

El nuevo concepto de empresa y la declaración de empleador único

Claudio Palavecino Cáceres.

Profesor Asistente del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. Introducción

A poco de dos años de su vigencia, y contando ya con pronunciamientos de los tribunales sobre algunos de sus alcances, me ha parecido útil analizar la Ley 20.760 de 9 de julio de 2014, que modificó el Código del Trabajo estableciendo supuestos de multiplicidad de razones sociales consideradas como un solo empleador.

El tema se conoce coloquialmente como "multirut", aunque yo prefiero designarlo de modo más técnico como "declaración de empleador único". Puesto que el supuesto normativo es pluralidad de empresas, sería conveniente que nos acostumbráramos, en adelante, a hablar de la declaración de empleador único, en lugar de la unidad de empresa, denominación ésta que sigue apareciendo en los fallos por una suerte de inercia del estado de cosas anterior a la reforma.

El contenido de este trabajo podemos resumirlo del siguiente modo: Partiré por analizar el concepto de empresa modificado por la mencionada ley. Luego entraré al corazón de la nueva normativa que consiste en que dos o más empresas van a ser consideradas bajo ciertos supuestos fácticos como un solo empleador con el objetivo fundamental de generar una responsabilidad solidaria entre todas las empresas declaradas empleador único para tutelar de esa manera al crédito laboral y previsional y ampliar el ámbito de ejercicio de los derechos de sindicación y de negociación colectiva.

Como se ha observado en el Derecho comparado: "Muchas veces la figura del auténtico empleador no es nítida ni visible, ya sea porque el verdadero obligado elude su condición de tal y contrata trabajo mediante un tercero interpuesto (fuertemente insolvente), o porque existen varias entidades que utilizan y se sirven

del trabajo, surgiendo una forma plural o colectiva del lado patronal"¹.

En buena medida lo que la ley hace es formalizar una solución pretoriana, nacida del incorregible activismo de los tribunales del trabajo, para resolver problemas relativos a la tutela del crédito laboral y previsional que plantean los grupos de sociedades. Sin embargo, antes de esta ley, no se había conseguido con igual éxito aplicar el mismo tipo de solución en relación con los derechos colectivos. Esta falencia de la solución jurisprudencial vino a ser salvada por la nueva ley.

Describo la configuración procedimental para el ejercicio de la acción declarativa y los problemas que plantea, para finalizar con el análisis de las modificaciones que la ley hizo a las figuras de la simulación y el subterfugio.

2. El concepto de empresa

El concepto de empresa hace mucho tiempo que aparece definido en el Código del Trabajo. El legislador nacional siguió de cerca la definición de empresa de la Ley de Contrato de Trabajo argentina de 1974, conforme a cuyo art. 5° se entiende como empresa "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos"². El art. 3° del Código del Trabajo chileno, previo a la modificación en comento, definía empresa como "toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada". Como se ve, nuestra definición era prácticamente una copia de la argentina, salvo por un detalle adicional que ha venido siendo la causa de muchos problemas y discusiones

¹Castello, Alejandro: *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 136.

²Martorell, Ernesto: *Conflictos de trabajo en las sociedades comerciales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 31.

doctrinarias sobre el concepto de empresa: la referencia a la individualidad legal determinada. El concepto tiene, pues, dos dimensiones, una dimensión material o fáctica, la conjunción finalizada de factores productivos; y, además, una dimensión formal representada por la individualidad legal.

El problema principal que representaba la definición legal de empresa para el Derecho del Trabajo tenía que ver con la disyuntiva hermenéutica que planteaban esas dos dimensiones del concepto frente a la posibilidad del empresario de dispersar la empresa dividiéndola o encuadrándola en más de un vehículo societario y, por tanto, dando lugar a diversas individualidades legales, razones sociales, "RUT" o personas jurídicas empleadoras. La superposición de los conceptos de empresa y sociedad, derivada de la preponderancia de la dimensión formal del concepto, legitimaba la fragmentación de una estructura que materialmente era una sola empresa en varios sujetos empleadores. Y esa fragmentación formal del sujeto empleador perjudicaba la cobrabilidad de los créditos laborales y previsionales, por la jibarización del sujeto de imputación y de su patrimonio; mientras que la fragmentación de la empresa como facticidad perjudicaba también los derechos colectivos al reducir ficticiamente el tamaño de la empresa siendo éste un elemento jurídicamente relevante para el ejercicio de los derechos de sindicación y negociación colectiva.

Ante el fracaso de anteriores intentos legislativos por resolver este problema, los tribunales del trabajo optaron por la solución activista de dar preponderancia a la dimensión material del concepto de empresa, sin otro sustento jurídico que la invocación del principio de primacía de la realidad, surgiendo así la denominada "doctrina de la unidad económica de la empresa"³. Como describieron Rojas y Aylwin este reconocimiento de los grupos de empresas "se construye en base a tres elementos esenciales: primero, un supuesto de hecho en el que un conjunto de empresas relacionadas se organizan bajo una sola dirección; segundo, el reconocimiento, de acuerdo a derecho, que las sociedades que integran el grupo de empresas son las responsables de las obligaciones laborales; tercero, por consiguiente, cada una de ellas es responsable solidariamente de dichas responsabilidades empresariales"⁴.

³ Vid. López, Diego: *La empresa como unidad económica*, 2ª edición, Thomson Reuters, Chile, 2015, pp. 63-78.

⁴ Aylwin, Andrés y Rojas, Irene: *Los grupos de empresas en el Derecho chileno del trabajo*, 2ª edición, LexisNexis, Chile, 2007, p. 94.

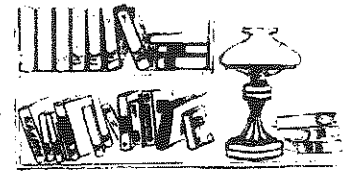
Es en este contexto que la Ley 20.760 modifica el concepto legal de empresa. A decir verdad, se conserva casi íntegramente la definición anterior: "*Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada*". La novedad es que los factores productivos deben estar ordenados bajo la dirección de un empleador. Y este empleador no se identifica necesariamente con la individualidad legal, sino con el sujeto que organiza los factores productivos.

Y empleador es conforme a la letra a) del artículo 3º del Código del Trabajo, para todos los efectos legales, la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo. Esta definición va a ser crucial a la hora de determinar este elemento material configurativo del nuevo concepto de empresa.

¿Cuál es la finalidad de introducir en la definición la alusión al empleador? Como dijo en la discusión parlamentaria el diputado Monckeberg, tal finalidad no fue modificar el concepto de empresa, sino, como aclaró en su momento la presidente de la CUT, Bárbara Figueroa, dilucidar dónde está el empleador real, no el dueño de la empresa.

La mayoría de los trabajadores están vinculados formalmente a una individualidad legal, como regla general, a una persona jurídica ligada a una sociedad y en un porcentaje menor a personas naturales. Pero el empleador no es siempre la individualidad legal en la que se encuadra jurídicamente la empresa. En el plano material, en el plano de la realidad, el empleador no siempre va a ser esa individualidad legal bajo la que opera en el tráfico jurídico la empresa, sino la persona natural o jurídica que organiza los factores productivos y, en especial, el factor trabajo. Esa es fundamentalmente la novedad sobre el concepto de empresa que trajo la nueva legislación. El empleador es quien materialmente organiza los factores productivos. Entonces, cada vez que los trabajadores tengan dudas sobre la persona del empleador, esas dudas se van a resolver, examinando, verificando, materialmente, quién es el que organiza y dirige el factor trabajo.

Si lo queremos ver de otro modo, podemos señalar que empresario, si así lo quiere, puede fragmentar



su empresa en cuantas razones sociales desee, la ley laboral no va a cuestionar esa decisión, pero, a efectos de la tutela del crédito laboral y previsional y de los derechos colectivos, los conceptos de empresa y empleador van a ser los del artículo 3° del Código del Trabajo. Para los efectos de la responsabilidad frente a los créditos laborales y previsionales y los derechos colectivos, el Derecho del trabajo se desentiende de esa fragmentación. No la cuestiona, pero se desentiende de ella desde la definición de empresa y desde la definición de empleador contenidas en el art. 3° del Código del Trabajo.

3. Dos o más empresas, un único empleador

La ley 20.760 introdujo un nuevo inciso cuarto al art. 3° del Código del Trabajo, del siguiente tenor: *“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”*.

El inc. 4° del art. 3° contempla una hipótesis fáctica que verificada en el mundo material provocará unas consecuencias jurídicas determinadas en los incisos 6° y 8° del mismo precepto legal. A continuación intentaré una primera aproximación a la figura:

3.1. Supuesto fáctico

La hipótesis del artículo 3° inciso cuarto supone la existencia de dos o más empresas bajo dirección laboral común. Más otras condiciones, a saber, la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que colocan en el mercado, o un controlador común. Sin perjuicio de que en los acápite siguientes se analizará en detalle los elementos cuya concurrencia determinará la declaración de empleador único, quisiera abordar aquí algunos problemas que plantea el supuesto fáctico de la norma en análisis.

Una cuestión debatida es si estos otros elementos mencionados en la ley son necesariamente concurrentes o son solamente indiciarios de la dirección laboral común, como sostuvo la ministra del trabajo Javiera Blanco en la discusión parlamentaria. Sin embargo, esta comprensión no fue unánime, el senador Allamand aclaró que “dicho precepto se construye a partir de un elemento troncal, que es precisamente el concepto de dirección laboral

común, al que deben agregarse otros elementos, para en definitiva configurar lo que podríamos denominar situación de multirrut”. En el mismo sentido, el senador Larraín dijo que “el hecho de la dirección laboral común es un requisito necesario, pero no suficiente: requiere elementos concurrentes ‘tales como’ [...] no basta con la dirección laboral común. La configuración demanda otros factores, como la similitud o necesaria complementariedad [...] En algunos casos puede que no se den los mismos productos, pero sí un controlador común. Entonces, la dirección laboral común más el controlador común conforman la empresa, que es una sola, y el multirrut”.

Sin embargo, se ha fallado que “el elemento fundamental es la existencia de una ‘dirección laboral común’, el cual no puede faltar, aunque las otras ‘condiciones’ sean diferentes a las mencionadas a título de ejemplo en la norma en comento”⁵.

Me parece que Irene Rojas resuelve correctamente este punto cuando distingue entre dirección laboral y dirección económica, señalando que los elementos adicionales a la dirección laboral común mencionados en la norma no son indiciarios de ésta, sino más bien de la dirección económica y que esta última necesariamente debe concurrir junto a la dirección laboral para configurar el supuesto del art. 3° inciso 4° del Código del Trabajo⁶.

Una segunda cuestión problemática dice relación con el tipo de interacción exigida a los trabajadores con las dos o más empresas respecto de las cuales se pretende la declaración de empleador único. La doctrina de la unidad de empresa normalmente se hacía cargo de la situación de trabajadores que, o bien prestaban servicios promiscuamente a dos o más sociedades relacionadas pero contratados formalmente por una sola de ellas, o bien prestaban servicios para una sociedad, pero estaban contratados por la otra, en ambos casos dentro del ámbito de organización y dirección material de una sola empresa fragmentada ficticiamente. Se trataba a todas luces de ilícitos laborales que debieron resolverse desde las figuras de la simulación y el subterfugio del art. 507 en lugar de hacerlo a través de creaciones pretorianas. Pero el nuevo supuesto del inciso cuarto

⁵Íltma. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 17 de abril de 2015, Rol 76-2015 Reforma Laboral.

⁶Rojas, Irene: *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*, Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 115.

del art. 3° parece comprender también la situación de empresas relacionadas donde si bien existe una dirección laboral compartida, cada empresa posee su propio contingente exclusivo de trabajadores que no prestan servicios cruzados ni promiscuos a todas ellas. De modo que no parece ser requisito para obtener la declaración de empleador único, que los trabajadores de una de las empresas comprendidas en la declaración hayan trabajado para la otra u otras.

Finalmente, la circunstancia de que el supuesto normativo exija la presencia de dos o más empresas no implica necesariamente que solo puedan concurrir sociedades, corporaciones o fundaciones puesto que también la persona natural puede ser empresaria. Como advierte Martorell, "la sociedad es un sujeto de derecho; la empresa, por el contrario, es objeto de los negocios jurídicos"⁷ y una persona natural puede perfectamente decidir mantener la empresa dentro de su patrimonio personal, en lugar de encuadrarla en las formas que dan lugar a la personalidad jurídica. Así se ha resuelto que "es irrelevante para la legislación laboral y de seguridad social, que la empresa esté constituida por una sociedad o por una persona natural, dado que el sujeto pasivo de las obligaciones laborales y previsionales en ambos casos es el empleador, el que conforme a la definición que contempla el mismo artículo 3 letra a) del Código del Trabajo, comprende tanto la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo"⁸.

3.2. Consecuencias jurídicas

Verificado el supuesto material estas dos o más empresas van a ser consideradas un solo empleador para los efectos laborales y como la ley laboral respeta su dispersión formal, la técnica que se utiliza para que esa declaración de único empleador tenga efectos prácticos es la responsabilidad solidaria de todas esas personas jurídicas. La ley laboral no anula, no priva de eficacia a la configuración formal que los dueños o titulares de la empresa definieron para su emprendimiento, sino que frente a esa multiplicidad de personas jurídicas lo que hace la ley es generar una solidaridad pasiva entre

todas ellas frente al crédito laboral y previsional y de esa manera tutela dichos créditos.

Además, la ley tiene un alcance sobre los derechos colectivos respecto de los cuales la jurisprudencia no había conseguido la misma unanimidad que frente a los derechos individuales. Una vez que se obtiene la declaración de empleador único, se permite a los sindicatos existentes o a los trabajadores de las distintas empresas formar un sindicato de empresa que afilie trabajadores de todas las empresas comprendidas en la declaración, si lo estiman conveniente, porque también pueden mantener las organizaciones sindicales previas a la declaración de empleador único. Coherente con lo anterior, es posible negociar a través del procedimiento intra empresa con todas las empresas que han quedado comprendidas dentro de la declaración de empleador único.

La última consecuencia es la indagación y eventual constatación de la existencia de las figuras de la simulación o el subterfugio con la sanción correlativa. El ejercicio de la acción destinada a obtener la declaración de empleador único, necesariamente conlleva la indagación de la eventual configuración de una simulación o de un subterfugio. Lamentablemente, del modo como quedó estructurado el artículo 3° en concordancia con el artículo 507 del Código del Trabajo, la única posibilidad de ejercer las acciones para la constatación de la simulación o el subterfugio, es en el contexto de la declaración de empleador único ¿Cuál es el problema que plantea esta conexión? Pues que en el plano de la realidad puede ofrecer situaciones de simulación y subterfugio en que no aparece paralelamente el supuesto de empleador único y entonces aquellas situaciones quedan desprovistas de acción para su persecución judicial porque la ley en comento dejó conectadas de manera inseparable las acciones por la simulación y el subterfugio a la acción para la declaración de empleador único, deviniendo aquéllas en accesorias respecto de ésta. "La figura del subterfugio independiente de la declaración de acogimiento de la acción del artículo 3° inciso 4° del Código del Trabajo no existe"⁹.

⁷Martorell, Ernesto: *Conflictos de trabajo en las sociedades comerciales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 37.

⁸Íltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 7 de enero de 2016, Rol N° 1570, Reforma Laboral.

⁹Íltma. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 17 de abril de 2015, Rol 76-2015 Reforma Laboral.



4. El supuesto de la dirección laboral común

En el contexto de la discusión parlamentaria sobre el supuesto fáctico de la dirección laboral común el diputado Nicolás Moncheberg indicó que “la noción de dirección laboral común debe ser concebida atendiendo al ejercicio material de la potestad de mando en la relación laboral y comprende, en un sentido amplio, las facultades disciplinarias de dirección, organización y administración de los trabajadores”. Por consiguiente, la dirección laboral común se refiere a ese conjunto de potestades que la ley y la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al empleador y que éste ejerce sobre los trabajadores. Entonces, cuando se discuta la concurrencia de este supuesto lo que habrá que analizar es si entre todas esas sociedades o empresas existe un núcleo único y compartido de ejercicio de aquellas potestades que caracterizan al empleador. Señaló además el diputado Moncheberg: “También quiero remitirme a lo que la Dirección del Trabajo señaló en 1998. Describió el concepto ‘dirección laboral común’ como *“el conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador con el objeto de organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, mantener su disciplina y orden y adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa”*”.

Una vez transformada en ley vigente, la Dirección del Trabajo emitió un dictamen interpretativo, el Ord. 3406/054, de 3 de septiembre de 2014 que también se refiere a la dirección laboral común: “Se infiere de la lectura del precepto legal que el principal requisito que debe acreditarse para que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales está constituido por la dirección laboral común, para lo cual debe atenderse a quien ejerce la facultad de organización laboral de cada unidad con preeminencia a la razón social”. Y agrega que esta indagación “no se limita al vínculo de subordinación o dependencia, sino que se abre a otros elementos que caracterizan la realidad organizacional y que revelan una unidad de propósito entre las distintas entidades empresariales”.

En el mismo dictamen citado, la Dirección del Trabajo, remite a un dictamen anterior en que se ha definido el poder de dirección laboral como: “una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial, en lo que al ámbito laboral se refiere y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones labora-

les, adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador”.

Allí, entonces, la Dirección del Trabajo nos ofrece varios elementos indiciarios de la existencia de la dirección laboral ¿Y cuándo es común esa dirección laboral? La Dirección del Trabajo señala que lo será cuando esas facultades o prerrogativas ya indicadas están más o menos compartidas o coordinadas en diversas empresas relacionadas por un vínculo de propiedad.

En el mismo sentido, se ha resuelto por los tribunales que “la dirección laboral común importa la existencia de instrucciones impartidas por una jefatura única o que éstas son iguales para todos los trabajadores, a pesar de estar contratados por sociedades diversas. Sin ello no es posible considerar a las empresas como un solo empleador”¹⁰.

Sin embargo, la comprensión del fallo citado precedentemente, no es compartida por todos los jueces del trabajo. Así por ejemplo se ha argumentado en contra que no es impedimento para concluir que existe dirección laboral común “el hecho de que no exista prueba que sitúe a algún funcionario o jefatura de la demandada El Mercurio SAP en las dependencias de las otras dos demandadas ejerciendo la potestad de mando y dirección [...] ya que tal como se ha expresado, dicha interpretación de la norma resulta absolutamente restrictiva”¹¹.

Otro fallo de instancia llega a la misma conclusión a partir de la siguiente distinción: “El concepto dirección laboral es omnicomprensivo de dos realidades propias de la potestad jurídica de mando del empleador: Una dice relación con las cuestiones inherentes a lo que podría llamarse estatuto contractual del trabajador restringido a cuestiones como decisiones de contratación y despidos, reemplazos, permisos, ejercicio de la potestad disciplinaria, organización de su descanso anual y diario; cuestiones administrativas generales,

¹⁰Íltima. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 17 de abril de 2015, Rol N° 76-2015, Reforma Laboral.

¹¹Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 25 de septiembre de 2015, RIT O-1413-2015. Recurso de Nulidad rechazado por la Íltima. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 7 de abril de 2016. Rol N° 1606-2015, Reforma Laboral. Recurso de unificación de jurisprudencia declarado inadmisibles por la Excmá. Corte Suprema, sentencia de 7 de julio de 2016, Rol N° 27.648-2016

decisiones de capacitación, entre otras. Una segunda dimensión en la que se manifiesta la dirección laboral es en aspectos relacionados con los procesos de trabajo y alcanza al trabajo en ejecución¹².

En mi opinión, es en esta segunda dimensión, que tiene que ver con el proceso de operaciones o de producción en sentido estricto, donde precisamente se pone en juego la función de dirección que implica gobernar, regir, dar las reglas al trabajador o guiarlo u orientarlo hacia el fin productivo de la empresa y no en la gestión administrativa del contrato de trabajo realizada por la unidad de recursos humanos o de "personas" que dice más bien relación con el cumplimiento de las formalidades y obligaciones y deberes legales que impone a la empresa la legislación laboral y de seguridad social. El intérprete no debería desatender que el presupuesto normativo refiere a la potestad específica de dirigir la actividad laboral del trabajador, a la "dirección laboral" y no a otras actividades conexas a la organización del factor trabajo, pero que no son de dirección.

Resulta sorprendente el argumento contenido en los dos últimos fallos citados en orden a que "el interés del legislador al introducir esta nueva redacción del artículo 3° aludido, en ningún caso puede significar un retroceso en lo que la Doctrina y Jurisprudencia mayoritaria de Tribunales de Justicia venía sosteniendo reiteradamente en diversos fallos...", puesto que la potestad legisferante de los órganos deliberación democrática no está sometida ni a la jurisprudencia ni a la doctrina, sino muy por el contrario son los tribunales los que están sometidos a la ley y la dogmática se construye a partir de la ley, no contra ella. Hay una manifiesta incomprensión de las normas sobre interpretación de la ley, específicamente a la norma del artículo 23 del Código Civil, según el cual "lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación".

5. La complementariedad

La "necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten" (las empresas que van ser declaradas empleador único) parece aludir a una relación de conectividad o integración del ciclo

productivo, de manera que este elemento se configura cuando una de las empresas elabora un bien o presta un servicio que resulta ser funcional a la generación del bien o servicio que la otra ofrece al mercado. En cualquier caso esta relación debe ser "necesaria", vale decir indispensable, forzosa, inevitable.

Un ejemplo de construcción de una relación de complementariedad no necesaria la hallamos en un fallo del Primer Juzgado de Letras de Santiago, que resuelve a propósito de dos empresas un club de campo y CODELCO y el juez considera que entre estas dos empresas se da la complementariedad requerida por el artículo 3° inciso 4°. Dice: "si bien uno de ellos tiene como giro la promoción del deporte, las actividades recreativas y sociales y el otro la producción, explotación y comercialización minera, no puede desatenderse que el principal cliente del Club de Campo Coya es CODELCO Chile y su mayor número de socios son de dicha empresa por lo que es una actividad complementaria basada en la recreación y esparcimiento de los referidos trabajadores de dicha empresas, buscando su bienestar, lo que en un sentido amplio permite una mejor producción y realización del giro social de la empresa CODELCO Chile SA"¹³.

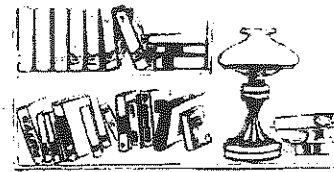
6. Controlador común

El controlador común es un elemento que no debería representar mayores dificultades porque es un elemento normativo, que está definido con relativa claridad en la Ley de Mercado de Valores. El efecto, según el art. 97 de la Ley 18.045 es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

¹²Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, sentencia de 10 de junio de 2016, RIT O-4044-2015.

¹³Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 5 de marzo de 2015, RIT O-4478-2014. Recurso de nulidad rechazado por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28 de septiembre de 2015, Rol N° 502-2015, Reforma Laboral.



b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

El mismo art. 3° del Código del Trabajo, en su inc. 5°, siguiendo un viejo dictamen de la Dirección del Trabajo, deja en claro que *"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"*. Es decir que la mera circunstancia de que haya participaciones cruzadas entre las distintas sociedades o empresas no determina la dirección laboral común.

7. Efectos

Una vez verificado en la realidad el supuesto de la norma, a saber, dos o más empresas que utilizan a uno o más trabajadores y respecto de los cuales existe un ejercicio de los poderes propios y característicos del empleador y, además, esas empresas producen el mismo bien o servicio o, en su defecto, integran un mismo ciclo productivo o, en su defecto, tienen un controlador común, corresponde analizar con más detalle cuáles son las consecuencias de esta constatación.

La primera de ellas es que se va a declarar que todas esas empresas son un único empleador a efectos laborales. Tal declaración no tiene incidencia tributaria ni comercial, civil ni de ninguna otra índole, sino que, como quedó dicho, se considera exclusivamente para efectos laborales. Por tanto, se respeta la dispersión formal de esas sociedades, pero, para efectos laborales, se las considera a la vez un solo empleador. Congruente con eso se hace a todas esas sociedades o personas jurídicas individuales solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales del trabajador. Esta es la técnica que en este caso particular utiliza el legislador para tutelar el crédito laboral y previsional, bajo la lógica de que la dispersión societaria que debilita las posibilidades de cobro de esos créditos puede corregirse con la técnica de la solidaridad pasiva.

En materia colectiva las consecuencias jurídicas son que 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. No están, por tanto, obligados a generar un solo sindicato de empresa ni a disolver los sindicatos de empresa que operaban con anterioridad a la declaración. Los trabajadores podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con

cada una de ellas. Queda por tanto como un derecho disponible por los trabajadores la circunstancia de si quieren aprovechar la declaración de empleador único para formular un solo sindicato que agrupe a los trabajadores de todas las empresas o mantener los sindicatos dispersos y queda asimismo entregada a la voluntad de los trabajadores si negocian con todas las empresas como si se tratara de una o si siguen con su rutina de negociaciones atomizadas.

La ley contempla una mención especial al sindicato interempresa: 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 la medida que un sindicato interempresa obtenga que las empresas a que pertenecen sus afiliados sean declaradas empleador único, también podrán presentar proyectos de contrato colectivo dentro de la negociación intraempresa, generando la obligación de negociar a los respectivos empleadores.

En el contexto de la discusión parlamentaria el diputado Osvaldo Andrade señaló: "¿Qué intenta hacer el proyecto finalmente? Mantener y respetar la facultad del empleador para organizar su empresa como le parezca más adecuada. Por eso, se mantiene la idea de que existan diversas empresas con distintos RUT. Eso duele, pero es así. Eso se ha respetado. Sin embargo, se ha enfrentado el problema de fondo, cual es que los trabajadores de los distintos RUT, en la medida de que son partes del mismo empleador, puedan negociar colectivamente. Ese es el núcleo de la modificación".

8. La acción declarativa

8.1. Procedimiento

Las cuestiones suscitadas por la existencia de dos o más empresas bajo una dirección laboral común se sustanciarán por el juez del trabajo, conforme al procedimiento de aplicación general. Resolverá el asunto, previo informe de la Dirección del Trabajo, pudiendo requerir además informes de otros órganos de la Administración del Estado.

En la práctica, los informes de la Dirección del Trabajo, probablemente por sobrecarga de trabajo de la unidad encargada de su confección, tardan mucho tiempo en evacuarse ralentizando gravemente la tramitación de las causas, debiendo en muchos casos posponerse

la audiencia de juicio para asegurar su incorporación, incluso habiéndose oficiado por el tribunal a la referida Dirección apenas presentada la demanda.

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 del Código del Trabajo. Aquí el legislador establece un vaso comunicante entre la declaración de empleador único y las figuras de la simulación y el subterfugio laborales.

8.2. Legitimación activa

Conforme con el art. 507 inc. 1° del Código del Trabajo, las acciones judiciales derivadas de la aplicación del inciso cuarto del art. 3° del mismo cuerpo legal podrán ser ejercidas por las organizaciones sindicales o trabajadores de las respectivas empresas que consideren que sus derechos laborales o previsionales han sido afectados. De esta última referencia a la afectación de derechos surge la pregunta de si la acción de declaración de empleador único es meramente declarativa o necesariamente debe ser de condena. En otras palabras, si es un presupuesto de ejercicio de la acción solicitar al tribunal condena respecto de derechos laborales y previsionales que se hayan conculcados, vale decir, si se requiere un perjuicio efectivo para poder ejercer esta acción.

Hay posiciones dispares en los tribunales del trabajo. Para algún juez no es necesario que exista una afectación efectiva de algún derecho concreto, basta con la existencia de un perjuicio difuso: "a través de estas empresas se distrae su patrimonio y además se perjudican los derechos laborales y previsionales de los trabajadores dependientes de cada una de ellas al limitar la fuerza negociadora y patrimonial respecto de la empleadora"¹⁴. En este caso el juez considera satisfecha la exigencia legal relativa a la afectación de derechos laborales y previsionales con un perjuicio difuso, a saber, que la estructura dispersa limite la fuerza negociadora y patrimonial respecto del empleador. No requiere que se le adeude remuneraciones o cotizaciones previsionales para que prospere la acción.

¹⁴Segundo Juzgado de Letras del Trabajo Santiago, sentencia de 25 de septiembre de 2015, RIT O-1413-2015.

Otro fallo afirma que se trata de una acción puramente declarativa y, por tanto, no se requiere ni perjuicio concreto ni perjuicio difuso para tener legitimación y accionar: "la declaración de 'un solo empleador para efectos laborales y previsionales' es una acción declarativa, que conoce el juez del trabajo y que es la que se ha interpuesto en esta causa, sin necesidad, para ser interpuesta, de solicitar prestaciones monetarias en caso de ser acogida"¹⁵.

8.3. Oportunidad

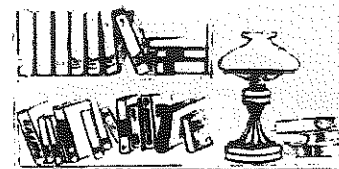
De acuerdo con el art. 507 inc. 2° e inc. final: la acción para la declaración de empleador único podrá ejercerse en cualquier momento, mientras perdure la situación descrita, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV (de presentación del proyecto de contrato colectivo).

Se ha fallado que "para el ejercicio de la acción intentada no procede indagar acerca de la supuesta exigibilidad de la obligación, pues se busca mediante este mecanismo procesal una declaración de certeza, la que se puede intentar 'en cualquier momento' y 'mientras perdure la situación descrita en el inciso cuarto del artículo 3°'. Por consiguiente, el plazo de prescripción de 2 años que se invoca resulta impertinente a la materia, por cuanto tratándose de una acción especial ha de estarse a lo previsto en el artículo 507 del mismo texto legal..."¹⁶.

¿Qué pasa si se ejerció la acción oportunamente, pero por la natural demora en la tramitación del proceso llega el momento de presentación de contrato colectivo porque se empieza a agotar la vigencia del instrumento anterior? La ley prevé esa situación: Si el procedimiento judicial iniciado alcanza ese lapso, 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 reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

¹⁵Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de 5 de marzo de 2015, RIT O-4478-2014. Recurso de nulidad rechazado por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28 de septiembre de 2015, Rol N° 502-2015, Reforma Laboral.

¹⁶ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de octubre de 2015, Rol N° 1169-2015, Reforma Laboral.



8.4. Contenido de la sentencia

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

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. Aquí podríamos encontrar un contraargumento a la idea de que se trata de una acción meramente declarativa que no requiere alegación de perjuicio concreto, desde que la propia norma señala como parte del contenido de la sentencia la condena en los términos ya referidos.
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. 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. Cada vez que se deduce esta acción declarativa necesariamente el tribunal tendrá que indagar si además se configura una situación de simulación o subterfugio.

8.5. Efecto erga omnes

Un aspecto peculiar de la acción para la declaración de empleador único es que la sentencia que se obtenga tendría efecto *erga omnes*. Se destruye aquí el efecto relativo de la sentencia y por ende las consecuencias de la declaración de empleador único no solo afectarán a las partes del juicio sino a todos los trabajadores de las empresas comprendidas en la declaración. En efecto, la ley señala: "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". Por consiguiente, bastaría

con que una vez se haya ejercido la acción y se haya obtenido la declaración para que pudieran aprovechar de ella todos los trabajadores de la empresa.

La justificación de la eficacia *erga omnes* del fallo que acoge la pretensión de unicidad de empleador podría hallarse en la circunstancia de que la declaración judicial refiere a una situación objetiva que afecta a todos los trabajadores con contrato vigente con las empresas involucradas y que por ende afecta derechos indisponibles.

Diego López justifica la eficacia *erga omnes* de la declaración de empleador único en el carácter transindividual de la titularidad sobre la acción que le otorgaría la fisonomía de una acción colectiva¹⁷.

9. Modificación de las figuras de la simulación y subterfugio

Antes de entrar a las figuras mismas es importante advertir que la Ley 20.760 introdujo un cambio procedimental relevante, puesto que ya no hay acción autónoma para la obtención de la declaración de la simulación y el subterfugio. Las acciones relativas a la simulación y el subterfugio pasaron a ser accesorias respecto de la acción para la declaración de empleador único. Solo si se ha ejercido la acción de declaración de empleador único deberá el tribunal entrar a indagar si hubo, además, simulación o subterfugio. No hay posibilidad de ejercer autónomamente las acciones por simulación y subterfugio desligadas de la acción para la declaración de empleador único.

Es importante también considerar que ambas figuras pasan a ser ilícitos de resultado. Antes de esta reforma la simulación era un ilícito de mera actividad, vale decir, se castigaba la simulación por la simulación, como actividad disvaliosa *per se*, no se requería un perjuicio efectivo como consecuencia de ella. El subterfugio, en cambio requería *disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos*. Ahora ello se exige respecto de ambas figuras.

¹⁷López, Diego: *La empresa como unidad económica*, 2ª edición, Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 100

Una discusión doctrinaria que se suscitó antes de la reforma, fue si la simulación y el subterfugio tenían tipo subjetivo o eran conductas objetivas. La exigencia de mala fe que introdujo esta reforma respecto del subterfugio viene a reafirmar, en mi opinión, la necesidad del reproche subjetivo y a configurarlo de modo más estricto que en su redacción anterior respecto de esta figura.

Lo ya señalado, unido a la circunstancia de que lo antes se obtenía con la declaración de la simulación o subterfugio hoy se obtiene mediante la declaración de empleador único, hace que estos ilícitos pierdan relevancia práctica.

9.1. Simulación

Conforme al ya citado numeral 3 del art. 507 del Código del Trabajo, la sentencia definitiva que dé lugar a la acción para la declaración de empleador único deberá contener en su parte resolutive: *"la determinación acerca de si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a simulación de contratación a través de terceros"*.

Esta figura requiere demostrar la existencia material de un contrato de trabajo informal, dentro del cual el sujeto activo del ilícito ocupe la posición de empleador sin asumir formalmente tal calidad pues la asume un testaferro. El contrato simulado no es el contrato de trabajo informal, pues ese es, precisamente, el que se quiere ocultar, es el contrato disimulado. Tampoco el contrato de trabajo ficticio suscrito entre el trabajador y el testaferro. El contrato simulado es el celebrado entre el empleador material y el testaferro en virtud del cual éste pone a disposición de aquél al trabajador. Es un suministro disfrazado de subcontratación.

Con la reforma que comentamos la figura dejó de ser un ilícito de mera actividad y ha pasado a ser de resultado, puesto que ahora la ley obliga al juez a determinar si la simulación *"ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención"*.

Si la conducta se imputa al empleador persona natural se requiere dolo, entendido como conocimiento del sujeto activo de que celebra un contrato simulado o ficticio y su voluntad de llevar a cabo tal negocio.

Si la conducta se imputa al empleador persona jurídica para la determinación de la culpabilidad habrá que

distinguir si la simulación ha sido ejecutada a través de empleados o a través de las personas titulares de los órganos de representación y administración de la empresa. En el primer caso la culpabilidad se podrá configurar como autoría mediata o por inducción o por defecto de organización o infracción del deber de garante dependiendo de las circunstancias. Cuando la simulación ha sido ejecutada por personas que integran los órganos de representación y administración de la persona jurídica la culpabilidad se configura ya porque el ilícito es materialización de su voluntad, ya por defecto de organización¹⁸.

9.2. Subterfugio

Además de la simulación el numeral 3 del art. 507 del Código del Trabajo instruye al juez para indagar si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a la utilización de cualquier subterfugio.

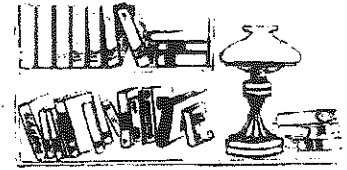
El tipo objetivo es compuesto pues describe la acción mediante tres verbos rectores: ocultar, disfrazar o alterar. Conforme al diccionario de la RAE, ocultar significa en su primera acepción: "esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista" y en la tercera "callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir o disfrazar la verdad". El mismo diccionario define disfrazar como "desfigurar la forma natural de alguien o algo para que no sea conocido" y alterar como "cambiar la esencia o forma de algo". Estas acciones no son copulativas, pues se trata de un tipo de hipótesis múltiples, la ejecución de cualquiera de las acciones bastará para configurarlo. El objeto de la acción de ocultación, disfraz o alteración es la individualización del empleador o su patrimonio¹⁹.

El subterfugio es propiamente el modo de comisión del ilícito y la ley lo define como *"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..."*

Tal como con la simulación el juez debe determinar si el subterfugio *"ha tenido como resultado eludir el cum-*

¹⁸Vid. De Palma, Ángeles: *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 202-206.

¹⁹Palavecino, Claudio: "La simulación y el subterfugio laborales" en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N°7, 2013, p. 19.



plimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención". Se trata, pues de un ilícito de resultado.

El tipo subjetivo se configura del mismo modo que la simulación, la introducción de la expresión "mala fe" en la descripción del subterfugio parece imponer que el dolo directo de primer grado en el agente, si este es persona natural.

10. BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN, ANDRÉS Y ROJAS, IRENE: *LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL DERECHO CHILENO DEL TRABAJO*, 2ª EDICIÓN, LEXISNEXIS, CHILE, 2007.

CASTELLO, ALEJANDRO: *GRUPOS DE EMPRESAS Y DERECHO DEL TRABAJO*, FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, MONTEVIDEO, 2006.

DE PALMA, ÁNGELES: *EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*, TECNOS, MADRID, 1996.

LÓPEZ, DIEGO: *LA EMPRESA COMO UNIDAD ECONÓMICA*, 2ª EDICIÓN, THOMSON REUTERS, CHILE, 2015.

MARTORELL, ERNESTO: *CONFLICTOS DE TRABAJO EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES*, HAMMURABI, BUENOS AIRES, 1986.

PALAVECINO, CLAUDIO: "LA SIMULACIÓN Y EL SUBTERFUGIO LABORALES" EN *REVISTA CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL*, VOL. 4, N°7, 2013.

ROJAS, IRENE: *DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO*, THOMSON REUTERS, CHILE, 2015.

*Si cada uno de nosotros
escoge como profesión aquella
cuyo ejercicio permite enaltecer
a la humanidad,
nuestro mundo sería diferente.*

*MARTIN LUTHER KING
Estados Unidos - Premio Nóbel de la Paz.*