, de manera similar, el profesor Ricardo Sandoval señala que la empresa se caracteriza por lo siguiente; i) realizar una actividad de orden económico, ii) ser una entidad organizada y planificada, iii) tener una tendencia a permanecer en el tiempo, iv) poseer sentido de lucro, y v)

¹⁹ ROJAS MIÑO, Irene. 2001. “El peculiar concepto de empresa para efectos jurídicos laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva”. [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200018> [consultado 8 de Mayo de 2014]

que su fin sea la producción de bienes y servicios o el cambio de los mismos en el mercado²⁰. Los empresarios también coinciden en algunos de los elementos fundamentales que integran este concepto como, la existencia de un capital proporcionado por alguien que asume el riesgo de emprender un negocio; la participación de los trabajadores, y la unidad de dirección²¹.

Se ha hecho un esfuerzo por diferenciar el concepto de empresa del establecimiento de comercio, en este sentido la doctrina francesa estima que la empresa es una unidad económica de producción, es decir se relaciona con el objetivo económico que el empresario busca alcanzar, mientras que el establecimiento es la unidad técnica de producción, por lo tanto su objetivo es meramente el cumplimiento de una actividad productiva. La doctrina española sigue un poco esta línea pero utiliza el criterio de la personalidad jurídica para diferenciar ambas figuras, es decir, si un establecimiento adquiere personalidad jurídica propia pasaría a ser una empresa²². Pueden existir, entonces, varios establecimientos de comercio al servicio de una empresa y generalmente se da una relación jurídica de dominio o propiedad entre el empresario y el establecimiento de comercio, sin embargo, se puede establecer también una

²⁰ SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. 2005. "Manual de Derecho Comercial" 7° Edición. Santiago. Editorial Jurídica. Pág. 78.

²¹ CAMARA NACIONAL DE COMERCIO, SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE "Comentarios sobre el Proyecto de ley que establece un nuevo concepto de empresa." [En línea]
<<http://www.cnc.cl/downloadfile.aspx?CodSistema=20020129172812&CodContenido=20121016181041&CodArchivo=20121203115458>> [consulta: 8 de Mayo de 2014]

²² THAYER, William. 2007. "Manual de derecho del trabajo" 5° Edición. Santiago. Editorial Jurídica. Pág. 88

situación de arrendatario o de usufructuario²³. Esta distinción puede resultar importante en relación a lo analizado en el capítulo anterior, puesto que producto de los efectos de la descentralización productiva, es necesario establecer un criterio para distinguir cuando finalmente estamos en presencia de una empresa o de una parte de esta. Esto origina la mayor parte de los conflictos en esta materia, como veremos a continuación.

3.1 Concepto de empresa en el Derecho Chileno.

En nuestro ordenamiento jurídico en general, encontramos pocas referencias directas al concepto de empresa. El Código de Comercio solo se refiere indirectamente a ella, al hablar del empresario de transporte en sus artículos 166 inc. final y 172. Por su parte la Ley 18.175 o Ley de Quiebras, en los artículos 124 y siguientes contempla normas para la enajenación del todo o parte del activo de la quiebra como una “unidad económica”, este último concepto, si bien no está definido, se acerca a la noción de empresa como una unidad de bienes organizados para una actividad lucrativa²⁴.

En el art. 3 del Código del Trabajo se define la empresa como “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales,

²³ SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. Op. cit. Pág. 82

²⁴ *Ibíd.* Pág. 81

culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”. Esta es la redacción actual que establece la reciente ley 20.760 que reemplazó la expresión *bajo una dirección* por la frase *bajo la dirección de un empleador*

El concepto señalado contiene dos dimensiones; en primer lugar, una esfera material o fáctica, compuesta por los diversos medios que menciona, organizados hacia fines (diversos también), bajo la dirección de un empleador. En segundo lugar, menciona una dimensión normativa o formal al referirse a una “individualidad legal determinada”, lo cual, como veremos más adelante provoca gran discusión en la doctrina en relación al alcance de este requisito.

Tradicionalmente se ha desglosado el concepto en los siguientes elementos:

1. Organización de medios personales, materiales e inmateriales:

Es una noción amplia que comprende, el aspecto patrimonial y humano de la empresa, se trata de todos los medios que se ponen a disposición del fin que tenga la empresa, siempre que se encuentren insertos en una organización.

2. Bajo la dirección de un empleador

Previo a la reforma, el artículo solo hablaba de *una dirección común*, sin embargo hoy se explicita la figura del empleador como encargado de la dirección de una empresa. Este requisito es de toda lógica, puesto que debe existir un control que encamine el uso de los diversos medios

mencionados a un fin específico, de lo contrario estaríamos frente a una simple acumulación de bienes. Por lo tanto, sin considerar el vínculo jurídico que afecte a los distintos medios patrimoniales o personales (contratos de trabajo o vínculos societarios), lo que constituye a la empresa como tal es la inclusión de esos elementos en una organización que se encuentre bajo una dirección común, que está determinada por el sujeto de derecho que actúe como titular de la empresa.

3. Para el logro de fines, económicos, sociales, culturales o benéficos.

Se observa una visión amplia de los objetivos que puede tener una empresa, no siendo el lucro un fin exclusivo. Por esta razón, para una parte de la doctrina, muchas instituciones o meras situaciones de hecho podrían considerarse una empresa, aunque en principio no lo parecerían como, por ejemplo el Archivo Judicial o el caso de un médico que contrata a una secretaria,²⁵ sin embargo otra parte de la doctrina entiende que en el caso de que el acreedor del trabajo sea una simple persona natural, no estaríamos ante el concepto de empresa que señala la ley.

4. Dotada de una "individualidad legal determinada".

Se trata de un elemento muy inusual que el legislador no utiliza en otra oportunidad. Además ha generado controversias en su interpretación, ya

²⁵ UGARTE CATALDO, José Luís. 2004. "El nuevo derecho del trabajo". Santiago. ED. Universitaria. Pág. 73

que, como se verá más adelante, algunos autores han entendido que este requisito se confunde con la exigencia de contar con personalidad jurídica, mientras que otros entienden que el legislador se refiere al soporte sobre el cual se deben hacer recaer las obligaciones que surgen de las relaciones jurídicas que aquella organización de medios constituya²⁶.

3.2. Concepto de empresa en el Derecho Comparado.

En general son pocos los países que definen en su legislación el concepto de empresa, esto demuestra que se trata de un concepto complejo, lo que conlleva a que generalmente se delimite en base al principio de primacía de la realidad. A pesar de esto, hay algunos casos en que es posible encontrar una definición con elementos comunes a los que encontramos en nuestra legislación.

En el caso de Brasil, se define empleador y empresa como sinónimos en los siguientes términos:

“Considérese empleador la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, remunera y dirige la prestación personal del servicio”²⁷.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 74

²⁷ Leyes Laborales. Brasil. [en línea] <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del5452.htm> [Consultado 10 de Mayo de 2014]

En Argentina se establece un concepto que al igual que en el caso Chileno, otorga importancia a la agrupación de los medios de producción:

*“Artículo 5.- A los fines de esta ley se entiende como “empresa” la organización instrumental de medios personales, materiales, inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.*²⁸

México, en su Ley Federal del Trabajo adopta un criterio económico para definir la empresa y la distingue del establecimiento, sin hacer referencia a una organización de medios de producción en los siguientes términos:

*Artículo 16.- Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa.*²⁹

Otro caso importante está en el artículo 12 del Código del Trabajo de Nicaragua, que define la empresa como una *“unidad económica de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Se consideran como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el crecimiento y extensión de sus actividades siempre que no constituyan una persona jurídica*

²⁸ Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20744. Argentina. [en línea] <http://www.cepal.org/oig/doc/Agr_Ley20744_ContratodeTrabajo.pdf> [consultado 10 de Mayo de 2014]

²⁹ Ley federal del trabajo. México. [en línea] <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>> [Consultado el 10 de Mayo de 2014]

*diferente.*³⁰ La definición es bastante completa, además se observa que hace referencia a la persona jurídica como criterio para distinguir cuando uno de los establecimientos puede entenderse fuera de la empresa.

3.3. Concepto de empresa en nuestra Jurisprudencia.

Antes de entrar en este análisis es bueno advertir que debido a lo reciente de la reforma hecha en el artículo del código, solo es posible considerar criterios e interpretaciones establecidos bajo la antigua redacción de la ley, por lo tanto la revisión que se hará a continuación tiene como objetivo identificar los puntos críticos en la interpretación de la jurisprudencia, lo que permitirá tener una referencia al momento de analizar la nueva normativa.

3.3.1. Jurisprudencia Administrativa.

La Dirección del Trabajo ha interpretado el concepto de empresa en distintas situaciones, principalmente en aquellos casos donde se debe distinguir entre la autonomía de un *Grupo de Empresas o Holding* y la individualidad de cada una de las unidades que los integran, para efectos de hacer valer distintos derechos laborales.

³⁰ Código del trabajo. Nicaragua. [en línea]
<<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/45784/65050/S96NIC01.htm#11t1c2>> [Consultado el 10 de Mayo de 2014.]

En la Ordenanza N° 1699/73, el organismo se pronuncia sobre la solicitud del Sindicato de Trabajadores de Empresa Heresi y Cia. Ltda., relacionada con la empresa Textil Los Industriales, para resolver dos conflictos:

- 1) Determinar si los trabajadores de la Empresa Textil Los Industriales pueden afiliarse al Sindicato de Trabajadores de la Empresa Heresi y Cia. Ltda.
- 2) Determinar si los trabajadores de la Empresa Heresi y Cia. Ltda. tienen derecho a las utilidades que produce Textil Los Industriales.

Para resolver ambos puntos es necesario determinar el concepto de empresa y en este sentido el organismo señala que:

“De los antecedentes tenidos a la vista, en especial del informe evacuado por el fiscalizador Sr. Hernán Larraín Rojas, aparece que Heresi y Cía. Ltda. y Textil Los Industriales Ltda. son empresas jurídicamente diversas, que operan con distinta razón social y rol único tributario.

De los mismos antecedentes se desprende que cada Empresa cuenta con su propio personal, lleva en forma separada toda la documentación laboral y previsional pertinente, funcionando cada una con su propia maquinaria industrial.

Así también, se ha podido constatar que, si bien Heresi y Cía. Ltda. presta servicios a la Empresa Textil Los Industriales Ltda., de hilatura de fibra

acrílica y tejeduría, esta última paga por dichos servicios, según consta en facturas tenidas a la vista.

*De ello se sigue que las Empresas mencionadas son organizaciones que tienen una **individualidad legal propia determinada** y que reúnen los demás elementos que configuran el concepto de empresa antes analizado, antecedentes a la luz de los cuales puede concluirse que, en la especie, se está en presencia de dos empresas diversas.*

La conclusión anotada precedentemente, en opinión de este Servicio, no se ve alterada por las circunstancias constatadas por el fiscalizador actuante, en orden a que las empresas citadas tienen domicilio comercial común y que existen vinculaciones entre ellas en materia de socios, de representantes legales y de administración de personal, considerándose que el apreciar tales circunstancias de una forma diversa importaría desvirtuar el espíritu de la normativa laboral vigente, que como se dijera, radica en la empresa la base de un sindicato de tal naturaleza.”³¹

En esta misma línea, la Dirección del Trabajo, en diversas ocasiones³², configura el concepto de empresa en base a elementos como: 1) la constitución de cada empresa por diversas escrituras públicas, 2) Distintas Razones sociales y Rol Único Tributario, 3) El hecho de que cada empresa cuenta con su

³¹ Ordenanza N° 1699/73 [en línea] < <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88949.html>> [Consultado el 15 de Mayo de 2014.]

³² Ordenanza N° 1157/52 de la Dirección del Trabajo, Ordenanza N° 1750/ 74 de la Dirección del Trabajo, Ordenanza N° 1754/ 78 de la Dirección del Trabajo, Ordenanza N° 2059/ 175 de la Dirección del Trabajo.

propio personal y documentación laboral. Al mismo tiempo, no considera el hecho de que las empresas tengan un domicilio común o que los trabajadores compartan el mismo inmueble, así como también la relación en cuanto a los socios o representantes legales, elementos que pueden llegar a constituir en algunos casos una relación de mando y subordinación, que caracteriza la relación laboral.

Pero en otras oportunidades, este servicio ha sostenido una posición diversa aunque no totalmente aislada. Se trata de casos en que se ha debido pronunciar sobre derechos de sindicalización en empresas relacionadas, donde ha preferido abordar el problema desentendiéndose del concepto de empresa para hablar directamente de empleador, por lo tanto, considera que lo importante es determinar, dentro del grupo de empresas, cual es la que desarrolla un vínculo de subordinación y dependencia. En esta línea, ha dicho que *“necesario es concluir que los trabajadores que aparecen contratados por la empresa Inhumar Ltda., prestan servicios personales a la empresa Inhamar S.A., la que efectivamente los recibe y utiliza para sus fines sociales, bajo subordinación y dependencia, en el marco diario de jornada de trabajo”*³³

³³ Ordenanza N° 6604/395 de la Dirección del Trabajo. En: UGARTE CATALDO, José Luís. Op. Cit. (9) Pág. 201

3.3.2. Jurisprudencia Judicial.

Los tribunales por su parte, han tomado alternativas diversas a la hora de configurar el concepto de empresa, aplicando generalmente la doctrina del levantamiento del velo, relacionado con un principio fundamental en Derecho Laboral como es el *principio de primacía de la realidad*. Sin embargo, la interpretación de este principio no ha sido coherente en todos los casos y ha variado, dependiendo si se trata de derechos individuales o colectivos.

En materia de derechos individuales, especialmente en materia de indemnizaciones, “a partir de la apreciación de una serie de indicios – patrimonios y dirección común, unidad de administración, identidad de representantes, unidad de gerencia y mando – la jurisprudencia judicial Chilena ha construido un régimen de responsabilidad laboral solidaria, que tiene como fundamento la **unidad económica** que constituyen las diversas personas jurídicas afectas a dichos indicios, y que utiliza disimuladamente y sin aspavientos la técnica del levantamiento del velo”³⁴

En esta línea la Corte de Apelaciones de Concepción, en la Sentencia Rol 683- 07, en su considerando número 8 señala que:

8. Que, apreciando en conformidad a las normas de la sana crítica los antecedentes probatorios reseñados en los considerandos precedentes, queda en claro que, contra lo que afirma la demandada, Procter & Gamble Chile

³⁴ UGARTE CATALDO, José Luís. Op. Cit. (9) Pág. 195

Limitada, ella y Procter & Gamble Comercial Limitada, acorde con el principio de la primacía de la realidad, según el cual debe estarse a ella más que a determinadas formalidades, de modo que tenga efectividad la tutela que mediante las normas de orden público se consagran en la legislación del trabajo, y considerando el concepto de empresa consagrado en el artículo 3º del Código Laboral, los falladores llegan a la conclusión que las empresas mencionadas integran un mismo grupo económico, estando estrechamente relacionadas, actuando coordinadamente en sus asuntos; en otras palabras, conforman lo que se denomina un “holding”³⁵

La Corte Suprema por su parte, en estos casos, ha configurado el concepto de empresa de una manera similar, entendiéndolo que para efectos del pago de remuneraciones insolutas, por una de las empresas que pertenece a un grupo de empresas, se debe considerar que estas *“presentan un patrimonio común o parte de éste es 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”* Luego en la misma sentencia ha dicho que estas empresas *“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.”³⁶*

³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 683- 07

³⁶ Corte Suprema. Rol 4005-2002 de 13.08.2003

En derechos colectivos la situación ha sido distinta. Los tribunales se inclinan a usar el concepto de empresa del Código del Trabajo, pero entendiéndolo desde un óptica muy formalista, asimilándolo generalmente al concepto de persona jurídica. En este sentido han dicho que si bien puede que varias empresas tengan elementos que los vinculen en cuanto a su propiedad o quien ejerce el control y su representación, esto no es suficiente para que sean considerados como una sola empresa, *“desde que no se ha establecido que desarrollen un mismo giro, que sus actividades se hayan coordinado para el logro de objetivos comunes y, en fin, que constituyan una sola entidad jurídica.”*³⁷

Se observa, por lo tanto que en esta materia, los tribunales han tenido, mayoritariamente, una postura similar a la Dirección del Trabajo, y han *“identificado la empresa con el titular de la misma, normalmente una sociedad, obviando, de esta manera que la empresa es una entidad de carácter económica más que jurídica”*³⁸.

Sin embargo, hay una doctrina dentro de la jurisprudencia que plantea una postura más realista, aunque aislada y minoritaria con relación a la tendencia tradicional. Esta doctrina entiende que la idea de empresa es más amplia que la de la persona jurídica del empleador y ha concluido que *“constituyen una sola empresa dos sociedades que, con medios que ambas proporcionan, ordenadas*

³⁷ Corte Suprema. Rol 6070-2009, de 11-11-2009

³⁸ ROJAS MIÑO, Irene. Op. Cit.

*bajo una misma gerencia, concurrentes al logro de un fin económico común, se dedican, la una al transporte de valores y la otra al conteo y envase de monedas y a la liquidación y pago de remuneraciones, ya que no es posible concebir el transporte de valores, sin que previamente las monedas hayan sido contadas y envasadas ni es tampoco posible suministrar el servicio de pagadores sin que el dinero para efectuar el pago sea transportado al lugar en que este se efectúa*³⁹. Por lo tanto, esta doctrina aplica el principio de primacía de la realidad pero entendiendo que la empresa se puede constituir independiente del número de personas jurídicas que la integren, poniendo en relieve el hecho de que haya un fin común y una “unidad económica”.

3.4. Controversias en torno a este concepto generadas en la doctrina.

El concepto de empresa en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha podido ver, no es un aspecto irrelevante para los distintos usuarios del derecho. En este sentido buena parte de la doctrina se ha dedicado a estudiar las falencias en la redacción del concepto y su consiguiente interpretación. A continuación expondremos en términos generales, las distintas opiniones generadas previas a la reciente reforma, con el único fin de demostrar la poca claridad que existe en torno a esta idea y los conflictos prácticos que genera.

³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de junio de 1991, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales; tomo LXXXVIII año 1991; segunda parte, Sección tercera, Pág. 84.

Para abordar esta materia, nos parece interesante la distinción que hace el profesor Ugarte, al hablar, por un lado, del problema relacionado con los *grupos de empresas* y por otro, del conflicto relacionado con el *empleador aparente*. Un *grupo de empresas* implica una organización empresarial plural en su composición jurídico comercial, es decir, múltiples razones sociales, pero con una dirección unitaria por parte de una de las unidades que lo componen. En el caso del denominado *empleador aparente* también existe una red de empresas relacionadas, pero se constituye una sola estructura de mando y subordinación respecto de los trabajadores, es decir un único empleador.⁴⁰ Esta distinción es relevante, ya que permite aclarar las distintas complejidades a las que da origen este concepto.

En un *grupo de empresas* no hay problemas de evasión de la condición de empleador, porque cada una de ellas es una estructura de mando y subordinación, el problema es “el del control o dirección económica de una de las sociedades respecto de las restantes personas jurídicas y como encontrar un centro de imputación jurídica que opere en sustitución total o parcial del empleador”, por lo tanto se trata de superar la figura del empleador formal para encontrar una unidad dentro del grupo que se pueda convertir en un centro de imputación laboral.

⁴⁰ UGARTE CATALDO, José Luís. Op cit. (9) Págs. 187 -188

En el caso del *empleador aparente*, el problema es distinto, se trata de encontrar la forma de identificar el verdadero empleador, dentro de una red de empresas, o en una estructura empresarial mas compleja en que no hay claridad en la relación de subordinación y dependencia, con el fin de establecerlo como centro de imputación jurídica laboral.

En este sentido es esencial la referencia a una "*individualidad legal determinada*" que contempla este concepto y la forma que ha sido entendido por la doctrina y por nuestros tribunales.

Parte de la doctrina ha entendido que la "*individualidad legal determinada*" a la que se refiere el código, se explica porque la empresa como tal no tiene personalidad jurídica, por lo tanto es necesario identificar a un sujeto que sea el soporte para hacer efectivos los derechos y obligaciones que genera la relación laboral. En esta línea, se ha dicho que este requisito no puede entenderse como la exigencia de poseer personalidad jurídica, sino que basta con que exista un soporte jurídico que tenga calidad de sujeto de derechos. Luego, es lógico entender que este soporte jurídico no es otro que el empleador, ya que es el único sujeto al cual el derecho del trabajo hace responsable de los derechos y obligaciones de la relación laboral

El problema, señala esta doctrina, es que el código olvidó "establecer explícitamente la relación de la empresa con el empleador, sujeto que en las

relaciones laborales actúa como verdadero soporte jurídico de la empresa”⁴¹, lo cual ha llevado a comprender la *identidad legal determinada*, desde una óptica fuertemente formalista, entendiendo que la existencia de una sociedad determina la configuración de una empresa.

En una línea similar, Irene Rojas, ha observado que la tendencia de la jurisprudencia ha sido identificar directamente la empresa con la dirección de la misma, entendiendo que la “individualidad legal determinada” es atribuible al conjunto de elementos que constituye la empresa cuando en realidad solo “tiene una identidad legal uno de los elementos de la misma: su dirección”⁴²

Lo anterior está directamente relacionado con las maneras, señaladas anteriormente, en que los tribunales han entendido el concepto de empresa, ya que, sobre todo en materia de derechos colectivos, la tendencia ha sido identificar la empresa con la persona jurídica que está detrás de la dirección de la misma, por esta razón se utilizan indicios como las distintas escrituras públicas de constitución de cada empresa o las diferentes razones sociales y RUT, para entender que cuando estamos en presencia de distintas sociedades se trata de distintas empresas.

Otra parte de la doctrina, considera relevante la referencia a una individualidad legal determinada que hace el código, en esta dirección el profesor Palavecino señala que si esta se omitiera (como se ha pretendido en

⁴¹ UGARTE CATALDO, José Luís. Op. cit. (25) Pág. 76

⁴² ROJAS MIÑO, Irene. Op. Cit.

algunas modificaciones legales) “ el riesgo es que la autoridad administrativa o judicial aplique la identidad empresa- empleador a supuestos distintos del fraude a los trabajadores. Vale decir, que se haga solidariamente responsable por obligaciones laborales y de seguridad social a empresas relacionadas, por la sola circunstancia de serlo, aunque no exista entre ellas ocupación simultánea de trabajadores ni animo defraudatorio”⁴³. Lo anterior, según el autor, conllevaría entre otros peligros, el surgimiento de relaciones laborales por mero acto de la Administración, afectando directamente la libertad laboral garantizada por nuestra constitución.⁴⁴

Cabe señalar que la modificación hecha en el concepto de empresa, puede servir de alguna manera para solucionar este problema interpretativo que hemos visto en los tribunales y en la doctrina, ya que hoy en la definición de empresa se hace referencia directa al empleador. Sin embargo esto solo se verá con el tiempo en la medida que se comience a aplicar la nueva normativa.

En conclusión, las distintas formas de descentralización productiva generan una tensión entre la pluralidad jurídica (cada vez más presente en los grupos empresariales) con la noción unitaria de empleador, en el ejercicio de los derechos laborales. En este sentido, como hemos visto, nuestros tribunales no han sido coherentes en la aplicación del principio de primacía de la realidad

⁴³ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2008. “El concepto de empresa y su problemática”. Rev. Laboral Chilena. N° 168. Pág 83.

⁴⁴ *Ibíd.*

cuando han abordado situaciones de derechos individuales versus aquellas en que están en conflicto los derechos colectivos, puesto que en el primer caso han señalado que es acorde a la realidad considerar un holding empresarial como una sola unidad económica, mientras que en derechos colectivos han tenido una postura formalista, entendiendo que si existen varias sociedades entonces se trata de distintas empresas.

3.5. Modificaciones hechas por la ley 20.760.

Como hemos ya hemos mencionado, el 9 de Julio del 2014 entró en vigencia la ley 20.760 que “establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador y sus efectos”, cuyo origen se remonta al año 2006 cuando se presentó un proyecto que contenía un artículo único que solo proponía cambiar el concepto de empresa para efectos laborales, sin embargo, la redacción final de la ley establece la modificación de los artículos 3⁴⁵ y 507 del código.

⁴⁵ **Art. 3°.** Para todos los efectos legales se entiende por:

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

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

c) trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.

El empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales.

Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

En cuanto al concepto de empresa, como señalamos en su oportunidad, se reemplaza la expresión *bajo una dirección* por la frase *bajo la dirección de un empleador*. En este sentido se explicita, tal como lo sugería la doctrina, la figura del empleador, lo cual puede ser beneficioso para efectos de determinar de manera más fácil la existencia de una empresa.

Pero la modificación más significativa se encuentra en el establecimiento de requisitos para considerar dos o más empresas como un solo empleador. Es así como exige que estas tengan: 1. una *dirección común* y 2. que concurren *condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o preste, o la existencia entre ellas de un controlador común*. Si bien no define legalmente lo que es la dirección laboral común, en la tramitación de la ley la ministra del trabajo señala que esta “se

Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.

La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior.

Las empresas que cumplan lo dispuesto en el inciso cuarto serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de instrumentos colectivos.

Las cuestiones suscitadas por la aplicación de los incisos anteriores se sustanciarán por el juez del trabajo, conforme al Párrafo 3° del Capítulo II del Título I del Libro V de este Código, quien resolverá el asunto, previo informe de la Dirección del Trabajo, pudiendo requerir además informes de otros órganos de la Administración del Estado. El ejercicio de las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso cuarto, así como la sentencia definitiva respectiva, deberán, además, considerar lo dispuesto en el artículo 507 de este Código.

Los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas. Los sindicatos interempresa que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos. En todos estos casos, la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por las normas establecidas en el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código.

constituye por el poder de decisión y organización laboral, debe interpretarse armónicamente con el vínculo de subordinación y dependencia, toda vez que dicho elemento resulta ser de gran relevancia para determinar, en la práctica, la relación laboral existente entre un trabajador y un empleador”⁴⁶. El segundo requisito es bastante amplio y establece algunos ejemplos de las condiciones que pueden considerarse además por el juez. Una dificultad que se puede observar en este artículo es la poca claridad en cuanto a si los requisitos deben concurrir de manera copulativa o no, lo cual puede dar origen a algunos problemas.

Luego la ley agrega que participar en la propiedad de las empresas no configura por si sola alguno de los elementos o condiciones señalados.

Además, esta ley establece la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales y provisionales entre las empresas consideradas como un solo empleador, lo cual como hemos visto ya había sido aplicado en parte por nuestros tribunales, y también la posibilidad de negociar colectivamente entre todos los sindicatos de las empresas consideradas como un solo empleador.

⁴⁶ Historia de la ley 20.760. Sesión 7 de mayo del 2014. [en línea]
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1063750>> [consultado el 11 de Agosto de 2014]

3.6 Importancias de las figuras de simulación y subterfugio en relación al concepto de empresa.

En su redacción anterior, el artículo 3 señalaba que cualquier infracción a esta norma, sería sancionada según lo establecido en el artículo 507, el que a su vez tipificaba de modo general las figuras de la simulación y el subterfugio. Se establecía así una relación entre ambas normas y quedaba de manifiesto la importancia de ambas infracciones administrativas para sancionar algunas situaciones irregulares que se presentaban en la configuración de las empresas y que impedían determinar la figura del empleador.

En su redacción actual esta relación se establece de manera mas directa entre ambas normas y se agregan nuevos elementos que permiten fortalecer la protección de los trabajadores frente a situaciones ilícitas. Es así como el art. 3 inc. 7 establece que las acciones judiciales para determinar cuando se está en presencia de un solo empleador, así como la sentencia que se pronuncie sobre ellas se regirán por lo dispuesto en el art. 507⁴⁷.

⁴⁷ **Art. 507.** Las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso cuarto del artículo 3° de este Código podrán ser ejercidas por las organizaciones sindicales o trabajadores de las respectivas empresas que consideren que sus derechos laborales o previsionales han sido afectados.

Estas acciones podrán interponerse en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código; si el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanudará la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

La sentencia definitiva que dé lugar total o parcialmente a las acciones entabladas deberá contener en su parte resolutive:

El art. 507 de esta forma amplia su contenido, estableciendo un marco general para la tramitación de la acción señalada, determinando los titulares, la oportunidad para ejercerla y una posibilidad de suspensión. Por otro lado, señala el contenido de la sentencia que se pronuncia sobre ellas dentro del cual se establece la posibilidad de determinar la existencia de simulación o subterfugio al momento de establecer que se trata de un solo empleador. Por último indica la aplicación general de dicha sentencia.

Por lo tanto las figuras que analizamos siguen siendo dos ilícitos contemplados en el código del trabajo pero dejan de estar tipificados de manera general, ya que al parecer no podría establecerse la presencia de estos, si no

1. El pronunciamiento e individualización de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, conforme a lo señalado en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código.

2. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal, así como aquellas destinadas al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren; bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de lo ordenado.

3. La determinación acerca de si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, o bien a la utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención. Si así lo determina, deberá señalar de manera precisa las conductas que constituyen dicha simulación o subterfugio y los derechos laborales y previsionales que por esta vía se hubieren vulnerado, debiendo aplicar al infractor una multa de 20 a 300 unidades tributarias mensuales. En estos casos, será aplicable a las multas señaladas lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 506 de este Código.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio referido en el párrafo anterior, cualquier alteración de mala fe 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.

La sentencia definitiva se aplicará respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales.

Las acciones a que se refieren los incisos precedentes podrán ejercerse mientras perdure la situación descrita en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo.

es mediante la acción que pretenda establecer varias empresas como un solo empleador.

En definitiva la importancia de estas figuras viene dada por el reconocimiento de que no toda agrupación de empresas debe ser sancionada si no existe un resultado ilícito como lo es la simulación o el subterfugio, de esta manera se fortalece la correcta relación que debiera existir entre la libertad de empresas y la protección de los derechos laborales.

IV. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO MARCO REGULADOR DE AMBAS FIGURAS.

Antes de analizar en concreto las figuras de la simulación y el subterfugio, debemos determinar cual es el área de nuestro ordenamiento jurídico que las regula. Como hemos dicho, se trata de dos instituciones que se ubican en el Código del Trabajo ya que se generan en el contexto de las relaciones laborales, sin embargo ambas se encuentran dentro del marco del Derecho Administrativo Sancionador por lo que es necesario adentrarnos en esta área del Derecho para utilizarla como eje principal en el análisis.

A pesar de lo anterior, poniendo atención al artículo 507 del Código del Trabajo resulta extraño calificarlas como sanción administrativa, principalmente porque se entrega el conocimiento de estas infracción a los Juzgados de Letras del Trabajo y no a la administración propiamente tal, lo cual se contradice con uno de los elementos fundamentales de la definición que ha dado la doctrina mayoritaria al hablar de sanción administrativa, diciendo que debe ser impuesta por un órgano administrativo.⁴⁸ Sin embargo, hay que destacar que el artículo se encuentran ubicados en el Título Final del Libro V del Código del Trabajo que se titula *De la Fiscalización, de las Sanciones y de la Prescripción*, dentro del cual mayoritariamente se hace referencia a procedimientos y sanciones conocidos por la administración a través de la Dirección del Trabajo, por lo tanto

⁴⁸ ROMÁN CORDERO, Cristián. 2010. "El Castigo en el Derecho Administrativo". Rev. Derecho y Humanidades. Vol. 1. Nro. 16. Pág. 168.

no cabe más que entender que estamos frente a dos infracciones administrativas.

4.1. Constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador

Para una parte de nuestra doctrina es inconstitucional el uso de potestades sancionadoras por la administración, debido a que estas potestades serían exclusivas de los tribunales de justicia. En esta línea, el profesor Eduardo Soto Kloss ha dicho que sancionar o castigar debe ser entendido como “imponer una pena, una aflicción en el ser o en el tener del infractor [...] con la esperanza de que se corrija para que, en lo sucesivo, no reincida en esa infracción”⁴⁹, lo que necesariamente involucra un juicio de reproche, que a su vez exige escuchar al infractor y tomar en cuenta su defensa. Luego agrega que la autoridad competente para ejercer este juicio de reproche no puede ser otra que un juez, es decir un sujeto sin interés en el conflicto, imparcial e independiente. En definitiva señala que, según lo prescrito por el artículo 76 de la Constitución, la facultad de sancionar no solo es exclusiva de los tribunales sino que además excluyente. Por lo tanto, para este autor la posibilidad de que una autoridad administrativa aplique una sanción significa una infracción al derecho y al debido proceso.

⁴⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. 2008.” ¿Es tan delgada la línea que separa fiscalizar de Juzgar?” En gaceta Jurídica, Nro. 331, Pág. 37

Una segunda corriente, dominante en nuestra doctrina, no ve problemas de constitucionalidad al respecto. En esta línea podemos encontrar diferentes argumentos. Por una parte, según algunos, al atribuir el ejercicio de la jurisdicción exclusivamente al poder judicial se pasa por alto el hecho de que la constitución también consagra jurisdicciones paralelas, como por ejemplo la electoral ejercida por el Tribunal Electoral, además de permitir la creación de otras magistraturas como son los tribunales arbitrales⁵⁰. Por lo tanto, entienden que el Derecho Administrativo Sancionador si es ejercicio de jurisdicción, el cual además es perfectamente legítimo ya que constitucionalmente la potestad jurisdiccional no es exclusiva ni excluyente de los jueces.

El Tribunal Constitucional en algunos fallos ha apoyado esta idea, dando un concepto amplio de jurisdicción, señalando que esta se traduce en el “poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico, por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza”⁵¹

Otros autores no comparten la idea de que la potestad administrativa sancionadora implique el ejercicio de jurisdicción, ya que, según dicen, esto significa desconocer las facultades propias de la administración para imponer sanciones y negar el sentido de la ley, ya que el legislador le ha otorgado estas facultades con el fin de que pueda cumplir las funciones publicas que el constituyente le ha encomendado, en este sentido señalan que “la autoridad

⁵⁰ CAMACHO, Gladys. 2007. “La Legitimidad de la potestad administrativa sancionadora” Rev. De Derecho Público. Vol. 69. Pág. 13

⁵¹ Tribunal Constitucional. Rol 478- 2006 del 8. 08. 2006

administrativa que conoce y resuelve no tiene calidad de tribunal, no se decide un asunto controvertido con el carácter de instancia, ni tampoco con efectos jurisdiccionales, quedando siempre a salvo al particular la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia, pudiendo corregirse de ese modo, cualquier ilegalidad o arbitrariedad en que haya incurrido el órgano administrativo sancionador.”⁵²

El Tribunal Constitucional también ha fallado en esta dirección en algunas ocasiones al decir que “la facultad de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos de aplicar, rebajar o condonar sanciones administrativas a que alude el artículo 6°, letra B, N° 3, se enmarca dentro de sus potestades administrativas sancionadoras, que no suponen ejercicio de jurisdicción [...] No obstante, aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción, ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso”⁵³

Además, encontramos un fundamento de utilidad funcional, que considera al Derecho Administrativo Sancionador como un deber fundamental del Estado. Quienes defienden esta postura señalan que actualmente existe un potente desarrollo de la economía y una fuerte concentración de capitales que intervienen en áreas relacionadas con servicios básicos (salud, previsión,

⁵² CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro. 2010. "La constitucionalidad y la necesidad del Derecho Administrativo Sancionador correctivo en el complejo Escenario económico moderno". Rev. Derecho y Jurisprudencia. Nro. 363. Pág. 14.

⁵³ Tribunal Constitucional. Rol N° 725-2007 del 23. 06. 2008

electricidad, etc.) lo cual hace necesario que el legislador entregue herramientas a la administración con el fin de fiscalizar permanentemente dichas actividades. Lo anterior, teniendo presente que la administración debe proteger el bien común, la obliga a actuar, sancionando a particulares en los casos que sea necesario, con el fin de lograr ese objetivo.

El profesor Román Cordero complementa este argumento de utilidad funcional señalando que hoy en la sociedad podemos separar a los particulares en dos clases; aquellos *particulares normales* y aquellos *particulares poderosos* y que muchas veces la capacidad económica de estos últimos hace que detenten incluso mas poder que la administración, lo cual implica el peligro de que los intereses del Estado se vean vulnerados por los intereses capitalistas. Esto ultimo considerando el mandato constitucional del artículo 1 inc. 3 obliga al Estado a actuar para dar estabilidad y protección a los Derechos de los particulares comunes.⁵⁴

En definitiva, hoy la doctrina mayoritaria entiende que no hay objeciones respecto a la legitimidad constitucional del Derecho Administrativo Sancionador, así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional, sin embargo, debemos determinar cuales son los principios que deben ser aplicados en este campo jurídico, lo cual nos dirige a otro punto importante en la delimitación de esta

⁵⁴ ROMÁN CORDERO, Cristián.2007. “Los principios del derecho administrativo Sancionador”. Rev. de Derecho Público, Vol. 69. Pág. 26

potestad administrativa sancionadora, que dice relación con la cercanía que existe entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal.

4.2. Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador.

Las sanciones administrativas han surgido y se han desarrollado como reacción ante la expansión muchas veces desmedida que ha tenido el Derecho Penal en las sociedades post-industriales, también denominadas sociedades de riesgo, en las cuales se demanda una acción mas efectiva del Estado para lograr su deber de promoción del bien común y de integración armónica de todos los sectores de la sociedad. Esto se debe a que representa una forma de sancionar menos lesiva y más efectiva frente a la dinámica y ritualidad propia de los procesos judiciales penales. El Derecho Penal queda así, en una posición subsidiaria frente al Derecho Administrativo Sancionador, lo que se relaciona con el carácter de *última ratio*, propio del primero. A pesar de esto, siempre ha existido una discusión en torno a la Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal y cualquiera que quiera hacer un estudio sobre esta rama del derecho debe tener presente la relación estrecha que se presenta entre ambas disciplinas jurídicas. Para este trabajo es importante delimitar claramente los contornos y el contenido de esta rama del derecho dentro del ordenamiento jurídico en general, con el fin de determinar

claramente el marco jurídico aplicable a los dos ilícitos administrativos que analizaremos.

Mucho se ha discutido sobre la identidad o diferencia ontológica entre los delitos y los ilícitos administrativos, algunos autores han dicho que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama del Derecho Penal afirmando que entre la pena y la sanción administrativa existe una identidad ontológica siendo diferenciados solo por el grado o la intensidad de la sanción, entre ellos el profesor Enrique Cury quien señala, en base al artículo 20 del Código Penal⁵⁵ que “el empleo del verbo reputar en el encabezado de la norma subraya el carácter artificioso de la distinción, pues significa que no se les tendrá por pena no obstante que naturalmente lo son”⁵⁶. Así la diferencia en la naturaleza jurídica a partir del art. 20 del Código Penal resultaría un poco forzada debido a que la norma en conjunto con el art. 501 del mismo cuerpo legal, no niega que sean penas sino que estipula un régimen procesal aplicable y las respectivas entidades estatales con potestades para aplicarlo.

Otros han dicho que el Derecho Penal Chileno es sustancialmente distinto al Derecho Penal Administrativo, sin embargo es importante rodear a

⁵⁵ Art. 20 Código Penal: No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.

⁵⁶ CURY, Enrique. 2005. “Derecho penal: parte general”, 8ª Edición. Santiago. Universidad Católica de Chile. Pág. 107

este de garantías similares para mantener el respeto por la dignidad y los derechos del hombre⁵⁷.

Algunos autores también han señalado que esta equiparación ontológica pertenece al campo de la filosofía y resulta totalmente inoficiosa para efectos prácticos, ya que en última instancia la determinación en cuanto a castigar una conducta⁵⁸ como delito o como infracción administrativa, a pesar de que se tomen en consideración los bienes jurídicos afectados y la gravedad de su agresión, corresponde únicamente al legislador, quien en determinadas situaciones elegirá uno u otro camino dependiendo de distintos criterios de política legislativa imperantes en determinada época, así el profesor Eduardo Cordero ha dicho que se debe tener presente que "el ilícito no existe en la realidad, es creado por la norma, de tal manera que sin la norma no puede haber ilícito. En este sentido, es el legislador quien los crea y determina si su régimen jurídico será igual o diverso, tal como da cuenta el denominado proceso de despenalización"⁵⁹ adoptando así una perspectiva normativa del análisis. Por lo demás, resulta inútil la discusión ya que nada obsta a que "por muy idénticos que sean desde las perspectiva ontológica dos fenómenos o institutos, estén regidos por regímenes distintos"⁶⁰

⁵⁷ NOVOA, Eduardo. 2010. "Curso de derecho penal Chileno". 3º Edición. Santiago Editorial Jurídica de Chile. Pág. 39- 40

⁵⁹ CORDERO, Eduardo. 2012. " El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal." [en línea] < <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf> > [Consultado: 10 de mayo de 2014] Pág. 146

⁶⁰ ROMÁN CORDERO, Cristián. Op. Cit. (46) Págs. 161 y 162

En definitiva debemos comprender que la identidad o desigualdad ontológica de los ilícitos penales y de los ilícitos administrativos no es un elemento determinante para establecer la autonomía del derecho administrativo sancionador frente al derecho penal ya que la discusión filosófica acerca de la naturaleza jurídica de cada ilícito no es un factor vinculante para el legislador ni para los tribunales de justicia. Por lo tanto el régimen jurídico que corresponda aplicar a cada uno está basado principalmente en los cuerpos normativos que constituya el legislador destinados a determinar el contenido y los límites de cada orden punitivo.

También se ha mencionado la idea de que ambas ramas del Derecho son parte de un tronco común denominado *Ius Puniendi Estatal*, por lo cual algunos entienden que los principios del Derecho Penal le serían aplicables directamente al Derecho Administrativo Sancionador. Esta tesis ha sido seguida en parte por nuestra jurisprudencia constitucional que ha sostenido que "las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del *ius puniendi estatal*, por lo que deben aplicarse, con matices, similar estatuto"⁶¹

Al respecto, el profesor Alejandro Nieto ha dicho que, admitiendo que la potestad penal y la potestad administrativa sancionadora se encuentran insertas en un genérico, superior y único *Ius Puniendi Estatal*, hay que aceptar todas sus

⁶¹ Tribunal Constitucional. Rol N° 1518-09 del 21. 10. 2010,

consecuencias, siendo una de esas el hecho de que este Ius Puniendi Estatal está regido por el Derecho Público Estatal y no por el Derecho Penal por lo tanto el Derecho Administrativo Sancionador debe regirse por el Derecho Público.⁶²

Adentrándonos en esta tesis, podemos decir que en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 19 N° 3 de la Constitución reconoce la potestad punitiva del Estado, lo que no ocurre de la misma forma con la potestad administrativa sancionadora, sin embargo creemos que esto no nos puede llevar a desconocer tal potestad del Estado. En efecto, se trata de una base jurídica común que da origen a dos ordenamientos represivos particulares y el contenido de este Ius Puniendi Estatal se va a modelar según las características particulares de cada orden jurídico represivo, un ejemplo de aquello se observa en el hecho de que el Derecho Penal está sujeto a garantías más estrictas toda vez que afecta de manera importante derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por lo tanto, este Ius Puniendi genérico del que hablamos, no está subordinado a las reglas del Derecho Penal, ya que este corresponde a una de las expresiones en que se puede traducir, lo que obligatoriamente nos dirige al Derecho Público como rama del Derecho que regula esta potestad sancionadora estatal. Por la misma razón, el Derecho Administrativo

⁶² CORDERO, Eduardo. Op. Cit. Pág. 146.

Sancionador debe inspirarse en el Derecho Público antes que en el Derecho Penal, esto se confirma tal como su nombre lo dice por el hecho de ser Derecho Administrativo antes que nada. En consecuencia, ubicamos a ambas ramas del derecho en un plano paralelo y no de superioridad del Derecho Penal por sobre el Derecho Administrativo como muchas veces fue planteado por la doctrina.

Dicho lo anterior, será la ley la que debe desarrollar esta potestad administrativa sancionadora y esto es precisamente lo que el legislador hace cuando crea infracciones y sanciones sin recurrir al ordenamiento penal, así como procedimientos administrativos y mecanismos de revisión.

En definitiva, debemos reconocer la diferencia que existe entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador lo que confirma la autonomía propia de este último. El objetivo del legislador al establecer normas de Derecho Administrativo Sancionador es alcanzar ciertos fines colectivos o públicos a través de la amenaza de ciertas sanciones administrativas que tienen un carácter menos lesivo, a diferencia de las penas y que además presentan la utilidad de descongestionar el sistema persecutor penal. Por lo demás, se observa un carácter preventivo en las sanciones administrativas, ya que en su mayoría no exigen una afectación directa a un bien jurídico para la configuración del ilícito. Todo lo anterior se relaciona con el carácter de última ratio propio del Derecho Penal que lo diferencia del Derecho Administrativo Sancionador.

Una opinión similar ha dado el profesor Cristian Román Cordero quien prefiere entender que el Derecho Administrativo Sancionador es una disciplina autónoma que tiene su anclaje en el Derecho Público, en especial en el Derecho Administrativo, con lo cual pretender poner en relieve que la finalidad prioritaria de esta rama del derecho es la protección del interés público.⁶³

En una línea parecida, el profesor Eduardo Cordero señala que este lus Puniendi Estatal único si se expresa de distintas formas, sin embargo el autor, diferencia dos desarrollos al interior del Derecho Penal. Reconoce que hoy en la sociedad existe una mayor sensibilidad por la protección de ciertos bienes jurídicos lo cual se traduce en una exigencia por mayor represión principalmente a través de la vía penal, este fenómeno se ha conocido como *Derecho Penal en expansión* y se caracteriza por abandonar los principios clásicos del Derecho Penal y tipificar nuevas conductas que protegen bienes jurídicos en conjunto. En este fenómeno se distinguen dos tipos de Derecho Penal, un *Derecho Penal Nuclear* que tipifica ilícitos que lesionan o coloca en peligro bienes jurídicos individuales, como por ejemplo la vida, la integridad física o el patrimonio y un *Derecho Penal Colateral* que se caracteriza por tres elementos; i. castigar conductas que constituyen un peligro abstracto sobre bienes jurídicos supraindividuales; ii. tener una visión mas global, entendiendo que una conducta individual puede no afectar en gran medida ciertos bienes jurídicos pero si lo puede hacer la acumulación de esas conductas y iii. hacer

⁶³ ROMÁN CORDERO, Cristián. Op. Cit. (46) Pág. 162

referencia a ámbitos extrapenales como la salubridad, urbanismo, el mercado o el medio ambiente, etc.

Es evidente entonces que existe una relación muy cercana entre este *Derecho Penal Colateral* con el Derecho Administrativo Sancionador, ya que sin duda comparten los mismos fines y fundamentos. Por lo tanto se puede decir que el Derecho Penal Colateral es una de las manifestaciones de este Ius Puniendi Estatal que se puede concretar de dos formas, como Derecho Penal propiamente tal, tipificando conductas como ilícitos o como Derecho Administrativo Sancionador tipificándolas como infracciones. Nuevamente es importante destacar que la elección de uno u otro camino dependerá del legislador quien “sigue criterios de eficacia u oportunidad para determinar que conductas serán sancionadas por la vía judicial (delitos) o por administrativa (infracciones)”⁶⁴ y al momento de hacerlo debe “tener presente la relación directamente proporcional que se produce entre la gravedad de la sanción que se pretende aplicar y las garantías que amparan la posición del particular.”⁶⁵

En conclusión, es interesante, y a nuestro juicio correcta, la idea de que ambas disciplinas forman parte de un Ius Puniendi Estatal genérico y único, sin embargo esto no puede traducirse en igualar de manera absoluta y directa el Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Penal y se debe reconocer la autonomía del primero, sin desconocer que existe una relación muy estrecha

⁶⁴ CORDERO, Eduardo. Op. Cit. Pág. 149

⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 150

entre ambos campos. Corresponde ahora determinar de que manera se debe configurar un estatuto de principios aplicable a esta rama autónoma del Derecho.

4.3. Principios aplicables al Derecho Administrativo Sancionador.

A nuestro juicio la importancia práctica del debate acerca de la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador como disciplina radica en aclarar cuales son los principios aplicables a esta rama del Derecho. Esto resulta primordial para verificar dos cosas:

1. Por un lado, desde la perspectiva de la administración sus límites y posibilidades de acción.

2. Por otro, los derechos que al respecto le asegura el orden jurídico al administrado.⁶⁶

Como hemos visto, al existir una gran diferencia en la forma y cuantía de las sanciones en cada caso; en el Derecho Penal pudiendo afectar la libertad personal y el del Derecho Administrativo generalmente como multa, algunos han entendido que existiría una diferencia en la naturaleza jurídica de las sanciones y por lo mismo, los principios aplicables en cada caso debieran ser

⁶⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. 2004. "Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador" [En línea]
<<http://vergarablanca.cl/Publicaciones/II.%20Derecho%20Administrativo/AVB%20II%2013%202004%20ADMINISTRATIVO%20esquema%20principios%20sancionador.pdf>> [Consultado: 10 de Mayo de 2014] Pág. 2

distintos. Sin embargo, como ya se ha dicho, el debate acerca de la identidad ontológica corresponde a un problema filosófico y desde el punto de vista normativo resulta un poco forzada la distinción entre sanciones penales y administrativas, ya que en definitiva se trata de dos manifestaciones del *Ius Puniendi Estatal*.

Es por esto último que, a pesar que se reconoce al Derecho Administrativo Sancionador como un disciplina autónoma, para efectos prácticos la mayoría de la doctrina ha estado de acuerdo en que deben aplicarse los principios del Derecho Penal ya que el Derecho Administrativo Sancionador no se encuentra absolutamente desarrollado como si lo esta el Derecho Penal . Así el profesor Alejandro Nieto ha dicho que resulta recomendable aplicar en esta materia los principios del Derecho Penal debido a que: i. El derecho publico estatal no ha desarrollado todavía una teoría útil sobre el *Ius Puniendi del Estado* que pueda luego aplicarse a todas y cada una de sus manifestaciones a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, envidiamente desarrollado, cuyas técnicas y experiencia sería necio desaprovechar; ii. Además las garantías de los derechos individuales que ya ha consolidado el Derecho Penal y que son irrenunciables, deben ser de aplicación general.⁶⁷

⁶⁷ NIETO, Alejandro. 2005. "Derecho Administrativo Sancionador". 4ª Edición. Madrid. Editorial Tecnos, Pág. 161

En el mismo sentido el profesor Román ha dicho que " sin perjuicio de lo anterior, en relación a la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador respecto del Derecho Penal, hay un hecho inobjetable: el primero no obstante ser cada vez mas extendido y lesivo, aun no tiene la solidez dogmática que se aprecia en el segundo"⁶⁸

Por lo demás, no podemos olvidar que la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador se basa en el entendido de que este, al igual que el Derecho Penal es una manifestación del *Ius Puniendi* Estatal, que a su vez se rige por el Derecho Publico, por lo tanto se debe reconocer la aplicación del estatuto constitucional de garantías que cubre nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido es correcto señalar que "el principio de legalidad no es un principio del derecho penal que se traslade al derecho administrativo sancionador. El de legalidad es un principio constitucional que como tal, rige en todo el derecho público, y, por tanto en el derecho administrativo en general- y, consiguientemente, en el sancionador-"⁶⁹.

En el mismo sentido, volviendo a lo que señala el profesor Eduardo Cordero, podemos decir que admitiendo la existencia de un *Derecho Penal nuclear* y un *Derecho Penal colateral*, es válido entender que hay una matriz de principios que tienen una base común para ambos estatutos.

⁶⁸ ROMÁN CORDERO, Cristián. Op. Cit. (46) Pág. 163

⁶⁹ GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Garantías frente a la potestad sancionadora". [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/217/35.pdf>> [Consultado: 12 de mayo de 2014] Pág. 748

Así las cosas, observamos un fuerte respaldo a la aplicación de los principios del Derecho Penal en el Derecho Administrativo Sancionador y en este sentido resulta muy importante lo prescrito en la Constitución Política de la Republica en su artículo 19 nro. 3 incisos 7, 8 y 9 al señalar que:

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella

De esta norma se extraen los principios de *legalidad* y *tipicidad*, sin embargo también resultan de suma importancia dos principios que surgen de aquellos, estamos hablando de los principios de *non bis in idem* y de *culpabilidad*. Este ultimo de especial importancia para este trabajo, como veremos mas adelante.

Si bien corresponde aplicar algunos principios del Derecho Penal cabe tener presente que estos deben ser al mismo tiempo la *pauta* y la *cota máxima*. La *pauta* pues establecen los lineamientos generales que deberían considerarse, sin que ello signifique otorgarles el mismo alcance que en materia penal y como *cota máxima* ya que el efecto que tendrán en la potestad

administrativa debe ser siempre mas flexible que en Derecho Penal⁷⁰. Lo anterior resulta evidente si considera que las penas privativas de libertad solo se pueden imponer previa intervención de la autoridad judicial (artículos 19 nro. 1 y 7 Constitución) al mismo tiempo que tampoco es posible que una pena de multa sea convertida por la vía sustitutiva en una pena privativa de libertad.⁷¹

En definitiva, creemos que es correcto unificar en el origen al Derecho Administrativo Sancionador y al Derecho Penal. Además observando nuestra realidad jurídica vemos que muchas veces el Derecho Administrativo Sancionador requiere reglas y principios para complementar su contenido y por el momento, mientras el legislador no asuma con mayor énfasis la regulación integra del contenido y limites del Derecho Administrativo Sancionador la única solución lógica es dirigirnos al contenido normativo del Ius puniendi Estatal, desarrollado principalmente en el campo Penal el que debe ser ajustado a la realidad jurídica del Derecho Administrativo Sancionador, es decir “ la aceptación de la utilización de instituciones de otras ramas del derecho se da con la prevención de que esto supone un proceso en que estas instituciones “importadas” se llenen de fundamento administrativo”⁷²

Por último si observamos puntualmente las figuras del art, 507 del Código del Trabajo, vemos un ejemplo de lo anterior en el sentido de que el

⁷⁰ ROMÁN CORDERO, Cristián. Op. Cit.(46) Pág. 163

⁷¹ CORDERO, Eduardo. Op. Cit. Pág. 153

⁷² BOETTIGER, Camila. 2009. “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” Rev. Actualidad Jurídica Nro. 20. Universidad del Desarrollo. Pág. 586.

legislador al entregar el conocimiento de estas infracciones a los Juzgados de Letras del Trabajo, indica que es perfectamente posible la aplicación de los principios del Derecho Penal, considerando además que sería una autoridad judicial y no precisamente administrativa quien tenga que conocer del asunto.

V. CONTRATACION SIMULADA DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE UN TERCERO.

5.1. Generalidades.

Como sabemos, en todo acto jurídico la obligatoriedad viene dada por la identidad que debe existir entre la voluntad interna y la voluntad declarada, por lo tanto el desarrollo regular de lo pactado supone que no exista contradicción entre lo que se aparenta y lo que se pretende en realidad, de no ser así estamos frente a lo que la doctrina civil ha denominado *Simulación*. El mayor desarrollo de esta institución se ha dado en el Derecho Civil, en comparación al Derecho Laboral, por lo tanto frecuentemente la doctrina laboralista ha acudido a esta parcela del Derecho para interpretar la figura contemplada en el artículo 507 del Código del Trabajo, sin embargo, como ya se ha dicho, creemos que es necesario ir mas allá y optar por una visión distinta al momento de abordar el análisis de esta institución, en este caso desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, instrumento común para aplicar la regla de interpretación gramatical del artículo 19 del Código Civil, la palabra simulación en su acepción jurídica es definida como “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un

acto o contrato”⁷³. Por otro lado, desde el Derecho Civil, a pesar de no encontrar una referencia directa en el ordenamiento jurídico, a partir de una interpretación del artículo 1707 inc. 1º del Código Civil, se ha desarrollado una *teoría de la simulación*, y se ha definido esta institución como “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 de ha llevado a cabo”⁷⁴

A partir de esta definición, se puede clasificar la simulación como absoluta o relativa, distinción tiene aplicación tanto en el plano civil como laboral. Será absoluta cuando “se celebra un acto jurídico que no tiene nada de real, y que es ficticio en su totalidad”⁷⁵ , mientras que será simulación relativa “aquella por medio de la cual se procura ocultar el acto real, poniendo delante de el, a fin de impedir su visión, un telón en el que aparece otro simulado, existiendo un enmascaramiento de la realidad”⁷⁶. La diferencia entre ambas está dada porque mientras en la simulación relativa se advierten dos actos - uno simulado, que es el acto declarado por las partes y uno disimulado que es aquel oculto que refleja la verdadera intención y que encubre al primero- en la simulación absoluta no ocurre lo mismo, ya que solo se simula algo pero no

⁷³ Diccionario RAE. [En línea] < <http://lema.rae.es/drae/?val=simulacion> > [Consultado: 17 de Julio de 2014]

⁷⁴ VIAL DEL RIO, Víctor. 2003. “Teoría general del acto jurídico”. 5º Edición. Santiago. ED jurídica. Pág. 140

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 141

⁷⁶ POBLETE, Carlos. Op. Cit. Pág. 62.

existe ningún acto oculto o disimulado, por lo tanto no hay intención de celebrar ningún acto o contrato.

También se ha distinguido entre la simulación ilícita y lícita, es decir aquella que se realiza con el propósito de perjudicar a terceros o defraudar a la ley o, por el contrario, aquella que se utiliza sin ese objeto y que puede estar inspirada por razones de distinta índole, como por ejemplo, resguardar una imagen pública, en el caso de aquel que hace una donación por interpósita persona, para no ser identificado con alguna institución.

Ahora bien, en el Derecho del Trabajo podemos hablar de *simulación laboral* como una especie de la simulación a la que nos hemos referido hasta ahora. La cual se caracteriza por desarrollarse en un contexto de relaciones laborales, donde el contrato de trabajo es el eje fundamental de dichas relaciones. En ese sentido, los actos simulados y disimulados pueden ser variados. Generalmente los supuestos de simulación absoluta tendrán que ver con negocios que favorecen a una de las partes de la relación, como por ejemplo, en el caso de un contrato de trabajo, en el cual no existe una relación de subordinación y dependencia, con el solo objetivo de que el supuesto trabajador pueda gozar de beneficios de asignación familiar u otros de seguridad social. Por otra parte, la simulación relativa generalmente se logrará utilizando figuras contractuales no laborales, como el mandato, la sociedad, el

arrendamiento, o algunos contratos atípicos, para ocultar por ejemplo una verdadera relación laboral.

Desde una perspectiva general se pueden identificar distintas situaciones de simulación laboral⁷⁷:

1. *Acuerdo simulador que encubre un acto laboral*: son aquellos casos en que ambas partes acuerdan alterar algún elemento propio del contrato laboral sin que exista necesariamente una intención fraudulenta, el sujeto contratante no aparece como empleador sino como un simple acreedor civil o comercial. Presenta poca eficacia debido al carácter irrenunciable de las normas del Código del Trabajo.

2. *Actos válidos que generan un resultado fraudulento*: en este caso las partes celebran un contrato disimulado formalmente válido pero de carácter ilícito, es decir opuesto a las normas sustantivas del ordenamiento laboral. No existe un error por parte de alguno de los contratantes sino que directamente acuerdan una simulación fraudulenta destinada a quebrantar normas imperativas, Un ejemplo podría ser la celebración de un contrato de prestación de servicios de un menor de 16 años.

3. *El sujeto aparente como agente simulador*: Se trata de aquella situación en que se celebra un contrato de trabajo entre un trabajador y un

⁷⁷ IRURETA, Pedro. 2013. "Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante". Revista de Derecho PUCV. (Nro. 40) Págs. 222 a 225

empleador aparente, que simula ser titular de la actividad empresarial, sin embargo el verdadero acreedor del trabajo es otro individuo que se encuentra encubierto que no interviene en la celebración del contrato. El trabajador en este caso ignora la situación ya que generalmente se disfraza la identidad del empleador verdadero con una apariencia determinada.

4. *La simulación en perjuicio de terceros ajenos al vínculo laboral:* se simula un contrato de trabajo con el fin de engañar a terceros acreedores de alguno de los contratantes, por lo tanto no busca eludir derechos laborales solo proyectar una imagen hacia terceros acreedores. Un ejemplo muy típico se da en el caso de aquel trabajador que es condenado al pago de una pensión alimenticia que simula un monto de remuneración inferior al obtenido realmente.

Es fácil entonces, apreciar la utilidad de esta figura para generar diversos tipos de situación fraudulentas que vulneren el ordenamiento jurídico, esto debido a que generalmente se utiliza para evadir la aplicación de cierta normativa, generando una apariencia de cumplimiento a la ley.

Justamente con el propósito de evitar algunas de estas situaciones fraudulentas, específicamente con relación a la determinación del empleador, el legislador ha tipificado una infracción laboral, sancionando en el art. 507 inc. 3° número 3, las alteraciones de la individualidad del empleador que se deban a la “simulación de contratación de trabajadores a través de terceros”. De esta forma el legislador tipifica en materia laboral lo que se ha conocido como

simulación laboral o simulación de contratación de trabajadores a través de tercero

Volviendo a la clasificación que se ha dado, se trataría de una simulación relativa, específicamente por interpósita persona ya que se oculta un acto jurídico diverso al celebrado aparentemente, por lo tanto estaríamos en presencia de dos actos distintos cuya diferencia está dada en que los sujetos contratantes no son los mismos.

La dirección del trabajo ha establecido como requisitos copulativos, para la configuración de este ilícito los siguientes⁷⁸:

1. Que una persona natural o jurídica tenga la calidad de empleador respecto de un trabajador, lo que está determinado por el criterio de subordinación y dependencia.
2. Que dicho empleador no tenga escriturado el respectivo contrato de trabajo en calidad de empleador a pesar de estar en esa situación
3. Que concurra la presencia de un tercero, persona natural o jurídica, que aparezca como acreedor de los servicios del trabajador, ya sea a título de empleador o de cualquier otro, produciendo como resultado el encubrimiento del verdadero vínculo laboral.

⁷⁸ Ordenanza N° 922/ 25 de 11 de Marzo de 2003 de la Dirección del Trabajo

5.2. Modificaciones legales relevantes en materia de simulación

Como ya hemos mencionado la Ley 19.759 publicada en el Diario Oficial el 5 de Octubre del 2001 introduce variadas modificaciones al Código del Trabajo en diferentes temáticas, entre las cuales se encuentra el artículo 507 (anterior 478). Específicamente se aumentan las sanciones, que pasaron de 1 a 12 UTM a un valor de 5 a 100 UTM, se estableció la responsabilidad solidaria entre el empleador real y el empleador simulado y se elimina la expresión “dolosamente” quedando como tipo descriptor de la conducta sancionada la “*simulación de contratación de trabajadores a través de terceros*”.

Posteriormente, el año 2006, la ley 20.123 modifica el inc. 1° de la norma y establece que es el empleador quien quedará sujeto al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondan respecto de los trabajadores objeto de la simulación.

Sin embargo, el presente año, con objeto de la entrada en vigencia de la ley 20.760, el artículo 507 ha sufrido importantes modificaciones. Esta norma hace referencia a las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso 4 del artículo 3 (también modificado por esta norma), que dice relación con la acción para determinar la existencia de un único empleador y establece en su inciso 3° el contenido que debe tener la sentencia que se pronuncie sobre estas acciones. En el numeral 3° de este inciso obliga al juez a establecer si la alteración en la figura del empleador se debe a la “*simulación de contratación*”

de trabajadores a través de terceros. Por lo tanto vemos que en la descripción de la conducta que configura este ilícito no se han establecido modificaciones.

Cabe mencionar que a raíz de la modificación de la ley 19.759, en su momento se abrió un debate parlamentario, en el cual se propuso una indicación en el sentido de reponer la expresión “dolosamente” en el articulado, lo que en definitiva se rechazó bajo el argumento de que con el restablecimiento de dicha expresión se “esta intentando crear las condiciones para el resquicio: en caso de existir simulación, tendría que ser, además, dolosa” lo que “entraña un problema legal de difícil resolución y que, por lo tanto, da pie a impugnaciones jurídicas de distinto orden”⁷⁹

Sin embargo, el debate en torno al elemento de intencionalidad ha permanecido hasta hoy y como vemos el legislador no ha agregado modificaciones en esta materia en la última reforma. En este sentido se ha establecido una línea de interpretación muy marcada por parte de nuestra doctrina que ha entendido que en la configuración de este ilícito no se exigiría ningún tipo de intencionalidad. A continuación analizaremos la aplicación que se le ha dado a esta figura para luego proponer un enfoque desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.

⁷⁹ *Ibíd.*

5.3. Interpretación y aplicación de esta figura por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

La mayoría de los autores han interpretado la figura de la *contratación simulada de trabajadores a través de un tercero*, entendiendo que se aleja de la simulación jurídica en términos civiles y que se trataría de un caso típico de fraude a la ley, que tiene como fin combatir aquellas relaciones de trabajo que carecen de asidero material.

El profesor José Luís Ugarte, en esta línea, establece una relación de genero especie entre el *Fraude a la Ley* en términos generales y el *Fraude Laboral*, es decir, “el incumplimiento de una norma o principio laboral imperativo, mediante una conducta externa formalmente acorde con otra norma legal que oculta o disimula la elusión de aquella”⁸⁰ y señala que el artículo 507 tiene como finalidad evitar este fraude laboral.

El mismo autor da cuenta que el verbo rector “simular” no se encuentra definido en nuestra legislación y que la figura que pretende sancionar “no es el engaño a terceros, ni siquiera al propio trabajador involucrado, sino la elusión del vinculo laboral, y la aplicación de las normas imperativas del derecho del trabajo”. Respalda además esta idea en la modificación del artículo, al eliminar la expresión “dolosamente” lo que a su juicio significa que el trabajador solo deberá acreditar la simulación y no una intencionalidad del empleador. Sin

⁸⁰ UGARTE, José Luís. Op. Cit. (4). Pág. 7.

embargo, el autor parte de la base de que el fraude a la ley no exige la prueba de una intencionalidad y pasa por alto la discusión que se ha dado en esa materia. En el mismo sentido, el profesor Pedro Irureta también ha dicho que “esta norma constituye un típico caso de fraude a la ley, en que se sanciona el resultado conseguido por el agente provocador (más allá de la intencionalidad que éste tenía)”⁸¹

No solo la doctrina ha apoyado esta idea sino que también la Dirección del Trabajo, en su ordenanza número 922/ 25 al fijar el sentido y alcance de esta figura ha dicho que se trata de una típica figura de fraude laboral, es decir, un caso en que un sujeto de derecho incumple una norma legal, mediante una conducta que aparenta estar ajustada a otra ley, disimulando la elusión de la primera. Dicho fraude se produciría en contra del artículo 3 del código, que señala quien debe ser considerado empleador, mediante la interposición de un tercero que encubre una elusión a dicha norma.

El organismo administrativo también ha interpretado la reforma legal señalada, como apoyo a la tesis del Fraude Laboral e incluso ha señalado que esto “viene a revelar que se trata de una conducta objetivamente disvaliosa y que merece el reproche jurídico por encubrir a las partes del verdadero vínculo

⁸¹ IRURETA, Pedro. Op. Cit (75). Pág. 217

laboral, mas allá de la presencia o no de una determinada intencionalidad de perjudicar a otro sujeto”⁸²

Siguiendo una doctrina muy cercana a lo que hemos expuesto, algunos autores han dicho que en los casos que involucran problemas de determinación del empleador, se debe aplicar la *Teoría del Levantamiento del Velo*, con el fin de “evitar y condenar la utilización de la persona jurídica para fines fraudulentos o contrarios al ordenamiento legal solo en aquellos casos en que queda de manifiesto el fraude de ley”⁸³. También se ha hablado de la *doctrina de la protección de la apariencia* como solución, argumentando que el ordenamiento jurídico debe privilegiar la confianza creada, en base a principios jurídicos fundamentales como son la *buena fe* o la *primacía de la realidad*. Esta doctrina busca solucionar aquellos casos que evidencian una externalidad jurídica determinada, en que una persona aparenta ser titular de un derecho cuando, en definitiva el titular es un tercero, como por ejemplo aquellos casos en que el trabajador ejecuta su prestación movido por la creencia justificada de que la persona con quien se relaciona es efectivamente su empleador. La solución consiste en desarticular el engaño que se ha montado y dar protección a la parte que ha actuado de buena fe movido por la apariencia de verosimilitud que ha creado el otro contratante.

⁸² Ordenanza N° 922/ 25 de 11 de Marzo de 2003 de la Dirección del Trabajo.

⁸³ IRURETA, Pedro. Op. Cit (2). Pág. 265

Los requisitos para que la institución anterior opere son dos y deben concurrir de manera conjunta. Por una parte se exige *buena fe del trabajador*, lo que supone que el trabajador “se encuentre en situación de creencia o ignorancia compatible con un actuar honesto, no fraudulento”⁸⁴, ya que si tiene conocimiento del abuso detrás de la apariencia no puede ser protegido por el ordenamiento jurídico. En segundo lugar debe existir una *apariencia externa de ostentar la condición del empleador*, es decir actos que están en completo desacuerdo con la realidad pero que sean externamente creíbles, o sea capaces de producir una impresión en el otro sujeto, que lo lleve a contratar. En definitiva se entiende que “si alguien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha comportado conforme a ella, entonces el ordenamiento jurídico le reconoce el derecho a contar con tal manifestación aun cuando ella no se corresponda con la realidad”⁸⁵

Las distintas visiones expuestas son bastante similares y se encuentran todas ligadas de alguna forma a la figura del Fraude a la Ley. Por lo demás, tanto la doctrina como el órgano administrativo han respaldado estas diferentes teorías en base a un principio fundamental en el derecho laboral y muy respetado por nuestros tribunales como es el *principio de primacía de la realidad* el cual busca que “la realidad de los hechos, tal como ocurren en la

⁸⁴ IRURETA, Pedro. Op. Cit (75). Pág. 236

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 237.

practica cotidiana, tenga primacía frente a las apariencias formales que puedan adoptar las partes mediante declaraciones de voluntad”⁸⁶

Ahora bien, creemos que la interpretación que se le ha dado a este ilícito no ha sido la correcta y se deben hacer ciertas precisiones. En primer lugar, a pesar del aporte que ha significado el desarrollo en materia civil sobre la simulación como institución jurídica y reconociendo la cercanía con la figura del art. 507 del Código del Trabajo, se deben hacer presentes ciertas diferencias, puesto que en el caso de la simulación civil existe una manifestación de voluntad de ambas partes mientras que en la figura en análisis solo existe una manifestación libre de una de las partes, ya que el trabajador actúa sin tener conocimiento completo de la realidad y muchas veces presionado por las necesidades laborales, por otro lado en materia civil se busca proteger el interés particular de los contratantes mientras que en la simulación laboral lo que se protege es un interés público. Por lo tanto, lo correcto sería analizar la figura como un ilícito administrativo tipificado aisladamente dentro de la legislación laboral.

Además se debe destacar que aun adoptando la tesis del Fraude Laboral, la doctrina comparada ha establecido diversos requisitos para poder configurar tal institución, sin embargo no existe acuerdo en cuanto a la intencionalidad como condición, ya que algunos siguen un criterio subjetivo en

⁸⁶ POBLETE, Carlos. Op. Cit. Pág. 67.

esta materia exigiendo “la concurrencia del elemento intencional o finalidad de burlar la ley, obteniendo merced de ello el resultado que esta procura evitar”⁸⁷. Otros a su vez, entienden que aun cuando no sea necesaria una intención manifiesta de burlar la ley “siempre será necesario un asiento de culpabilidad, ya sea por la presencia de dolo directo, dolo eventual, culpa con previsión, e incluso simple culpa.”⁸⁸ Con esto solo se pretende demostrar que la relación directa que ha hecho la doctrina entre la figura en análisis y el Fraude a la ley como institución no concluye necesariamente en una objetivización de la primera. Dicha interpretación también desnaturaliza la noción de simulación en su sentido natural, ya que como hemos dicho, requiere de la intención al menos de una parte de disimular o esconder una realidad.

También en la historia de la ley queda demostrado que la intencionalidad es un elemento propio de esta figura, así lo hace presente en su exposición el ministro del trabajo de la época, Ricardo Solari al señalar que la situación de simulación “por su propia naturaleza conlleva implícita una intencionalidad. Es decir, siempre se requiere, además del acto, que este vaya acompañado de una intención de producir en el ámbito laboral el efecto de eludir o dañar los derechos laborales o provisionales de los trabajadores y trabajadoras”⁸⁹

⁸⁷ ALCALDE, Enrique. 2005. “Teoría del Fraude a la Ley”. En: Teorías del derecho civil moderno. Santiago, Chile. ED. Universidad del Desarrollo. Pág. 98

⁸⁸ Ibíd. Pág. 99.

⁸⁹ Historia de la Ley 19.759. [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282>> [Consultado 31 de julio de 2014] Pág. 1151

Así las cosas, la objetivización de la figura del artículo 507 atentaría contra la propia constitución, ya que no se estarían respetando principios fundamentales, que si bien se han establecido en materia penal, tal como hemos señalado anteriormente, son perfectamente aplicables en el Derecho Administrativo Sancionador, este es el caso del principio de culpabilidad, que como hemos visto, no es considerado por el órgano administrativo que tiene las facultades para interpretar y determinar el alcance de esta infracción.

5.4 Análisis desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.

Tal como se ha señalado, y bajo los argumentos que ya se han esgrimido, en el presente trabajo interesa analizar la figura de la Simulación Laboral desde la óptica del Derecho Administrativo Sancionador, lo que a nuestro entender es lo correcto, puesto que permite una aplicación ajustada a Derecho. Antes que todo, debemos señalar que esta perspectiva nos obliga a efectuar un análisis distinto al que ha realizado la doctrina, puesto que se debe utilizar una terminología mucho mas cercana al Derecho Penal, debido a que como se ha dicho el Derecho Administrativo Sancionador es una manifestación del *Ius Puniendi* estatal pero no presenta el desarrollo científico doctrinal que si se puede encontrar en el Derecho Penal.

Lo primero que debemos señalar en este sentido es que el bien jurídico, es decir aquel interés significativo para la sociedad que merece protección por

el ordenamiento jurídico, justamente en miras del bien común, es en este caso el *crédito laboral y el crédito de la seguridad social* el cual se busca que sea imputado al verdadero empleador, que se pretende ocultar de distintas formas.

Podemos clasificar la Simulación Laboral dentro de dos categorías que resultan de gran utilidad. En efecto, se trata de un tipo de *mera actividad*, ya que para su consumación se requiere simplemente la realización de la conducta prohibida y no un resultado que se separe de la acción de su autor, así en este caso solo se exige el acto de simular, sin requerir otra consecuencia. Además, dentro de esta misma clasificación, podemos calificarla como lo que diversos autores han denominado un *delito de peligro abstracto*, sin ser necesaria la concreción de un daño o perjuicio para configurar e tipo, sino que solamente se requiere la creación de una situación tal que sea probable que ese resultado lesivo se produzca. También estamos en presencia de un delito de acción, puesto que la descripción típica requiere que el sujeto lleve a cabo una actividad material o externa.

Según el sujeto de la acción, se distingue entre delitos comunes o especiales, dependiendo si puede ser cometido por cualquier persona o el autor debe presentar ciertas características especiales⁹⁰. Así las cosas, estaríamos en presencia de un delito especial, puesto que el art. 507 habla de “empleador” lo que exige un sujeto activo calificado. Por lo tanto, solo podría ocupar este

⁹⁰ GARRIDO MONTT. Mario. 2003. “Derecho Penal Parte General, Tomo II”. 3° Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 255

lugar “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o mas personas en virtud de un contrato de trabajo”, en palabras del art. 3 letra a) del código del ramo.

Ahora bien, uno de los pilares claves propios del ordenamiento penal, perfectamente aplicable en el Derecho Administrativo Sancionador es el principio de tipicidad , que obliga al legislador a delimitar la norma de forma precisa de modo que del precepto legal se desprenda con la mayor claridad posible cual es la conducta prohibida. Se exige por lo tanto que la norma tenga la suficiente densidad normativa, la cual viene exigida en razón de la seguridad jurídica de los administrados.⁹¹ Es por esta razón que el legislador ha definido la conducta del art. 507 de manera clara castigando “*al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros*”. Corresponde por lo tanto que desglosemos el análisis del ilícito y nos detengamos en el estudio del tipo objetivo y subjetivo del mismo.

5.4.1. Tipo Objetivo

El tipo objetivo es la “descripción objetiva de la actividad humana externa o material – generalmente de naturaleza corporal – que efectúa el sujeto para concretar el objetivo que tiene en mente”⁹².

⁹¹ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 480 – 2006. Considerando 22°

⁹² GARRIDO MONTT. Mario. Op. Cit. Pág. 52

En la figura en comento, como es fácil advertir, la acción que se exige es la de *simular la contratación de trabajadores a través de terceros*, el verbo rector del tipo objetivo es *simular*, es decir generar la apariencia de celebrar un acto determinado, mientras se encubre un acto efectivamente realizado. Debemos distinguir entonces cual es el contrato simulado (aparente) de aquel disimulado (oculto). El contrato entre el verdadero empleador y el trabajador es justamente el que se pretende encubrir por lo tanto se trata del contrato disimulado. El contrato llevado a cabo entre el empleador ficticio (tercero) y el trabajador podría confundirse con el contrato simulado, sin embargo esto no es correcto, ya que no es ejecutado por el sujeto activo, es decir el empleador. Entonces el contrato simulado será aquel acuerdo celebrado entre el verdadero empleador y el tercero, mediante el cual este último pone a disposición del primero a los trabajadores contratados. Así, la distinción de estos tres actos ayuda para entender la forma en que se desarrolla el ilícito.

Por lo tanto se deberá demostrar la existencia de un contrato de trabajo formal entre el tercero y el trabajador y por otro lado la existencia de una relación laboral o contrato de trabajo no formalizado entre el verdadero empleador (sujeto activo) y el trabajador, cabe recordar en este punto la presunción del contrato de trabajo, que establece el artículo 8 del código cuando exista una prestación de servicios en los términos del artículo 7, es decir, cuando exista una prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación. Por último, se deberá acreditar el contrato o acuerdo por el cual

el verdadero empleador establece el uso de los servicios que ha contratado el tercero, es decir, el acuerdo por el cual se simula la contratación.

En este sentido la Dirección del Trabajo ha señalado que en este ilícito “participan dos o mas personas naturales o jurídicas, produciendo como consecuencia que el verdadero empleador evade las obligaciones laborales y provisionales, traspasándolas a un aparente o ficticio empleador (simulador) de quien los trabajadores, en virtud del citado artículo 3°, no dependen directamente, sino que la dependencia y subordinación recae precisamente en el real empleador (empleador simulado), sin que sea un elemento esencial en la figura el vinculo contractual que puede o no darse entre ambos”⁹³. Por lo tanto, a juicio del organismo no es necesario que exista una relación contractual entre el verdadero empleador y el tercero o empleador ficticio, sin embargo es lógico que se refiere a la existencia de un vínculo formal, ya que como hemos dicho debe existir un acuerdo entre ambos, que es justamente el que permite la coordinación entre ambos para encubrir la verdadera relación laboral.

5.4.2. Tipo Subjetivo

Es en torno al tipo Subjetivo, es decir, el aspecto intencional que se desarrolla internamente en el sujeto activo, donde encontramos la mayor controversia en nuestro derecho, ya que algunos niegan su necesidad en este delito, luego de la modificación hecha por la ley 19.759 que ya hemos

⁹³ Ordenanza N°. 7 de 30 de Octubre de 2008 de la Dirección del Trabajo.

reseñado. Como también hemos indicado, muchos han interpretado esta figura como una institución que sanciona el Fraude a la ley, estableciendo un caso de responsabilidad objetiva.

.Sin embargo, creemos que la potestad administrativa sancionadora “es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del ius puniendi general del Estado, razón por la cual se ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario”⁹⁴. A su vez, nadie discute la trascendencia del principio de culpabilidad dentro del Derecho Penal, debido a que se relaciona con el reconocimiento de la esencia de la persona, en efecto “imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena solo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”⁹⁵.

Podemos conceptualizar el principio de culpabilidad como la conciencia de un actuar antijurídico, es decir, “actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho”⁹⁶

El fundamento de este principio lo encontramos en la libertad intrínseca al ser humano y reconocida por nuestra constitución, es este sentido el Estado

⁹⁴ Dictamen N° 14571 de 22 de Marzo de 2005 de la Contraloría General de la República

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio. 2000. “Derecho Penal parte general”. Buenos aires. EDIAR. Pág. 132.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. 2007. “Teoría General del Delito”. Valencia. ED. Tirant lo blanch. Pág. 136

puede sancionar a sus miembros porque siendo libres, esto es pudiendo determinarse a su libre albedrío, escogen realizar actos ilícitos. Al mismo tiempo, la doctrina identifica como fuente de su protección, al artículo 19 N° 3 inciso 7 de la Constitución al señalar que *la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*. Esta norma representa una fuente indirecta, en la medida que no se refiere de forma expresa al principio, sin embargo se entiende que si la culpa es presupuesto de la responsabilidad, al presumir la culpa también se estaría presumiendo la culpabilidad.

Por lo tanto, es posible concluir que este principio si tiene cabida en el Derecho Administrativo Sancionador, ya sea por su reconocimiento constitucional recién mencionado o por su proyección desde el Derecho Penal, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

La consecuencia mas importante de la aplicación de este principio será la prohibición de establecer una responsabilidad objetiva derivada de una infracción administrativa sin hacer un juicio de reprochabilidad de la conducta del sujeto activo, en otras palabras, no basta que el hecho sea materialmente causado por el sujeto, sino que además es preciso que haya sido querido (doloso) o haya podido preverse o evitarse (culpa o imprudencia).

Un ejemplo de la importancia de este principio lo podemos ver en el pronunciamiento del tribunal constitucional español, en una situación similar a la que comentamos a propósito de una reforma a la ley tributaria, en el cual indica

que “en la Ley General Tributaria se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracciones tributarias. Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se ha suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, tal resultado será inadmisibile en nuestro ordenamiento”.⁹⁷

En esta misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha cuestionado la imposición de una pena privativa de libertad por parte de la administración, sin determinar la culpabilidad del sujeto, criticando la disposición del artículo 169 del Código Sanitario debido a que “permite consolidar irremediabilmente una pena privativa de libertad, hasta por hechos -agregase ahora- de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor”⁹⁸

5.4.2.1. Alcances en la aplicación del principio de culpabilidad

Es evidente, por lo tanto, la importancia de este principio, sin embargo la operatividad de este en materia administrativa está dada por ciertos elementos especiales, que debemos tener presentes al momento de trasladarlo a esta rama del Derecho.

⁹⁷ Tribunal Constitucional de España. Sentencia 76/1990. [En línea] <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=18127>> [Consultada 4 de Agosto de 2014]

⁹⁸ Tribunal Constitucional Sentencia Rol N° 1.518 - 2010

En el ámbito penal, tal como hemos dicho, se ha identificado la culpabilidad con la idea de reprochabilidad de la conducta, fundada en la libertad de la persona que pudiendo adecuar su actuar a la norma, no lo haya hecho. Sin embargo, debemos tener presente que estamos dentro del Derecho Administrativo cuya finalidad es principalmente la prevención, por lo tanto lo que se busca es evitar la comisión de infracciones para preservar la indemnidad de ciertos bienes jurídicos, mientras que el Derecho Penal, está fuertemente marcado por un carácter retributivo o de reproche moral o ético, hacia la conducta a que ha infringido la norma.

La importancia de lo anterior se traduce en que en el Derecho Administrativo Sancionador la conducta típica será culpable por la simple razón de ser atribuible a su autor a título de culpa o dolo, sin exigir ningún tipo de reproche moral o ético en la conducta de este.

Ahora bien, también debemos considerar que en el Derecho Penal el dolo ocupa un lugar muy importante mientras que “la imprudencia en este ámbito tiene un carácter excepcional. Por el contrario, en el Derecho sancionador administrativo la imprudencia es la protagonista y el dolo tiene atribuido un papel secundario.”⁹⁹ Esto por que el Derecho penal se estructura en base al delito doloso y solo se castiga la conducta imprudente en los casos que establece la ley, cuando no se alcance a configurar el dolo, mientras que “la

⁹⁹ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. 1996. “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador”. Madrid. ED. Tecnos. Pág. 127.

acción imprudente constituye el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico- administrativas, (y) la realización dolosa del hecho es un fenómeno derivado que presupone que aquél no se cometió de forma imprudente. En definitiva, el dolo en materia administrativa debe ser considerado como una agravante de la responsabilidad, pero se comienza evaluando si en la conducta hubo culpa o no. Esto ayuda a comprender mejor por que la eliminación de la expresión “dolosamente” no puede ser entendida como una eliminación del requisito de intencionalidad.

El carácter preventivo de esta rama del Derecho se ve reflejada también la abundante tipificación de infracciones de mera actividad y de peligro abstracto, como el caso de la Simulación, ya que se busca dar un paso más allá no solo previniendo la lesión del bien jurídico sino su puesta en peligro.

La tipificación de este tipo de infracciones obliga además a ser preciso en determinar donde exigir la intencionalidad. Está claro que para configurar este tipo de ilícitos basta realizar la conducta que ponga en riesgo el bien jurídico, como ocurre en este caso al simular la contratación de trabajadores. Por lo tanto, se debe examinar si hay una intención del autor que se relacione con ese objetivo y no con el daño o un resultado posterior, en definitiva no se puede requerir dolo o culpa “con respecto a un resultado antijurídico, ya que este falta en el tipo de infracciones, sino mas bien, a la previsibilidad y evitabilidad de la

propia acción que ha supuesto el incumplimiento de la norma”¹⁰⁰, la conducta típica se agota así en la simple inobservancia de un deber con independencia de cualquier resultado.

Debemos entender que en la Simulación lo que se sanciona es el acto de Simular la contratación de trabajadores por medio de terceros, por lo tanto se debe evaluar en un primer momento si hay un actuar imprudente en su conducta que haya llevado a esa simulación, lo que no excluye la hipótesis de dolo en el caso de que haya una intención directa de actuar en ese sentido. Sin embargo, resulta inapropiada la conceptualización de dolo que ha hecho la Dirección del Trabajo al decir que esta figura “no requiere ninguna intencionalidad destinada a engañar o perjudicar a terceros”¹⁰¹, puesto que se acerca a la noción de dolo establecida en el Derecho Civil cuando lo correcto es que se entienda el dolo desde la óptica del ius puniendi estatal como “la conciencia (y voluntad) de realizar el tipo objetivo en un delito”¹⁰², en este caso sería el conocimiento del empleador de que celebra un contrato simulado, sumado a su voluntad de llevarlo a cabo.

Ahora bien, como hemos dicho, el dolo no es imprescindible en a configuración del ilícito, ya que basta con la configuración de un actuar culposo en la hipótesis, sin embargo es útil identificar si hubo dolo ya que sirve en la

¹⁰⁰ CAMAS RODA, Fernando. 2005. “Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral: régimen sancionatorio” [En línea] XVI Jornadas de Derecho Social. <<http://www.uoc.edu/symposia/dretsocia/ponencias/camas0205.pdf>> [Consultada: 5 de Agosto de 2014]

¹⁰¹ Ordenanza N° 922/ 25 de 11 de Marzo de 2003 de la Dirección del Trabajo.

¹⁰² GARRIDO MONTT. Mario. Op. Cit. Pág. 75

determinación de la pena que debe imponerse, puesto que como veremos el órgano administrativo puede imponer una multa entre 20 y 300 UTM.

Alguna jurisprudencia ha recepcionado este criterio de intencionalidad al decir que “se precisa de intencionalidad de parte de los agentes, en el sentido de encubrir una relación de trabajo, aparentando que esta se configura con otra persona. Esta motivación ha de ser acreditada mediante la prueba rendida, lo que no ha ocurrido en la especie”¹⁰³. Parte de la doctrina también ha compartido esta opinión con ciertos matices, al señalar que “el ánimo de engañar a terceros es también elemento de la simulación, lo que no implica necesariamente el espíritu de perjudicar a esos terceros. Cabe señalar que no es necesario que el engaño se produzca realmente, ni que se obtenga en realidad el beneficio perseguido con él para que se configure la simulación”¹⁰⁴, agregando incluso que este tipo de simulación ilícita daría origen a responsabilidad extracontractual, frente a terceros.

5.4.3. Sanción.

En cuanto a la sanción, el legislador ha establecido que en caso de que exista simulación asociada a la determinación de un empleador único, el juez deberá en primer lugar señalar de manera precisa las conductas que constituyan dicha simulación y los derechos que se hayan visto afectados,

¹⁰³ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia Rol 390-09. 30 de Diciembre de 2009.

¹⁰⁴ GAJEWSKI MOLINA, Reinardo. 2001. “La simulación dolosa del contrato de trabajo”. Rev. De Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción. N° 9. Pág. 92

debiendo aplicar además una multa de 20 a 300 UTM, rango que fue aumentado luego de la ley 20.760, ya que antes fluctuaba entre las 5 y las 100 UTM. Por lo tanto, podemos ver que se descarta por completo al empleador ficticio o tercero y se hace responsable al empleador real.

Cabe señalar que antes correspondía a la Dirección del Trabajo imponer estas sanciones, sin embargo la jurisprudencia había señalado que “ ello no es excluyente de la competencia que tienen los tribunales del trabajo para resolver sobre esta materia, competencia que le otorga el artículo 420 en su letra a) del Código del Trabajo”¹⁰⁵ Sin embargo, luego de la reforma señalada anteriormente, el artículo 3 del código, establece la competencia del Juez del trabajo, quien debe resolver previo informe de la Dirección del Trabajo, teniendo la posibilidad de requerir además informes de otros órganos de la administración del Estado.

¹⁰⁵ Corte de Apelaciones de Concepción Sentencia Rol 631- 09. 28 de Abril del 2010.

VI. SUBTERFUGIO EN PERJUICIO DE LOS TRABAJADORES.

6.1. Generalidades

Como indicamos al comienzo de este trabajo, cada vez es mas frecuente la fragmentación o modificación de empresas con el fin de aumentar la productividad, lo cual se desarrolla dentro del fenómeno denominado descentralización productiva. Sin embargo existen ciertas modificaciones cuya motivación puede ser al menos puesta en duda, ya que muchas veces se realizan con una apariencia de licitud pero perjudicando finalmente a terceros. Justamente es esto lo que el legislador ha querido evitar al tipificar el subterfugio como infracción administrativa.

No podemos obviar que las modificaciones que hemos mencionado a pesar de generar muchas veces perjuicio a los trabajadores, llevan también aparejados, múltiples provechos. Un ejemplo se ve en los beneficios tributarios que puede obtener la empresa si se divide en varias unidades jurídicas menores, lo que también puede significar que el gasto por concepto de gratificaciones sea menor. Al mismo tiempo los daños a los trabajadores son variados, ya que el patrimonio para responder a las obligaciones laborales y previsionales también disminuye, aumentan las posibilidades de insolvencia, se debilitan lo derechos sindicales y la capacidad de negociación colectiva, etc.

El art. 507 en su inc. 3 nro. 3 obliga al juez a determinar si la alteración de la individualidad del empleador se debe a la *“utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención”* luego en el inc. 4 detalla el concepto de subterfugio agregando que *“quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio referido en el párrafo anterior, cualquier alteración de mala fe 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.”*

Por lo tanto las hipótesis que sanciona este artículo son dos:

1. Ocultar, disfrazar o alterar la individualidad del empleador mediante cualquier subterfugio y
2. Ocultar, disfrazar o alterar el patrimonio del empleador mediante cualquier subterfugio.

La primera diferencia con la figura anterior, la encontramos en el hecho de que se trata de un tipo de lesión, puesto que para su configuración se requiere la afectación del bien jurídico protegido, además es un ilícito de

resultado ya que se requiere una consecuencia mas allá de la acción que se realiza, en este caso el resultado debe ser *eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención*.

Este resultado puede generarse de diversas formas, entre otras:

1. Como una dificultad para determinar quien es el responsable del cumplimiento de los derechos laborales individuales o colectivos de los trabajadores.
2. Que como resultado del subterfugio empleado, tales derechos se menoscaben o se pierdan¹⁰⁶

La importancia de la figura del subterfugio esta dada en su intima relación con dos realidades muy presentes en nuestro país, como son los *grupos de empresas*, que ya hemos definido en un capitulo anterior y con el *multi-rut*, que corresponde básicamente a la atomización o división de una empresa en diversas razones sociales, modalidad muy común en el área de retail por ejemplo. Lo anterior porque muchas veces, con ocasión de estas transformaciones, se ven afectados derechos de trabajadores o se ve disminuida la capacidad para ejercerlos, un ejemplo se observa en el caso de dos razones sociales con distinto giro, dentro de una empresa, una que tiene como giro la contratación de trabajadores y otra que se dedica a la actividad productiva principal, como la primera no genera utilidades no tendrá que otorgar

¹⁰⁶ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2006. "Subcontratación: régimen jurídico del trabajosubcontrado y del suministro de personal". Santiago. ED. Jurídica de Chile. Pág. 49.

gratificaciones a sus trabajadores. Justamente este tipo de realidades es la que inspiró la reciente ley 20.760, que modifica la figura del subterfugio entre otros cambios que ya hemos mencionado.

6.2 Modificaciones legales relevantes en materia de simulación

La primera modificación relevante en esta materia la encontramos en la ley 19.759 que reemplaza el vocablo “objeto” por el de “resultado” sancionando en definitiva al 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 provisionales*. Lo anterior generó distintas interpretaciones en torno a la necesidad del elemento subjetivo. Luego la ley 20.123 solo modificó la figura de la simulación quedando intacto este ilícito, hasta este año donde la ley 20.760 incorpora la expresión *mala fe* en el inciso que explica que conductas quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio. Como vemos se reincorpora un elemento subjetivo, lo que tiene directa relación con la controversia que se había generado en la doctrina respecto a la necesidad de un elemento intencional para su configuración, lo cual será objeto de análisis a continuación.

6.3. Interpretación y aplicación de esta figura por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

El análisis del Subterfugio no ha estado exento de críticas por parte de la doctrina. Así el profesor Ugarte señala que los términos amplios en que se ha redactado la figura y los casos que ha agregado el legislador, permiten que prácticamente cualquier modificación a la empresa pueda ser considerada como ilícita, lo cual carece de toda lógica, lo que se confirma por el hecho de no exigir, según él, intencionalidad alguna en la ejecución del ilícito. Por otro lado algunos han dicho que “la falta de vigencia y la infracción de los derechos laborales no se solucionan con una sanción pecuniaria, sino con el establecimiento de específicos instrumentos jurídicos y, en el supuesto que el ilícito acontezca, deben establecerse los mecanismos que restablezcan el derecho y si ello no procediere deben fijarse mecanismos indemnizatorios”¹⁰⁷

En este ilícito, al igual que en el caso de la simulación, bajo la redacción previa a la entrada en vigencia de la ley 20.760, algunos entendían que la expresión “resultado” determinaba que “la ley no exige intencionalidad alguna del que ejecuta el subterfugio, sino nada mas que el resultado (no la intención) sea afectar derechos laborales”¹⁰⁸, en el mismo sentido el profesor Humeres señaló en su oportunidad que “en efecto, ya no sería necesario acreditar

¹⁰⁷ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. 2007. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”. 2° ED. Santiago. Legalpublishing. Pág. 71

¹⁰⁸ UGARTE, CATALDO, José Luís. Op. Cit.(25) Pág. 88

intención por parte de la empresa, bastaría tan solo el resultado dañoso para que estuviésemos ante la figura sancionada por el legislador.”¹⁰⁹.

Creemos que estas interpretaciones no son del todo correctas principalmente por lo que hemos señalado en el capítulo anterior en cuanto al reconocimiento del principio de culpabilidad como uno de los ejes fundamentales en esta materia. Sin embargo, es posible deducir que se produce una confusión producto de la incorporación del vocablo *resultado*, lo que ha llevado a pensar que se castiga la acción solo por la producción del resultado. Esto es incorrecto puesto que esta modificación solo viene a confirmar que se trata precisamente de un delito de resultado, lo cual bajo ningún punto de vista determina una responsabilidad objetiva en la materia, puesto que sigue siendo necesario el requisito de intencionalidad pero esta vez, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la simulación, ese elemento volitivo debe apuntar a la producción de un efecto posterior a la acción.

Por su parte, la jurisprudencia ha tenido otra visión respecto de este ilícito laboral, observándose la tendencia por parte de los tribunales superiores ha exigir un elemento de intencionalidad en su configuración. En este sentido la Corte de Apelaciones de Concepción en la causa Rol: 366- 2010 ha establecido que “no basta con la acreditación de la alteración, modificación o división de una empresa con la consecuencia de pérdida de derechos laborales y

¹⁰⁹ HUMERES, Héctor. 2001. “Reforma Laboral ley 19.759. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 68

provisionales de los trabajadores, sino que es necesario que además se compruebe que esas acciones fueron ejecutadas con la finalidad de perjudicar a los trabajadores”¹¹⁰, en el mismo sentido la Corte Suprema ha señalado 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”¹¹¹. Por lo tanto, no queda espacio para dudar que los tribunales exigen el elemento subjetivo en la configuración del ilícito en cuestión, lo cual como ya hemos dicho en el capítulo anterior, se condice con el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad.

Dicho lo anterior, cabe señalar que la reciente modificación a este artículo ha recogido la opinión preponderante en la jurisprudencia, agregando que la alteración en la empresa debe ser de *mala fe* para que quede comprendida dentro del concepto de subterfugio. Si bien no hay una referencia directa al dolo, si se refuerza la idea de considerar el elemento subjetivo en la conducta.

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Concepción Sentencia Rol: 366- 2010 del 20 de Mayo de 2011.

¹¹¹ Corte Suprema Sentencia Rol: 3874- 2008 del 13 de Octubre de 2008.

6.4 Análisis desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador.

6.4.1 Tipo Objetivo

Al igual que en el caso de la simulación el sujeto activo será el empleador y el bien jurídico que se pretende proteger es el crédito laboral y el crédito de la seguridad social.

La diferencia en cuanto al tipo objetivo la encontramos en que en este caso el legislador ha utilizado tres verbos rectores para definir la conducta, al sancionar cualquier subterfugio, *ocultando, disfrazando o alterando* su individualización o patrimonio. Según la RAE la acción de *ocultar* corresponde a “callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir” mientras que *disfrazar* es definido como “desfigurar la forma natural de alguien o de algo para que no sea conocido”, por último la acción de *alterar* corresponde a “cambiar la esencia o forma de algo”. La redacción de la norma obliga a entender que se trata de acciones independientes y que cualquiera de ellas configura e subterfugio, sin embargo el inciso 4º amplía el concepto enumerando distintas transformaciones frecuentes en las empresas como la creación de razones sociales distintas (multirut) o la división de la empresa. El mismo inciso agrega el resultado que debe producirse, al decir que queda comprendido cualquier otra alteración *que signifique para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos*, por lo tanto, además de efectuar cualquiera de las acciones que señala el artículo, debe producirse este efecto

para configurar el tipo objetivo del ilícito laboral, existiendo por supuesto un nexo de causalidad entre ambos, que debe ser probado por el trabajador que pretenda establecer la responsabilidad, así en el primer informe de la comisión de trabajo del senado de la reciente ley 20.760 se señala que “los trabajadores no solo deben probar la figura ilícita, si no que, conjuntamente deben reclamar en la misma demanda judicial, las prestaciones laborales que perdieron o que fueron afectadas con motivo de la división o alteración de la individualización de la empresa o su patrimonio.”¹¹²

Es importante agregar que la enunciación que hace la norma de las formas de cometer el subterfugio no es taxativa ya que habla de “cualquier alteración” y luego agrega la expresión “u otras que signifiquen” por lo tanto queda abierto a cualquier ocultamiento, disfraz o alteración que signifique un perjuicio a los trabajadores, a pesar de que los ejemplos mencionados en el inc. 4° resultan de gran utilidad para despejar dudas sobre situaciones puntuales y frecuentes en la práctica empresarial que pueden generar eventuales efectos negativos en los derechos laborales.

6.4.2 Tipo Subjetivo

Como hemos dicho, al igual que en el caso de la simulación se han presentado distintas controversias en torno al tipo subjetivo de esta figura, debido a que por una parte la doctrina entiende que no debe ser un requisito y

¹¹² Historia de la Ley 20.760. [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1063750> > [Consultado 10 de agosto de 2014] Pág. 124

por otro lado nuestros tribunales han fallado en la dirección contraria. Creemos que esta última es la opción correcta debido a que desde la óptica del Derecho Administrativo Sancionador no se puede obviar el elemento de la culpabilidad, debido a que como ya se ha explicado goza de reconocimiento constitucional para estos efectos. Sin embargo, los tribunales no han sido del todo concientes de la amplitud de este principio y de la forma en que se puede aplicar en base a las distintas categorías de dolo que ha reconocido la doctrina.

Si bien, la jurisprudencia ha reconocido que es necesaria la presencia de dolo para configurar este ilícito, es necesario precisar que tipo de dolo es el que se debe dar para que se configure el delito en cuestión, esto último es posible gracias a las clases de dolo que ha distinguido la doctrina. El *dolo directo* está presente cuando el autor quiere realizar el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad), por ejemplo si quiere matar y lo hace. El *dolo indirecto* o *dolo directo de segundo grado* se da cuando el autor no quiere el resultado que se produce, pero lo admite como necesario para lograr el objetivo que si se ha planteado, es decir debe prever una consecuencia accesoria e incluirla en su voluntad, por ejemplo en el caso de quien quiere matar con una bomba a quien viaja en el asiento de atrás de un auto y sabe que para lograrlo debe matar también a su chofer. Por ultimo, se habla de *dolo eventual* cuando la voluntad no está orientada directamente al resultado que se logra, pero este se representa en la mente del sujeto como probable y a pesar de eso continúa con su actuación, esto ocurre, en el ejemplo

anterior, en el caso que el sujeto activo coloque la bomba en la mitad de la calle a la espera del auto y sabe que puede explotar antes y matar a otras personas.¹¹³

Teniendo claras las categorías de dolo, y acercándolas al ilícito laboral que estudiamos, es posible observar que los tribunales, en algunos casos han extremado el elemento subjetivo del tipo. Así la Corte Suprema pronunciándose sobre un recurso de nulidad en la causa Rol: 9378- 2010 ha dicho que “se requiere intencionalidad o dolo, porque el ocultamiento *persigue como objetivo eludir el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores*, es decir, debe concurrir claramente un componente subjetivo para configurar el ilícito laboral”¹¹⁴. En otra oportunidad se ha rechazado la acción porque “no se advierte la ocurrencia de hechos que constituyan el subterfugio laboral alegado, ni intencionalidad con el fin de lesionar derechos de la trabajadora por parte de la demandada”¹¹⁵. Por lo tanto, se ha exigido generalmente la configuración del dolo directo, al entender que la finalidad del empleador debe ser afectar los derechos del trabajador, lo que no es correcto debido a que en la norma no se hace ninguna referencia estricta al elemento subjetivo, lo cual nos obliga a entender que puede presentarse este en sus diversas variantes.

En consecuencia, a nuestro parecer, el hecho de que se trate de un ilícito de resultado, no debe confundirse con una exigencia estricta del componente

¹¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 72

¹¹⁴ Corte Suprema. Sentencia Rol 9378- 2010 del 12 de Agosto de 2011

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Iquique Sentencia rol 63- 2009 del 17 de julio de 2009

intencional, limitándolo solo al dolo directo. Si bien lo que se exige es que la actividad del empleador produzca un efecto, la voluntad del mismo para producir ese efecto puede manifestarse en distintos niveles. Puede ocurrir que el sujeto activo pretenda directamente perjudicar los derechos laborales como también puede darse el caso que el empleador tenga como principal objetivo mejorar productividad de su empresa y para eso estime necesario dividirla, en este caso no existe una intención directa a dañar al trabajador sin embargo dependiendo de las circunstancias es posible pensar que en el empleador se representa la posibilidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y aun así realiza esta modificación, sin prevenir los eventuales perjuicios. En definitiva “basta con que el empleador o sus agentes se representen el resultado como probable y aun así continúen con su acción, aun que busquen una finalidad distinta e incluso legítima”¹¹⁶

El requisito de intencionalidad y el criterio seguido por los tribunales fue recogido por el legislador en la ley 20.760 al señalar que quedan comprendidos dentro del subterfugio cualquier alteración de *mala fe*, señalando luego los casos frecuentes de alteraciones en la empresa. Si bien resulta extraño que se refiera en esos términos, en la historia de la ley queda claro que se busca incorporar explícitamente el requisito de intencionalidad con el fin de entender que una transformación durante la existencia de una empresa, no implica

¹¹⁶ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2013. “La Simulación y el Subterfugio Laborales”. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 4. Nro. 7. Pág. 21

necesariamente la existencia de dolo o mala fe cuyo objetivo sea eludir los derechos de los trabajadores”¹¹⁷

La mala fe como es lógico se opone la buena fe, la que a su vez puede ser analizada desde dos perspectivas, como buena fe subjetiva u objetiva. La primera se determina mediante actos que demuestren una conducta contraria a causar un perjuicio a los demás. Por otro lado, la buena fe subjetiva es la creencia o estado mental de estar actuando conforme a derecho. Es lógico entonces entender que cualquier conducta que sea contraria a estas dos opciones constituye mala fe. La jurisprudencia también ha utilizado esta expresión en algunos casos, esto se observa en un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca en el cual se señala que “los hechos que se han dado por acreditados en el considerando precedente, demuestran la *mala fe* de los integrantes de las personas jurídicas señaladas, al suscribir un finiquito en nombre de Comercial C&A Ltda. (...) comprometiéndose a pagar indemnizaciones a favor de los actores, con pleno conocimiento de su carencia de bienes para responder por las obligaciones contraídas”¹¹⁸

Creemos que la interpretación que ha establecido la jurisprudencia y la confirmación de esta tesis por parte de la nueva reforma en la materia es la correcta, no solo por que se condice con principios constitucionales propios del Derecho Administrativo Sancionador como es el principio de culpabilidad, sino

¹¹⁷ Historia de la Ley 20.760. [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1063750> > [Consultado 15 de agosto de 2014] Págs. 359- 360

¹¹⁸ Corte de Apelaciones de Talca. Sentencia rol 50- 2010 del 29 de Junio del 2010.

que además porque establece una mejor articulación entre la libertad de empresa y la protección de los derechos laborales toda vez que no se entiende cualquier modificación a la estructura de la empresa como ilícita. Lo anterior obliga a indagar mas allá del resultado perjudicial que se ha generado, considerando las circunstancias para determinar si era posible que el empleador pudiera prever el daño que finalmente se genera.

En efecto, ampliar el concepto de dolo permitiendo que se pueda configurar este elemento en cualquiera de las formas que ha establecido la doctrina, obliga a establecer un mayor estándar de cuidado en el empresario o empleador, conforme al mayor grado de información que este maneja. Lo anterior se traduce en que el empleador al tener mayor control de las posibles transformaciones de la empresa, debe estar más atento a los posibles perjuicios que esto pueda traer a los trabajadores. Sin embargo la referencia a la *mala fe* en la ley puede resultar en alguna medida perjudicial para lograr establecer un elemento intencional amplio en los términos que hemos señalado, lo cual dependerá de la interpretación que finalmente se haga por parte de los jueces.

6. 4.3. Sanción

Bajo la redacción anterior la sanción representaba mayor importancia que la actual, ya que no solo establecía una multa sino que también determinaba en el empleador material la obligación de hacerse cargo del pago de todas las prestaciones laborales correspondientes a los trabajadores.

Hoy la sanción en caso de que la alteración de la individualidad del empleador se deba al subterfugio corresponde a una multa entre las 20 a 300 UTM, monto mayor al anterior que era de 10 a 150 UTM.

VII. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA NUEVA LEY 20.760 O “LEY DEL MULTIRUT”

Como se señaló al comienzo, el objetivo de este trabajo es fundamentalmente analizar las figuras del Subterfugio y la Simulación como dos ilícitos que constituyen herramientas útiles para solucionar algunos problemas relacionados con la determinación del empleador. En este sentido, es pertinente hacer presente que durante el desarrollo de esta investigación, se promulgó la ley 20.760 también conocida como “Ley del Multirut” que modifica los artículos 3 y 507 del Código del Trabajo, introduciendo importantes cambios en el concepto de empresa y en las figuras de la Simulación y el Subterfugio, lo cual nos obliga a detenernos en su análisis.

La nueva ley establece que las obligaciones laborales y previsionales recaen sobre la figura del empleador y no sobre la empresa como sucedía hasta ahora, al mismo tiempo introduce la posibilidad de considerar a varias empresas como un solo empleador obligándolas solidariamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales, lo que busca impedir la evasión de estas obligaciones que se observaba reiteradamente a través de la división artificiosa de empresas o el establecimiento de múltiples razones sociales. Además se permite que los trabajadores de aquellas empresas consideradas como un solo empleador puedan constituir uno o más sindicatos o mantener las organizaciones existentes, otorgándoles a ellos el derecho de opción para

negociar colectivamente con todas o con cada una de ellas. Por otro lado, serán los tribunales de justicia quienes deberán dirimir las controversias sobre la identidad del empleador en los casos que se requiera, para lo cual el juez tendrá la libertad necesaria para considerar todos los elementos de juicio que permitan determinar la existencia de un único empleador, dentro de estos elementos contará con un informe de la Dirección del Trabajo y podrá solicitar los informes que estime necesarios a distintos organismos. En el caso de que establezca la existencia de un solo empleador, especificará las obligaciones laborales y provisionales a las que el empleador debe dar cumplimiento y en el caso de que ellas no se cumplan podrá ser sancionado con una multa que varía entre las 50 y las 100 UTM.

El artículo 507 en particular se reemplaza por uno completamente distinto, ampliando su contenido, ya que anteriormente se preocupaba solo de establecer dos ilícitos laborales y hoy regula principalmente elementos relativos a la acción para determinar la existencia de un único empleador. En primer lugar indica que la titularidad de la acción corresponde a cualquier trabajador u organización sindical que considere sus derechos afectados, luego establece la oportunidad para interponerla, lo que puede ocurrir en cualquier momento mientras dure la situación de multiplicidad de empleadores, salvo durante el periodo que exista una negociación colectiva. Además, se establece que la negociación colectiva se suspende cuando el proceso judicial se extiende mas allá de la fecha de inicio de dicha negociación, prolongándose la vigencia del

contrato colectivo o convenio hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia. Luego este artículo se encarga de detallar el contenido que debe tener la sentencia que se pronuncie sobre esta acción así como la aplicación general de esta sobre todos los trabajadores de la empresa. En lo relativo al contenido de la sentencia la norma establece que esta debe señalar:

1. El pronunciamiento e individualización de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y provisionales.
2. Las medidas concretas a que se encuentra obligado el empleador, dirigidas a materializar su calidad de tal, así como aquellas destinadas al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren; bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de lo ordenado.
3. La determinación acerca de si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, o bien a la utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de obligaciones laborales y provisionales. Si así lo determina, deberá señalar las conductas que constituyen dicha simulación o subterfugio y los derechos

laborales y provisionales que por esta vía se hubieren vulnerado, debiendo aplicar al infractor una multa de 20 a 300 unidades tributarias mensuales

Lo primero que se puede apreciar es como las figuras de la simulación y el subterfugio pierden su independencia, ya que solo se podrían configurar en caso de que se accione para determinar la existencia de un único empleador. En definitiva, quedan como un ilícito anexo a las hipótesis de variadas empresas que conformen un único empleador. Por lo demás, el juez solo tendrá que determinar la existencia de simulación o subterfugio para efectos de imponer una multa, ya que la nueva regulación obliga al juez a establecer las medidas *destinadas al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren*, lo que antes debía ser resuelto al pronunciarse sobre la existencia de la simulación o subterfugio. Lo anterior hace que se debilite la fuerza que tenían estas figuras en el ordenamiento jurídico sobre todo si pensamos en la compleja y controversial misión de determinar la existencia de una simulación o subterfugio para el solo efecto de establecer una multa, que para grandes empresas puede incluso resultar insignificante, y que por lo demás tampoco va en beneficio directo del demandante. Sobre todo por esto último es muy posible que ambas figuras caigan en desuso, o por lo menos no se expliciten en las demandas, ya que es difícil que se quiera invertir tiempo y recursos por parte del demandado para una multa que solo aumentará las arcas fiscales. No obstante se debe

hacer presente que según la redacción del artículo es obligatorio para el juez determinar la presencia de alguno de estos ilícitos.

Se observan además otras modificaciones importantes relacionadas con las infracciones laborales en cuestión. En primer lugar, resulta extraño que se eliminen por completo las facultades sancionadoras de los órganos de la Dirección del Trabajo, y se entregue absoluta competencia a los tribunales, siendo que actualmente nuestro sistema de relaciones laborales, requiere totalmente de la acción fiscalizadora de este órgano administrativo para otorgar eficacia a las normas laborales, es decir, para que ellas sean efectivamente aplicadas. Esto último por lo costoso y demoroso que puede resultar el juicio para los trabajadores en comparación con la Dirección del Trabajo. Además obliga a los trabajadores a demostrar en juicio que se trata de un único empleador lo que claramente es más difícil que entregar esa verificación a un órgano especializado y que ya venía estableciendo un criterio al respecto. En este sentido el Director del Trabajo, Cristian Mellis ha respondido a algunas críticas señalando que “entendemos que trasladar el tema a los Tribunales de Justicia, primero le da más certeza a los actores involucrados. En segundo lugar, la DT en el pasado ya ha tenido experiencia para referirse a temas muy

difíciles como estos, y los Tribunales han cuestionado las competencias del servicio para hacer esto”¹¹⁹.

Además, de alguna manera se quita el régimen jurídico especial que tenían estas infracciones en atención a su gravedad, al eliminar el plazo de prescripción especial que se establecía y que era de mayor extensión. Por último, es importante destacar la mención expresa que se incorpora al elemento subjetivo de *mala fe*, en la configuración del subterfugio, lo cual confirma el criterio que se venía siguiendo por los tribunales en este sentido. Sin embargo resulta extraño que se haga de esta forma, lo cual claramente limita las posibilidades de configurar alguna hipótesis de dolo eventual o indirecto en los términos que hemos señalado en el capítulo sobre el subterfugio.

La ley se hace cargo de varias de las realidades que hemos analizado a propósito de los problemas de determinación del empleador tanto lícitos como ilícitos. Los ilícitos dicen relación con el denominado *Multirut*, es decir aquella empresa que en la realidad es una sola pero que se divide en diversas razones sociales para efectos de eludir las normas legales, entre ellas principalmente las laborales. El legislador se ha hecho cargo de estos problemas, a través de la figura del subterfugio, cuyas modificaciones ya hemos mencionado, sin embargo cabe recordar que los tribunales ya manifestaban una tendencia a

¹¹⁹ Radio Universidad de Chile. 2014. “Gobierno promulga ley del multirut en medio de críticas por inútil judicialización” [En línea]. 14 de julio del 2014. <<http://radio.uchile.cl/2014/07/04/promulgan-ley-que-regula-multirut>> [Consultado 15 de Agosto]

castigar este tipo de conductas utilizando esta figura, lo que demuestra un avance poco significativo en la materia.

En relación a los grupos de empresas lícitos, es decir aquellos que no se hacen con la intención que hemos señalado, la nueva ley se encarga de establecer los requisitos para determinar esta figura al señalar que se debe considerar como un único empleador a dos o más empresas que tengan una dirección laboral común. Sin embargo, los tribunales ya se encontraban en esta dirección y reconocían la unidad de diversas empresas bajo el criterio de una *unidad económica*, desde hace años en el caso de los derechos individuales y más recientemente en lo que dice relación con los derechos colectivos. Por lo tanto, no se observa una gran novedad en la materia, a pesar de que el explicitarlo en la ley otorga sin duda mayor seguridad jurídica ya que ningún tribunal podría rechazar la configuración cuando se acrediten las exigencias establecidas. En el mismo sentido, el establecimiento de la responsabilidad solidaria también contribuye a una mayor protección.

A pesar de lo anterior, debemos hacer presente que el criterio que señala la ley para identificar al único empleador, al hablar de “una dirección laboral común” resulta un tanto amplia y podría confundir al interprete en el alcance de dicho requerimiento, sin embargo en el mismo artículo se complementa este requisito con la presencia de “condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la

existencia de un controlador común”, lo que nos obliga a entender que el requisito se relaciona con la presencia de una dirección empresarial unitaria como lo han requerido nuestros tribunales también, así también se manifiesta en la historia de la ley al señalar que el criterio en cuestión dice relación con que “las instrucciones son impartidas por una jefatura única o que éstas son iguales para todos los trabajadores, a pesar de estar contratados por sociedades aparentemente diversas”¹²⁰

Finalmente es correcto hacer presente algunas imprecisiones en las que recae la ley y que deberán ser limitadas o corregidas por la doctrina o por nuestros tribunales con el tiempo. Lo primero que resulta inquietante es que se ordene al juez establecer *las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal*”, lo que es sumamente amplio y puede generar diversas confusiones. Tal vez se debieran acotar estas medidas a las estrictamente necesarias para restablecer los derechos laborales y provisionales vulnerados. Por otra parte, no señala nada en cuanto al valor que tendría un eventual acuerdo que pudieran alcanzar las partes de manera extrajudicial para remediar la situación.

Además, se debe señalar que luego del establecimiento de un único empleador mediante la sentencia la ley no se hace cargo de mencionar que tipo de medidas o mecanismos se deben llevar a cabo para revertir la situación

¹²⁰ Historia de la Ley 20.760. [En línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1063750> > [Consultado 15 de agosto de 2014] Págs. 154

en el caso de que sea necesario, como por ejemplo si se enajenó una empresa a terceros. Al parecer, tampoco se considera que dicha declaración podría tener efectos en distintas aristas como por ejemplo las tasas de accidentabilidad, la aplicación de multas así como las obligaciones laborales que se establecen en función del número de trabajadores (sala cuna, comité paritario de higiene y seguridad, etc.)

Por último, cabe reiterar que el completo reemplazo del art. 507, significa una limitación de las figuras de la simulación y el subterfugio a cualquier situación distinta a la declaración de un único empleador, lo que a nuestro juicio les quita importancia y fuerza en la prevención de eventuales conductas ilícitas por parte del empleador.

VIII. CONCLUSIONES

Como hemos podido ver, son múltiples los alcances jurídicos que se desprenden del fenómeno de la descentralización productiva. Si bien es un proceso que busca una mayor productividad en las empresas, al mismo tiempo son variados los problemas que se identifican en materia laboral, puesto que finalmente determina la gestión de los recursos humanos al interior de la empresa. Esto ha obligado a nuestro legislador a tomar una postura con el objeto de dar protección a los derechos del trabajador, lo que ha generado, como hemos visto, distintas controversias tanto en la doctrina como en los tribunales.

Son diversas las causas que originan aquellos cambios estructurales propios de este fenómeno de descentralización y pueden corresponder tanto a objetivos legítimos, acordes a la búsqueda de una mayor eficiencia y productividad, como también a fines ilícitos, por ejemplo evitar obligaciones laborales o debilitar a los sindicatos. Es aquí donde entra la importancia de figuras como la Simulación y el Subterfugio.

En definitiva, este proceso económico introduce un mayor dinamismo en la estructuración de las empresas y es ahí donde se generan las mayores tensiones en distintos frentes, entre ellos en materia laboral. En este contexto, hemos podido distinguir dos exigencias generadas por este proceso, en nuestro ordenamiento jurídico. La primera dice relación con el concepto de empresa y la

necesidad de definirlo de una manera que permita el correcto desarrollo de la libertad de empresa con la debida protección de los trabajadores en sus derechos. Lo segundo, y relacionado con la anterior, es la necesidad es establecer ciertas herramientas para reforzar la protección de los derechos laborales, herramientas que se observan de manera dispersa en nuestro derecho y de las cuales hemos querido analizar dos: la simulación y el subterfugio.

En lo relativo al concepto de empresa hemos visto como la referencia a una *individualidad legal determinada* en la ley, ha dado origen a diversas controversias, distinguiéndose por una parte una inclinación a igualar el concepto de empresa con la persona jurídica que se encuentre detrás y por otro lado una postura que acerca este concepto a aquel ente que sirve de soporte a las obligaciones laborales, es decir el empleador. Esto ha marcado una discusión en torno a la necesidad de modificar el concepto, la cual ha concluido en la reciente modificación que introduce al empleador dentro de la definición de empresa e incorpora la posibilidad de determinar, mediante una acción judicial, que varias empresas corresponden a un solo empleador. Es de esperar que esta modificación elimine aquellas dudas por parte de la doctrina, lo cual solo se verá con el transcurso del tiempo en la medida que los jueces empiecen a hacer uso de esta nueva regulación.

En cuanto a la segunda exigencia que hemos identificado como propia del fenómeno de descentralización, es decir, establecer herramientas para una efectiva protección de los derechos laborales ante las eventuales mutaciones de la empresa, hemos abordado específicamente dos ilícitos laborales como son la simulación y el subterfugio.

Se trata de la tipificación de dos sanciones administrativas contempladas en el Código del Trabajo que por lo mismo deben ser estudiadas desde el Derecho Administrativo Sancionador. Lo anterior se concluye principalmente en base a la naturaleza de la sanción y a la ubicación de la norma dentro del código. Esto a pesar que después de la reciente reforma, se otorgara completa competencia a los tribunales laborales y se disminuyera la función de la Dirección del Trabajo, limitándola a la elaboración de un informe. Lo anterior a primera vista resulta incorrecto, puesto que es el órgano administrativo quien por definición debiera encargarse de sancionar este tipo de ilícitos, sobre todo si consideramos la experiencia que posee en esta materia y los criterios que ha consolidado al respecto, además de la mayor agilidad que otorga en la resolución de estas materias. No obstante, se entiende el haber otorgado esta competencia a los tribunales debido a que hoy estas infracciones se presentan como dos figuras anexas a acción de determinación de único empleador.

Como hemos visto, hoy no es mayormente discutida la constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador por parte de la doctrina ni de la

jurisprudencia. Además esta rama del Derecho se entiende como independiente respecto del Derecho Penal. Se trata en definitiva de dos áreas del derecho que provienen de la potestad sancionadora del Estado (Ius Puniendi Estatal), lo cual implica, en primer lugar, que el contenido de esta potestad se modele según las características de cada ordenamiento jurídico represivo (penal o administrativo), pero además que existe una complementariedad entre los principios que rigen a ambos derechos, puesto que estos provienen del Derecho Público que es precisamente el que regula el Ius Puniendi Estatal.

Debido a lo anterior es correcto aplicar el principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, y consecuentemente en la Simulación y Subterfugio laboral. Lo anterior, como hemos visto, ha sido fuertemente discutido y resistido por parte de los autores. Considerando esto, debemos recalcar que no se trata de un principio del Derecho Penal que se traslada para ser aplicado en el Derecho Administrativo, sino que es un principio con reconocimiento constitucional y como tal rige en todo el Derecho Público que es aquel que regula el Ius Puniendi estatal y por consiguiente al Derecho Administrativo Sancionador.

Como hemos señalado se observa una fuerte resistencia en la doctrina en esta materia. Así, algunos han planteado que la simulación y el subterfugio son figuras que tienen su origen en el Fraude a la Ley, otros dicen que se debe aplicar de la doctrina del levantamiento del velo, llegando algunos a plantear

que se trata de un caso de responsabilidad objetiva determinada por el solo resultado. El principal respaldo que han utilizado estas teorías ha sido el principio de primacía de la realidad. Sin embargo, si bien es posible entender que este principio fundamenta a ambas figuras, tal vez en su origen, creemos que no es correcta la aplicación de este fundamento, de manera que reemplace la operatividad de ambas figuras, en otras palabras lo que muchas veces se ha hecho es una aplicación directa de este principio y no del ilícito administrativo como tal.

Lo anterior no quita que en algunos casos de problemas en la determinación del empleador si deban ser aplicadas estas instituciones, pero no si se pretende determinar la presencia de alguno de estos delitos laborales. En otras palabras, creemos que se debe hacer una distinción en cuanto a los problemas asociados a la determinación del empleador, por una parte y aquellos casos en que se involucra un componente de ilicitud. En relación a lo primero, como hemos visto en el capítulo sobre el concepto de empresa, es posible la aplicación del principio de primacía de la realidad (o alguna de las instituciones mencionadas) para lograr establecer al empleador como sujeto de imputación de las obligaciones laborales, pero no es posible su aplicación cuando se pretende determinar la presencia de un ilícito laboral, debido a que como hemos visto, deben entenderse desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador, lo que obligatoriamente nos lleva a exigir un componente de intencionalidad. Por lo tanto, si bien la mencionada

descentralización productiva genera diversas consecuencias asociadas a la determinación del empleador, no todas pueden ser catalogadas como ilícitas y en el caso de que eso se pretenda debe hacerse un análisis en el sentido que hemos señalado.

La incorrecta comprensión en la aplicación de estas figuras, como hemos podido ver, ha sido perjudicial generando una confusión por parte de los distintos operadores del sistema jurídico y generalmente esto se ha traducido en una menor eficacia de estas figuras, que resultan de gran utilidad. En definitiva lo que corresponde es aceptar la completa aplicación de este principio de culpabilidad en esta materia y la consecuente exigencia de un componente intencional en cada una de las figuras.

Esto ha sido reconocido por parte de los tribunales, mayoritariamente en el caso del subterfugio laboral en que se ha establecido explícitamente la necesidad de configurar un componente de intencionalidad en la configuración del tipo, lo cual además ha sido de alguna manera confirmado por la ley 20.760. Sin embargo, en el caso de la Simulación el órgano competente hasta ahora, la Dirección del Trabajo, ha apoyado la teoría de que se trata de un Fraude a la Ley y que se debe castigar por su resultado independiente de la intencionalidad que reviste.

Tal como dijimos, no ha sido menor el efecto que ha tenido reforma legal en estas materias, ya que incorpora modificaciones en cuanto al concepto de empresa como en lo relativo a las infracciones señaladas.

Por un lado, se modifica el concepto de empresa incorporando la referencia al empleador y se establece una acción judicial que permite la posibilidad de establecer a varias empresas como un único empleador. Esto por una parte confirma la aplicación del principio de primacía de la realidad para determinar un único empleador y además ratifica el criterio que se venía aplicando por los tribunales, quienes ya establecían el concepto de *unidad económica* en muchos casos de grupos de empresas para determinar la existencia de un único empleador, por lo que se reconoce un criterio medianamente estable en nuestra jurisprudencia. En materia de derechos colectivos lo anterior tiene importantes consecuencias, ya que la posibilidad de negociar colectivamente por los trabajadores de las diferentes entidades que conforman un determinado grupo de empresas, era una materia bastante controvertida en la jurisprudencia y hoy se establece un criterio claro al respecto.

En cuanto al Subterfugio y la Simulación, por una parte se ha modificado la oportunidad en que se debe resolver la presencia de estos ilícitos, disminuyendo en parte el margen de aplicación de ambas figuras y también se

ha incorporado de alguna manera, el requisito de intencionalidad aunque solo para el caso del subterfugio.

En relación con el margen de aplicación de estas figuras, la nueva regulación establece una relación mas estrecha entre la determinación de un empleador en general y la posibilidad de que se presenten este tipo de delitos, explicitando aun mas la utilidad de la simulación y el subterfugio para sancionar ilícitos en la determinación del empleador, presentándolos como ilícitos anexos a esta acción laboral. Esto limita la posibilidad de aplicación de ambas instituciones, ya que excluye su determinación en otros casos que no sea necesario determinar la presencia de un único empleador, ya que el artículo solo se refiere a la simulación y el subterfugio al determinar el contenido de la sentencia que se pronuncie sobre la acción de un único empleador.

En relación a la introducción de la mala fe como requisito del subterfugio, esto se encuentra en una dirección correcta en el sentido de reconocer nuevamente la necesidad de un elemento intencional en el tipo infraccional, lo cual también era reconocido por los tribunales. Sin embargo, creemos que esto no se realiza de manera adecuada, ya que puede resultar muy difícil probar la mala fe, sobre todo para los trabajadores, que generalmente se encuentran en una posición menos favorable en este sentido. Además no permite la configuración de los distintos tipos de dolo que hemos señalado en el capítulo acerca del subterfugio, lo que hace pensar que los tribunales continuarán con la

tendencia de limitarlo solo a un tipo de “dolo directo”. No se entiende por que este elemento, incorporado solo en las últimas indicaciones a la ley, no fue redactado de la misma manera que se establecía antes en el caso de la simulación que contenía la expresión “dolosamente”.

Por último, creemos que luego de la reforma reciente es posible que se vea notoriamente disminuida la utilidad práctica de estos ilícitos laborales, principalmente porque hoy solo se establecen para la eventual aplicación de una multa, lo que les resta importancia, sobre todo si consideramos que la ley no establece que esta multa sea en beneficio de los trabajadores que entablen la acción judicial. Esto no parece lógico debido a que en ambos casos se genera un perjuicio a los trabajadores el cual debiera ser reparado. Lo anterior se acentúa si consideramos que para muchas empresas, sobre todo en el caso de los grandes grupos empresariales, estas multas no implican mayor gasto, lo cual disminuye el rol preventivo que debieran jugar estas instituciones.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. ALCALDE, Enrique. 2005. "Teoría del Fraude a la Ley". En: Teorías del derecho civil moderno. Santiago, Chile. ED. Universidad del Desarrollo.
2. BOETTIGER, Camila. 2009. "El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" Rev. Actualidad Jurídica Nro. 20. Universidad del Desarrollo.
3. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. En Revista Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez. 2007. Santiago. Chile. Nro. 12. "La descentralización productiva y el surgimiento de nuevas formas de empleo autónomo".
4. CAMACHO, Gladys. 2007. "La Legitimidad de la potestad administrativa sancionadora" Rev. De Derecho Público. Vol. 69.
5. CAMARA NACIONAL DE COMERCIO, SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE "Comentarios sobre el Proyecto de ley que establece un nuevo concepto de empresa." [En línea] <<http://www.cnc.cl/downloadfile.aspx?CodSistema=20020129172812&CodigoContenido=20121016181041&CodArchivo=20121203115458>> [consulta: 8 de Mayo de 2014]
6. CAMAS RODA, Fernando. 2005. "Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral: régimen sancionatorio" [En línea] XVI Jornadas de Derecho Social. <<http://www.uoc.edu/symposia/dretsosocial/ponencies/camas0205.pdf> > [Consulta: 5 de Agosto de 2014]
7. CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro. 2010. "La constitucionalidad y la necesidad del Derecho Administrativo Sancionador correctivo en el complejo Escenario económico moderno". Rev. Derecho y Jurisprudencia. Nro. 363.
8. CORDERO, Eduardo. 2012. " El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal." [en línea] < <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf> > [Consultado: 10 de mayo de 2014].
9. CRUZ VILALÓN, Jesús. 2006. El derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva.[en

[línea] < <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/SpainSpanish-Villalon.pdf> > [consulta: 7 de Abril de 2014]

10. CURY, Enrique. 2005. "Derecho penal: parte general", 8° Edición. Santiago. Universidad Católica de Chile.
11. DE PALMA DEL TESO, Ángeles. 1996. "El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador". Madrid. ED. Tecnos.
12. GAJEWSKI MOLINA, Reinardo. 2001. "La simulación dolosa del contrato de trabajo". Rev. De Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción. N° 9.
13. GARRIDO MONTT. Mario. 2003. "Derecho Penal Parte General, Tomo II". 3° Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
14. GONZALEZ PEREZ, Jesús. "Garantías frente a la potestad sancionadora". [En línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/217/35.pdf>> [Consultado: 12 de mayo de 2014]
15. Historia de la Ley 19759. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=190282>> [consultado el 7 de Abril de 2014]
16. Historia de la ley 20.760. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1063750>> [consultado el 11 de Agosto de 2014]
17. HUMERES, Héctor. 2001. "Reforma Laboral ley 19.759. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
18. IRURETA, Pedro. 2005 "Aplicaciones de la doctrina del levantamiento del velo corporativo" en: Actas de las II jornadas de Derecho de la Empresa. Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile.
19. IRURETA, Pedro. 2013. "Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante". Revista de Derecho PUCV. (Nro. 40)
20. JURI SABAG, Ricardo. 2006. "El teletrabajo, la nueva forma de trabajo. Santiago. LexisNexis.

21. LOPEZ FERNANDES, Diego. 2010. "La empresa como unidad económica". Santiago, Legal Publishing.
22. MUÑOZ CONDE, Francisco. 2007. "Teoría General del Delito". Valencia. ED. Tirant lo blanch.
23. NIETO, Alejandro. 2005. "Derecho Administrativo Sancionador". 4ª Edición. Madrid. Editorial Tecnos.
24. NOVOA, Eduardo. 2010. "Curso de derecho penal Chileno". 3º Edición. Santiago Editorial Jurídica de Chile.
25. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2006. "Subcontratación: régimen jurídico del trabajosubcontrado y del suministro de personal". Santiago. ED. Jurídica de Chile.
26. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2008. "El concepto de empresa y su problemática". Rev. Laboral Chilena. N° 168.
27. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2013. "La Simulación y el Subterfugio Laborales". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol. 4. Nro. 7.
28. PAREDES NEIRA, Magno. "La descentralización productiva (Outsourcing): ¿es causa objetiva de cese colectivo de trabajadores?" <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/\\$FILE/Outsourcing.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/E13D761ABD31D739052573240081D8D5/$FILE/Outsourcing.pdf)> [en línea] [Consultado 7 de Abril de 2014]
29. POBLETE JIMENEZ, Carlos. 1996. "La simulación en el ámbito Laboral" en: Revista Laboral Chilena, Nro. 2- 3.
30. ROJAS MIÑO, Irene. 2001. "El peculiar concepto de empresa para efectos jurídicos laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva". [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200018> [consultado 8 de Mayo de 2014]
31. ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. 2007. "Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo". 2º ED. Santiago. Legalpublishing.

32. ROMÁN CORDERO, Cristián. 2007. "Los principios del derecho administrativo Sancionador". Rev. de Derecho Público, Vol. 69.
33. ROMÁN CORDERO, Cristián. 2010. "El Castigo en el Derecho Administrativo". Rev. Derecho y Humanidades. Vol. 1. Nro. 16.
34. SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. 2005. "Manual de Derecho Comercial" 7° Edición. Santiago. Editorial Jurídica.
35. SOTO KLOSS, Eduardo. 2008. "¿Es tan delgada la línea que separa fiscalizar de Juzgar?" En gaceta Jurídica, Nro. 331.
36. THAYER, William. 2007. "Manual de derecho del trabajo" 5° Edición. Santiago. Editorial Jurídica.
37. UGARTE CATALDO, José Luís. 2003. "La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley" en: Boletín oficial de la Dirección del Trabajo. N° 173.
38. UGARTE CATALDO, José Luís. 2004. "El nuevo derecho del trabajo". Santiago. ED. Universitaria.
39. UGARTE CATALDO, José Luís. 2011. "El nuevo derecho del trabajo" 3° Edición. Santiago. Legal Publishing.
40. UGARTE CATALDO, José. 2013. "El concepto legal de empresa y el derecho laboral: como salir del laberinto". Santiago. <
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000100005&script=sci_arttext > [consulta: 10 de Abril de 2014]
41. VERGARA BLANCO, Alejandro. 2004. "Esquema de los principios del derecho administrativo sancionador" [En línea] <
<http://vergarablanca.cl/Publicaciones/II.%20Derecho%20Administrativo/AVB%20II%2013%202004%20ADMINISTRATIVO%20esquema%20principios%20sancionador.pdf>> [Consultado: 10 de Mayo de 2014]
42. VIAL DEL RIO, Víctor. 2003. "Teoría general del acto jurídico". 5° Edición. Santiago. ED jurídica.
43. ZAFFARONI, Eugenio. 2000. "Derecho Penal parte general". Buenos aires. EDIAR.