UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela de Derecho

"¿LA MODIFICACIÓN AL CONCEPTO DE EMPRESA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.760 DA UNA SOLUCIÓN A LOS SUBTERFUGIOS Y SIMULACIONES DEL EMPLEADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DEL TRABAJO?"

Tesista: Edgar Saavedra López.

Rut: 17.308.661-k

Profesor Guía: Camilo Mori Cruz.

Fecha: Diciembre 2014.

Valparaíso, Diciembre de 2014

Índice

Introducción……...5

CAPÍTULO I.

I. Elusión de las obligaciones en el ámbito laboral de la empresa principal respecto al trabajador.
Enunciación……..…….8
A. Situación del suministro y la subcontratación…….8
B. Las Personas jurídicas…….9

II. Personas jurídicas de derecho privado. La empresa. Consideraciones previas….9

III. La empresa……..10
1. Conceptualización de empresa……..11
A. Empresa en materia tributaria……11
B. Empresa en el código de comercio……..11
C. Empresa en el código del trabajo……11
2. Empresario individual y colectivo……12
1. La E.I.R.L……13
2. LA S.P.A……13

IV. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L)……14
1. Creación, administración, responsabilidad, utilidades y modificación de la E.I.R.L……...14
2. Extinción de la E.I.R.L y normativa supletoria……15
V. La Sociedad por Acciones (S.P.A)……..16
1. Formación de la S.P.A……..17
2. Disolución de la S.P.A……..17
VI. Repercusión del desarrollo de nuevos modelos de organización en la noción de Empresa……...18

CAPÍTULO II.

I. Abuso de la personalidad jurídica……...21

II. Simulación y apariencia en el ámbito laboral…….27
1. Simulación en aras de oscurecer la figura del Sujeto Contratante……30
A. Simulación absoluta……30
B. Simulación relativa……..31
2. Algunos supuestos de simulación…….32
A. Un acuerdo simulador que encubra un acto laboral……32
B. Actos válidos que generan un resultado fraudulento……..33
C. Actos en perjuicio de terceros ajenos al vínculo laboral…….33
D. La existencia de un sujeto aparente como agente simulador……..34

CAPÍTULO III.

I. La reacción del ordenamiento jurídico……35
II. La determinación del empleador y la figura del Subterfugio. Alcances previos…….36
III. Las figuras del empleador y del subterfugio antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.760 de Julio de 2014……...36
IV. Efectos de la redacción del antiguo artículo 3 C.T…….40
V. El concepto de Empleador y de Subterfugio introducidos por la Ley 20.760 de Julio de 2014. Alcances de esta modificación……42
A. Alcances de la modificación al artículo 3° C.T…….42
B. Alcances de la modificación al artículo 507 C.T……..48

Conclusiones……53

Bibliografía……..57

RESUMEN.

la presente tesina analiza la repercusión de la ley 20.760 de 9 de Julio de 2014, ante la situación de las prácticas de simulación y apariencia en el plano laboral respecto de las empresas principales, entendiéndolas como empleadoras, a fin de eludir sus obligaciones laborales para con sus dependientes, a través de la utilización de personas jurídicas, haciendo mención a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Por Acciones, que desplazan la normativa protectora del Código del Trabajo por la aplicación de las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil, y cómo influye la nueva normativa en la práctica con la regulación de los conceptos de empresa, subterfugio y simulación, desde la perspectiva de los derechos individuales y colectivos del trabajo para hacer frente a esta realidad.

PALABRAS CLAVE.

Personas Jurídicas, Empresa, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Sociedad por Acciones, Abuso de derecho, abuso de personalidad jurídica, Elusión, Subterfugio, Simulación, apariencia, Ley 20.760.

INTRODUCCIÓN.

La relación de trabajo, caracterizada comúnmente por la dualidad empleador-trabajador, es un modelo productivo que ha venido dando paso a un nuevo tipo de actividad económica, que en aras de una mayor productividad y menores costos, ha ido optando progresivamente por disminuir gastos en ítems relativos a la gestión interna de la empresa, especialización de los trabajadores, entre otros, lo que se ha ido traduciendo en la transferencia de actividades eran propias de la empresa a terceros.

Las empresas actualmente conservan en mayor medida sólo sus actividades principales, externalizando las demás funciones a otras entidades prestadoras de servicios específicos.

Lo anterior se traduce en que la empresa, y dentro de ésta el empresario a modo de empleador, se desvincula de sus obligaciones que tiene con el trabajador, pensemos por ejemplo en las obligaciones contenidas en el Título Primero del Libro II del Código del Trabajo, referente a la protección a los trabajadores, o las disposiciones contenidas en el Libro I. Para ello hará uso de las diversas herramientas legislativas que, en pos de facilitar el tráfico mercantil, pueden acarrear consecuencias negativas en cuanto a la protección a los trabajadores.

Para ejemplificar lo antes dicho, cabe hacer mención a la situación acaecida en Abril de 2013[1], cuando el Servicio de Impuestos Internos recabó información tributaria de diversos trabajadores de artes y espectáculos mediante sus respectivos canales de televisión abierta y de cable, fiscalizando las diversas sociedades que los rostros televisivos poseen y mediante las que los canales les pagaban sus remuneraciones, en relación a que se estaba generando una evasión al impuesto a la renta, toda vez que las sociedades tributan en general por un 20% de los ingresos mientras los mantengan dentro de la sociedad, a diferencia de que como trabajadores dependientes podrían llegar a tributar hasta por un

[1] Diario El Mercurio, 21 de Abril de 2013.

40% de sus ingresos cuando son superiores a los 6 millones de pesos, en el tramo superior a éstos. El problema radicó en que a las sociedades se les imputaban gastos personales como si fuesen de la empresa, a fin de pagar menos impuestos.

La situación mencionada, si bien podría parecer de interés sólo en materia tributaria, posee repercusiones en el área laboral toda vez que los trabajadores de artes y espectáculos, al regular sus prestaciones de servicios con los canales mediante sociedades, restan en la práctica competencia a la Dirección del Trabajo en cuanto a que dichos contratos se rigen por la normativa del Código de Comercio en el entendido de que la relación sería entre dos personas jurídicas que fictamente se encontrarían en un plano de igualdad, no haciendo aplicable la normativa laboral, eludiendo así la aplicación de normas protectoras ante la real desigualdad de las partes (no negamos la existencia de rostros televisivos que, por su trayectoria y valoración de los espectadores, poseen un fuerte poder negociador), además de que el SII y la Dirección han señalado carecer de facultades para calificar un vínculo como laboral, lo cual sólo se puede obtener mediante declaración judicial[2]. Bastará con trasladar la situación de los rostros televisivos a destacados deportistas, y exponentes de diversas disciplinas, para darnos cuenta de que este fenómeno abarca un amplio espectro.

Otro ejemplo lo encontramos en Agosto de este año, a raíz de la situación de ex trabajadores de la concesionaria Grunfeld S.A[3], la cual quebró en 2012 a raíz de la difícil situación que padeció General Motors años atrás, quienes demandaron a esta última en calidad de empresa proveedora de la principal respecto de la que eran dependientes, buscando que la marca asumiera las obligaciones laborales y previsionales, sosteniendo que en definitiva trabajaban para Chevrolet (General Motors), toda vez que habría una unidad económica, que existió subcontratación, y que habría un subterfugio, este último en cuanto a la creación de una organización (Grunfeld S.A) con la que evitaban hacerse cargo de los derechos laborales de los empleados. Si bien las demandas no prosperaron al no poder demostrar una dirección común entre ambas empresas, distinto hubiese sido el caso de haberse acogido una de ellas (se realizaron aproximadamente 10 demandas), habiendo

[2] Diario El Mercurio, Agosto de 2014.
[3] Diario El Mercurio, Agosto de 2014.

podido marcar un precedente en lo que a los derechos de los trabajadores en las cadenas distributivas de producción se refiere.

En la presente tesina, explicaremos cómo el empleador-empresario, mediante la creación y utilización de personas jurídicas para desvirtuar su unidad de mando y dirección, logró situaciones de simulación y subterfugio para eludir sus obligaciones para con el trabajador, a la luz de la antigua redacción del artículo 3 del Código del Trabajo, mencionando tipos de personas jurídicas como la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L) y otras figuras del ámbito societario, como la Sociedad Por Acciones (S.P.A), a fin de poner de manifiesto la facilidad existente en cuanto a poder interponer terceras personas en las cadenas de producción, vinculado a la antigua y reciente regulación del subterfugio, y cómo la doctrina y jurisprudencia trataron con esta realidad a la luz de las ya derogadas disposiciones del Código del Trabajo, averiguando si la nueva redacción supondrá o no un cambio en este contexto.

CAPÍTULO I.

I. ELUSIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL DE LA EMPRESA PRINCIPAL RESPECTO AL TRABAJADOR. ENUNCIACIÓN.

A. SITUACIÓN DEL SUMINISTRO Y LA SUBCONTRATACIÓN.

Históricamente en nuestro país las principales formas de elusión de obligaciones laborales por parte de una empresa principal se tradujeron en la existencia de empresas de suministro de trabajadores y en la subcontratación, las primeras, cuyo giro es justamente el suministro de mano de obra, se caracterizan por poner a disposición de otra empresa trabajadores para realizar labores específicas en ésta a cambio de un precio, reteniendo para sí la calidad de empleador, por lo que ésta, y no la empresa beneficiaria de las labores, no puede eludir sus obligaciones con sus dependientes, mientras que la subcontratación alude a que, mediante un contrato mercantil, una empresa contrata a otra denominada subcontratista, para ejecutar determinada obra bajo su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores.

Ambas prácticas propician el fraude y la informalidad laboral, lo que se tradujo en graves atropellos a los derechos de los trabajadores, junto a servir de instrumentos tendientes a desviar la responsabilidad de la empresa principal, usuaria final de los servicios prestados. Ante ello, la ley 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios, como su nombre ya lo indica, estableció regímenes de responsabilidad, el alcance de ésta, la extensión de obligaciones a la empresa principal, e incluso modifica la ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales para extender la aplicación de ésta al régimen de subcontratación, extendiendo de esta manera el régimen protector de la normativa laboral.

B. LAS PERSONAS JURÍDICAS.

El desarrollo de los modelos productivos va de la mano con el desarrollo de nuevas actividades económicas, debiendo adaptarse constantemente a éstos, lo que hace necesaria la creación de instrumentos jurídicos acordes a las nuevas necesidades del mercado.

Y para ello, en los últimos años y de la mano con los nuevos modelos productivos el uso de razones sociales ha sido fundamental. En este punto debemos comenzar por destacar la concepción de la persona jurídica de derecho privado, lo que comúnmente conocemos como sociedad o empresa, y en lo que nos interesa en particular, la sociedad comercial y toda entidad reconocida jurídicamente que desarrolle una actividad económica. Antes de abordar lo antes dicho, aclaremos que no deben confundirse los conceptos de empresa con el de sociedad; las sociedades constituyen instrumentos que permiten organizar el ejercicio de una actividad económica, y por lo mismo, permiten organizar una empresa, de la que daremos cuenta de algunas definiciones contenidas en nuestro ordenamiento. Como punto inicial, destacaremos que el fundamento último de toda la construcción posterior descansa sobre el hecho de que estas entidades son capaces de contraer derechos y obligaciones, con atributos propios de la personalidad, en este caso el nombre o razón social, domicilio, nacionalidad, y un patrimonio propio[4].

II. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO. LA EMPRESA. CONSIDERACIONES PREVIAS.

En efecto, las personas jurídicas de derecho privado que efectúan actividades comerciales, surgieron en un principio como una necesidad de los constituyentes para separar patrimonios al involucrarse en actividades económicas que implicaran grandes riesgos y así evitar que la totalidad de sus bienes quedaran a merced de los acreedores en

[4] Decreto 110 de 20 de Marzo de 1979.

razón del derecho de prenda general consagrado en el Código Civil[5]. Si bien las figuras societarias, por regla general, al constituirse mediante los diversos aportes de los socios salvan el problema anterior y minimizan los riesgos al asumir una determinada actividad económica, ésta creación cobra mayor relevancia en los casos de comerciantes individuales, que en calidad de personas naturales, veían afectada la totalidad de su patrimonio al tomar una decisión errada, por lo que un sistema que les permitiese separar sus bienes afectos ha posibilitado en gran medida el desarrollo económico actual.

De la mano con lo anterior, el actuar de las figuras antes aludidas, toda vez que impliquen actividades mercantiles, quedará sujeto a las disposiciones del Código de comercio (no así las personas jurídicas de orden civil, o sociedades civiles, que su normativa aplicable será la del Código Civil)[6], lo que provoca un quiebre con la normativa laboral toda vez que la normativa comercial en particular, y la civilista en general, operan desde una presunción de igualdad entre las partes contratantes de una relación, desconociendo las inequidades que en la práctica puedan existir en cuanto a poder negociador, o el tipo de vinculación entre las partes, excluyendo la aplicación las normas protectoras del Código del Trabajo por existir de antemano una regulación legal aplicable.

III. LA EMPRESA.

Como punto de partida, debemos señalar que la empresa en sí misma, en tanto organización, o en el entendido de actividad económica, carece de personalidad jurídica, y es el empresario, quien posee esta personalidad, es decir, necesita de ésta para desenvolverse en las relaciones jurídicas que deriven de sus actividades, pues es necesario que alguien sea titular de los derechos y obligaciones que se originen como consecuencia del ejercicio de las actividades respectivas.

[5] Artículo 2465 del Código Civil.
[6] Art. 3°. Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 5°. Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes.

1. CONCEPTUALIZACIÓN DE EMPRESA.

En nuestro ordenamiento no encontramos una definición única y acabada de lo que debemos de entender por empresa, aunque sí diversos preceptos que hacen referencia a esta actividad, donde las más relevantes, entre otras, las hayamos en materia tributaria, comercial y laboral, a saber;

A. EMPRESA EN MATERIA TRIBUTARIA.

La Ley 16.250, de 1965 sobre el impuesto a la renta mínima presunta, la define como *"todo negocio, establecimiento, u organización de propiedad de una o varias personas naturales o jurídicas, cualquiera sea su giro"*, definición que la asemeja más a lo que podríamos entender por un establecimiento de comercio.

B. EMPRESA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

Por su parte el Código de Comercio, si bien no define la empresa, desprende sus elementos de la definición de la actividad del empresario de transporte en su artículo 166, postulando que *"el que ejerce la industria de hacer transportar personas o mercaderías por sus dependientes asalariados y en vehículos propios o que se hallen a su servicio, se llama empresario de transporte, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo"*. Esta definición nos entrega importantes elementos, toda vez que habla de una actividad económica que utiliza y combina medios productivos bajo una dirección unitaria en manos de un titular llamado empresario.

C. EMPRESA EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO.

El Código del Trabajo, hasta mediados de este año, en el inciso tercero de su artículo 3 nos proporcionaba una definición de empresa señalando que *"para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de*

medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

La ley 20.760, que establece supuestos de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador y sus efectos, publicada el 9 de Julio de 2014, viene a modificar el Código del Trabajo, y en lo que nos concierne de momento, modifica el concepto de empresa, reemplazando la frase "*bajo una dirección*" por "*bajo la dirección de un empleador*", quedando entonces que; *"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"*[7].

Lo antes subrayado es de suma relevancia toda vez que, dan muestra de la reacción doctrinaria, jurisprudencial y legislativa al abuso de la personalidad jurídica, y al desarrollo de la regulación del subterfugio, como tendremos la oportunidad de desarrollar en el capítulo III de la presente tesina.

2. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y COLECTIVO.

La dirección de una empresa admite dos modalidades en cuanto a su conducción, pudiendo ser asumida por un empresario individual o colectivo.

En el caso del empresario colectivo, el negocio puede ser tan complejo o importante que la dirección de la empresa debe ser asumida por más de un sujeto, formando una personalidad jurídica distinta de los constituyentes.

A su vez, cuando hacemos referencia al empresario individual, aludimos a que un sujeto asume solo la dirección de la empresa. Normalmente será el individuo en cuanto

[7] Artículo único n° 1, Ley 20.760 de Julio de 2014.

persona natural, quien amparará con su propia personalidad jurídica a la empresa, aunque actualmente, existen otras posibilidades que se suman a la anterior;

1) **La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L)**[8]. Viene a ser una figura híbrida, ya que no es una persona natural ni colectiva al estar constituida por una sola persona, pero goza de personalidad. Es una persona jurídica distinta del titular, que operará a modo de receptáculo de los derechos y obligaciones que se generen como se pondrá de manifiesto a continuación el punto IV del presente capítulo.

2) **La Sociedad por Acciones (S.P.A)**[9]**.** Es un nuevo tipo social introducido por la Ley 20.190. donde este tipo societario puede estar formado por una sola persona natural o jurídica.

Adelantemos que las prácticas de simulación y subterfugio se pueden dar con diversos tipos societarios, no sólo en los unipersonales, hacemos hincapié en estos últimos para entrever hasta qué punto hay facilidad actualmente para constituir personas jurídicas que puedan ser utilizadas como instrumentos que posibiliten ocultar al sujeto contratante en las relaciones de trabajo, preparando así de antemano a las disposiciones laborales una apariencia engañosa capaz de distorsionar la apreciación de terceros externos a estos eventos. Para estos efectos, haremos un breve análisis a las dos posibilidades ya señaladas a fin de dar cuenta de lo antes dicho.

[8] Ley 19.857 de 11 de Febrero de 2003.
[9] Ley 20.190 de 5 de Junio de 2007.

IV. LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (E.I.R.L).

La Ley 19.857 de 2003, sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, viene a permitir al empresario individual limitar el riesgo con que actúa en sus actividades comerciales, toda vez que antes de la entrada en vigencia de esta ley, este empresario individual, generalmente un pequeño comerciante, al ejercer cualquier actividad mercantil, obligaba la totalidad de su patrimonio al cumplimiento de las obligaciones que surgieran en su ejercicio en atención al derecho de prenda general de los acreedores, establecido en el artículo 2465 del Código Civil.

1. CREACIÓN, ADMINISTRACIÓN, RESPONSABILIDAD, UTILIDADES Y MODIFICACIÓN DE LA E.I.R.L.

El artículo 2 de la Ley establece que *"la Empresa Individual de Responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto, podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por ley a las sociedades anónimas"*.

Respecto a su administración, el inciso 2 del artículo 9 de la Ley establece que la administración corresponderá al titular de la empresa, quien la representa judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento de su giro, con todas las facultades de administración y disposición.

En cuanto a su responsabilidad, debemos distinguir tres supuestos;

a) Responsabilidad limitada de la EIRL por las obligaciones dentro de su giro; de acuerdo con el artículo 8 de la ley, la empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro con todos sus bienes.

b) Responsabilidad limitada del titular de la EIRL; el inciso 2 del artículo 8 dispone que el titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones.
c) Responsabilidad de la EIRL por actos del titular; de acuerdo al artículo 13 de la Ley, los acreedores del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa.

En relación con el artículo 11, las utilidades líquidas de la empresa pertenecerán al patrimonio del titular separado del patrimonio de la empresa, una vez que se hubieren retirado.

El inciso final del artículo 10 de la Ley establece que la pena del delito contemplado en el número 2° del artículo 471 del Código Penal, referente al otorgamiento de contratos simulados en perjuicio de terceros, se aplicará aumentada en un grado si fuere cometida por el titular de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

En cuanto a la posibilidad de modificación, de acuerdo al artículo 14, una EIRL podrá transformarse en una sociedad de cualquier tipo cumpliendo las formalidades que establezca el estatuto jurídico de la sociedad en la que se transforma. Este caso supone el aporte de todo el patrimonio de la EIRL a la sociedad en la cual ella se transforma, con todo su activo y pasivo.

Asimismo, en el caso de que se produzca la reunión en manos de una sola persona, de las acciones, derechos o participaciones en el capital de cualquier sociedad, ésta podrá transformarse en EIRL.

2. EXTINCIÓN DE LA E.I.R.L. Y NORMATIVA SUPLETORIA.

Las causales de terminación se encuentran contenidas en el artículo 15 de la Ley, además, se establecen tanto en favor del empresario como de sus acreedores, así la EIRL puede terminar por;

a) Voluntad del empresario.

b) Llegada del plazo previsto en el acto constitutivo.
c) Aporte del capital de la empresa individual a una sociedad.
d) Por quiebra, siendo curioso que el adjudicatario de la empresa podrá continuar con ella en cuanto nuevo titular (siendo que técnicamente la EIRL se habría disuelto).
e) Por la muerte del titular.

Cualquiera sea la causa de terminación, el inciso segundo del artículo 15 establece que deberá declararse por escritura pública, inscribirse y publicarse.

En cuanto a la normativa supletoria aplicable a este persona jurídica, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2 de la Ley, en el sentido de que la EIRL estará sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto, el artículo 18 señala que "en lo demás, se aplicarán las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, incluyendo las normas sobre saneamiento de vicios de nulidad, establecidas en la ley 19.499".

V. LA SOCIEDAD POR ACCIONES (S.P.A).

El 5 de Junio de 2007 se publica en el Diario Oficial la Ley n° 20.190, que *"introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales"*, donde, en su artículo 17n°1 modifica el Código de Comercio, creando la Sociedad por Acciones.

Tal creación obedeció a la necesidad de facilitar la inversión de capital de riesgo dentro del país, con una estructura societaria más flexible que la Sociedad Anónima y permitiendo la creación de una sociedad de carácter unipersonal.

El artículo 424 del Código de Comercio la define como *"una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por*

acciones", por lo que se le reconoce personalidad jurídica y puede ser creada por una sola persona.

1. FORMACIÓN DE LA S.P.A.

Se regula en el artículo 425 del Código de Comercio, señalando que se forma, existe y prueba por un acto de constitución social escrito, que puede ser escritura pública o instrumento privado suscrito por sus otorgantes y cuyas firmas sean autorizadas por notario. En el acto de constitución, se debe acompañar el estatuto, que debe expresar al menos lo siguiente;

1. Nombre de la sociedad, que deberá concluir con la expresión S.P.A.
2. El objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil.
3. El capital de la sociedad y el número de acciones en que será dividido y representado.
4. Forma como se ejercerá la administración de la sociedad.
5. Duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida.

Dentro del plazo de un mes desde la fecha del acto social, se debe inscribir en el Registro de Comercio respectivo un extracto del acto social, y publicar por una sola vez en el Diario Oficial.

El artículo 429 señala que los accionistas sólo responden por el monto de sus aportes en la sociedad, con lo cual se limita la responsabilidad del o los accionistas, sin afectar su patrimonio personal.

2. DISOLUCIÓN DE LA S.P.A.

Respecto a la disolución, debemos señalar en primer lugar que según el artículo 444 del Código de Comercio, *"la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en poder de un mismo accionista"*, lo cual es lógico y concordante con la permisión de formar este tipo societario con un solo socio.

Por lo tanto, en este sentido, la S.P.A se puede disolver por;

a. Vencimiento del plazo o por concurrencia de alguna causal establecida en el estatuto.
b. Acuerdo por parte de una junta de accionistas.
c. Sentencia judicial ejecutoriada

VI. REPERCUSIÓN DEL DESARROLLO DE NUEVOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN EN LA NOCIÓN DE EMPRESA.

Estas dos personas jurídicas[10], entre otras, manifiestan con claridad la evolución que ha venido experimentando la noción de empresa en los últimos años, pasando de ser una unidad centralizada de ordenación de los factores productivos, a una nueva modalidad de organización que puede estar compuesta por múltiples unidades económicas, ligadas por la propiedad o el control financiero, pudiendo establecer relaciones de control tanto en forma horizontal como vertical. Esta actual forma empresarial supone diversos aspectos de organización legal en diversos planos, ligados a lo ya enunciado respecto a las diversas conceptualizaciones de empresa;

Así en primer lugar, bajo una óptica *jurídico-comercial*, la empresa puede operar bajo la estructura de una unidad o pluralidad, según se trate de una o varias personas jurídicas, lo que es permitido por el ordenamiento civil y amparado por el denominado principio de libre constitución de este tipo de organizaciones.

En segundo lugar, ahora desde una dimensión *jurídico-económica*, la empresa puede decidir operar bajo el control directivo de una de ellas por sobre el resto, entendido esto último como un grupo de empresas, o bajo una forma de coordinación igualitaria, en

[10] Se usa el término *personas jurídicas* toda vez que ambas figuras comparten los atributos de la personalidad, mientras que sólo la Sociedad por Acciones es un tipo societario que lleva a tratarla como razón social.

base a una red horizontal, decisiones amparadas por la libertad económica y el derecho de propiedad reconocido por nuestra Constitución Política[11].

Y en tercer lugar, visto desde una perspectiva *jurídico-laboral*, la empresa se puede constituir bajo una sola estructura de mando y subordinación, figurando un solo empleador, o mediante distintas estructuras de subordinación, entendidas estas como una pluralidad de empleadores, bajo el amparo de la libertad de trabajo garantizada por nuestra Constitución[12].

Las formas o estructuras que puede adoptar la empresa red en cada una de estas perspectivas son independientes entre sí, amparadas por la libertad de personalidad jurídica, económica y la libertad de trabajo.

---

[11] Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

[12] Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 16º.- La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso;

La existencia de estos principios han posibilitado en los hechos que su ejercicio pueda generar problemas y situaciones de conflicto al entrar en pugna con la regulación establecida en la legislación laboral, enfrentando el problema de los denominados "*grupos de empresas*" y el uso fraudulento de la personalidad jurídica, conocido como el problema del "*empleador aparente*", contrariedades de las que daremos cuenta en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II.

I. ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Introducida la problemática, y ahora en cuanto al abuso de la personalidad jurídica, señalemos las precisiones realizadas por Juan Dobson[13], en el sentido de que en realidad los problemas asociados a la personalidad jurídica deben ordenarse en dos sentidos; por una parte debe tenerse presente la teoría del "*disgregard of the legal entity"* o *"teoría del levantamiento del velo corporativo"*, desarrollada fundamentalmente en Estados Unidos, que reposa sobre la noción del abuso de la personalidad jurídica como una sub-especie del fenómeno general que vendría a ser el abuso de derecho, y que el remedio para dicho abuso va por dos vertientes; la desestimación de la personalidad jurídica misma, por un lado, y la desestimación de la limitación de responsabilidad de que se hace abuso, y que no sería igual a desestimar la persona jurídica en su totalidad.

Respecto al abuso de derecho como fenómeno general, debemos señalar que en nuestro ordenamiento ha tenido poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial, así como un nulo tratamiento a nivel de principios o normas de derecho positivo, en donde el poco tratamiento ha sido adosado en sede civil a los principios de la responsabilidad extracontractual, acarreando dos limitaciones relevantes a su aplicación y desarrollo toda vez que, por una parte, las sanciones en el contexto del abuso de derecho se limitarían así a la indemnización propia de la responsabilidad extracontractual, esto es, a la indemnización de perjuicios, y por otra su calificación requeriría de dolo o culpa, en circunstancias que el abuso de derecho debe ser sancionado como un hecho objetivo independiente de los elementos volitivos de quienes incurren en él.

[13] Juan M. Dobson, *El Abuso de la Personalidad Jurídica,* pp. 11-15.

En relación a lo anterior, para Pablo Rodríguez Grez, "*El acto abusivo está determinado por la actividad del titular que, pretextando ejercer un derecho, se aparta de los intereses que este ampara, proyectando su conducta hacia la consecución de metas diversas de las que fijan los límites en el ejercicio de cada derecho*"[14], donde el autor citado rechaza que el abuso de derecho sea un abuso doloso o culposo de un derecho, sino que es el ejercicio abusivo de un derecho aparente, pues "*en los casos de abuso se incursiona en un campo en el cual no hay derechos prevalecientes, no existe derecho subjetivo, porque su estructura carece de uno de los elementos esenciales* (el "interés jurídicamente protegido"), *de forma que la teoría del abuso de derecho* (en cuanto reconoce el ejercicio doloso o culpable de un derecho que efectivamente se tiene) *encierra una insostenible contradicción…*" pues "*el acto abusivo se da en un marco en que esté ausente el derecho, porque lo que se invoca como tal no tiene ese carácter*", y por tanto el acto abusivo "*por lo general se realiza bajo una apariencia de juridicidad de la cual carece*"[15].

En la misma línea argumental, aunque por una vertiente diversa, Alberto Lyon Puelma sostiene que " *es irrelevante el ánimo o intención de las partes, para romper con el principio de la radical separación entre entidad y sus miembros, porque el rompimiento del velo corporativo… es una cuestión de interpretación de la ley y no una investigación de cuál pudo haber sido la intención de las partes, puesto que aun suponiendo la buena fe de las personas que intervengan en la relación jurídica, lo cierto es que se dejó de cumplir una norma jurídica…*"[16].

Sin embargo, Lyon Puelma no recurre al abuso de derecho, sino que cree que basta con aplicar correctamente los principios del Código Civil de interpretación de la ley al principio de la misma jerarquía legal de la radical separación del ente y sus miembros para resolver los problemas derivados del abuso de la personalidad jurídica, en especial la

[14] Pablo Rodríguez Grez, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial, p. 56.*
[15] Ídem, pp. 63-64.
[16] Alberto Lyon Puelma, *Personas Jurídicas*, p. 66.

aplicación del principio de la buena fe contractual manifestado en el artículo 1546 del Código Civil. Por este motivo, para este autor el "rompimiento del velo corporativo" se traduce a fin de cuentas en hacer "*como si la diversidad aparente creada por el principio de la radical separación entre entidad y miembros no existiera, porque es sólo un efecto del orden jurídico que cede frente a otro efecto del mismo, atendidas las reglas de interpretación de la ley*"[17].

Por su parte, Rodríguez Grez sostiene que el abuso de la personalidad jurídica se inserta dentro de una subespecie de abuso de derecho, que se denomina fraude a la ley, y que él identifica con el denominado "*abuso de contratación*", en relación al uso de tipos lícitos para lograr un fin ilícito, esto es "*la instrumentalización del contrato (o de la facultad de contratar) en consideración a un resultado que repugna a la ley*", y de allí "*su estrecho parentesco con el abuso de derecho*"[18].

Este autor nos dice que el llamado "*abuso de la personalidad jurídica es… una derivación del fraude a la ley y, por lo mismo, un abuso de contratación… En nuestra legislación los particulares pueden crear libremente un sujeto de derecho…, en el ejercicio de esta facultad, particularmente del contrato de sociedad, pueden conseguirse fines contrarios a derecho, como el ocultamiento de bienes, transferencias, gravámenes simulados, violación de prohibiciones legales, etc. El abuso de la personalidad jurídica se configura, creemos nosotros, cuando el objetivo que se procura alcanzar es contrario a derecho, cualquiera que este sea, de suerte que tras ello se ocultará, invariablemente, un caso de fraude a la ley… Esta forma particular de abuso puede tomar dos formas diversas que se enlazan estrechamente: la primera apunta a la creación de una persona jurídica con fines reñidos con el derecho; la otra consiste en el ejercicio de las facultades que corresponden legítimamente a aquel sujeto de derecho*"[19].

[17] Lyon Puelma, ob. Cit., p. 79.
[18] Rodríguez Grez, *El Abuso….,* pp. 103-104.
[19] Rodríguez Grez, *El Abuso….,* pp. 108-109.

Rodríguez Grez también postula que el problema básico del abuso de derecho sería un problema interpretativo, ya que para él no existe abuso de derecho, sino que existiría abuso de facto simulado tras el ejercicio de un aparente derecho subjetivo, apariencia que quedaría expuesta ante una correcta interpretación del alcance efectivo del derecho subjetivo que se invoca, esto es, una vez aclarado el genuino interés que verdaderamente protege la norma. Añadiendo además que "*el daño material o moral es un elemento esencial en la doctrina del abuso del derecho*" y que "*ausente el daño, la teoría del abuso carece de toda consistencia, salvo que una acción judicial tenga carácter cautelar, caso en el cual su fundamento sería la prevención de un daño futuro y cierto*"[20].

Conectando lo anterior, y en opinión de Juan Puga Vial[21], para este autor existiría un fundamento único para la teoría del levantamiento del velo en el derecho chileno, aplicable a tres ribetes diversos: el abuso de la forma societaria para ocultar negociaciones personales, el abuso de la sociedad sanamente constituida y, por último, el abuso de la limitación de responsabilidad.

A juicio del autor, "*se olvida que conforme a nuestro sistema jurídico la personalidad jurídica es un efecto del contrato de sociedad que consagra el inciso 2º del art. 2053 del Código Civil. Es efectivo que a propósito de la Ley Nº 19.857, del año 2003, el problema del abuso de la personalidad jurídica y/o de la limitación de la responsabilidad ha dejado de ser un tema estrictamente societario o de los entes colectivos, pues las empresas individuales de responsabilidad limitada gozan de dicha ficción de personalidad separada y de limitación de responsabilidad, pero no cabe duda de que el principio inspirador es exactamente el mismo: tanto la personalidad separada del constituyente como la limitación de la responsabilidad son un efecto de un acto jurídico y no un asunto negociable que dependa de la voluntad del constituyente*". Contrariamente a

[20] Rodríguez Grez, *El Abuso….,* pp. 192-193.
[21] Juan Esteban Puga Vial, año 2011, *La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile.

lo que han sostenido algunos, "*no es posible siquiera concebir una sociedad sin personalidad jurídica, como no es pensable una hipoteca sin derecho de persecución. Son efectos que la ley, no las partes, atribuye a la celebración de un contrato y que si las partes no quieren tal efecto, es porque tampoco quieren ese contrato*"[22].

Así entonces para Puga Vial, "*toda vez que no exista sociedad, por ausencia de uno o más de sus elementos estructurales, no habrá tampoco personalidad jurídica*"[23].

En tal sentido, el medio idóneo para definir si existe o no persona jurídica será la teoría de la simulación, y ella no debe centrarse sólo en la simulación ilícita, sino también en la lícita, pues en uno y otro caso, por tratarse de un acto simulado, y en relación a lo expuesto por los autores antes señalados, éste no tendría como efecto la personalidad jurídica. Para Lyon Puelma, Rodríguez Grez, y Puga Vial y a los efectos de la presente investigación, compartimos la idea de que el efecto del contrato de sociedad es la personalidad jurídica; si no hay real contrato de sociedad, no hay personalidad jurídica, sin considerar para nada la buena o mala fe de los otorgantes. Distinto será el caso en relación al posterior análisis respecto del subterfugio en el apartado siguiente y el Capítulo III, en donde será relevante para la dogmática y jurisprudencia el elemento volitivo para determinar conductas de abuso de la personalidad jurídica y simulación.

Pero debemos hacer presente que también es posible que una sociedad que nace estructuralmente sana se desvíe de sus fines inherentes, temporal o definitivamente. En relación al rol que cumplen esos principios a juicio de Puga Vial, no cambiarían en el tiempo. "*La sociedad tiene una estructura colectiva (pluralidad de socios), un medio (aporte de bienes o servicios en común valorables en dinero) y la finalidad de obtener beneficios por medio del desarrollo del objeto social*". Así, y en palabras de Puga Vial "*si durante la vida de la sociedad se recurre a otra estructura (apariencia de pluralidad); a otros medios (patrimonio ajeno) o a fines extrasociales (v. gr., el beneficio de un tercero*

[22] Juan Esteban Puga Vial, La Sociedad Anónima…, p. 64.
[23] Juan Esteban Puga Vial, La Sociedad Anónima…, p. 65.

distinto de la sociedad), no hay personalidad jurídica, pues ella es inherente a la sociedad o institución y no a otro contrato"[24].

Aclarado lo anterior, y respecto ahora a la limitación de responsabilidad, sólo diremos por ahora que en la práctica, donde más se reclama de verdad es ante el abuso de la responsabilidad limitada. Provocando un desarrollo doctrinario deseoso de poner tope a ese abuso. Y en este sentido, señalemos que, la responsabilidad limitada de los administradores, titulares, socios o accionistas de una persona jurídica es también un efecto legal que proviene de la adopción de algún tipo empresarial o societario con ese elemento. En consecuencia, y en palabras de Puga Vial, "*el abuso de la responsabilidad limitada se identifica con el abuso de la personalidad jurídica; no son, por tanto, elementos separables*"[25].

Todo lo antes referido gira en torno a la idea de que la personalidad jurídica es un efecto del contrato de sociedad (o un acto constitutivo legalmente establecido como es el caso de la E.I.R.L), y sin tal o en el caso de apariencia del mismo, no habría tal efecto, es decir, la personalidad jurídica en tanto efecto de un contrato o acto constitutivo no existe si éstos han sido simulados. Pero se discute en la doctrina y parte de la jurisprudencia cuál es el efecto de la simulación, encontrando opiniones que se inclinan desde la nulidad absoluta hasta algún tipo de sanción civil, donde incluso se puede encontrar la admisión de la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos en atención a la falta de consentimiento, y en lo que nos concierne, casos en que la ley se ha encargado de pasar por sobre la personalidad jurídica, como es el caso de la Ley 17.322 en materia previsional, donde las deudas previsionales sujetas a esta ley admiten persecución no sólo en el empleador persona jurídica, sino también en los administradores de dicha personalidad que figuren en los registros de los organismos de seguridad social, con la posibilidad de despachar apremios corporales a esas personas naturales por incumplimientos de la persona jurídica.

[24] Juan Esteban Puga Vial, La Sociedad Anónima…, p. 66.
[25] Juan Esteban Puga Vial, La Sociedad Anónima…, p. 67.

En la misma línea, encontramos la Ley 20.760, publicada el 09 de Julio de 2014 que establece supuestos de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador y sus efectos, de la que nos haremos cargo en el Capítulo III de la presente investigación.

En las presentes páginas desarrollaremos este último punto concretamente en el ámbito laboral, atendiendo a la situación del sujeto contratante en los casos de simulación y apariencia.

II. SIMULACIÓN Y APARIENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL.

De lo ya expuesto, podemos desprender entonces que la apariencia no se condiga con la realidad, sea por una actitud deliberada, como lo es la simulación, por la concurrencia de un vicio en el consentimiento otorgado por las partes contratantes, generalmente por error o dolo, o por la simple omisión de alguna formalidad propia de un determinado contrato. Es por ello que nada impide que se cree una situación ficticia que genere una determinada idea o aspecto que no posee asidero en la práctica.

Esta situación origina la denominada *apariencia jurídica*, donde una persona pasa a ocupar la posición jurídica de otra, aparentando una condición que en la realidad no posee. Como ya señalábamos, dicha divergencia puede tener su origen en un hecho externo a las partes o, directamente en razón de un acuerdo específico en tal sentido, deseando las partes involucradas mantener en reserva la verdadera naturaleza del acto, o de los sujetos que lo han llevado a cabo, e incluso puede acaecer que una de las partes, deliberadamente, oculte la real dimensión del acto haciendo uso de una posición privilegiada de información, respecto de la otra parte que ignora las verdaderas repercuciones de éste.

Por lo demás, debemos aclarar que dichos acuerdos no son necesariamente ilegítimos, toda vez que, de conformidad con el principio de libertad contractual, las partes pueden ejecutar cualquier acto jurídico que deseen, siempre y cuando éste se ajuste a las

reglas generales que establece el Ordenamiento Jurídico, y si bien la simulación, por lo general, se celebra con el claro objeto de provocar un engaño específico a los terceros que se relacionan con alguno de los contratantes, no debemos concluir a priori una intención fraudulenta, aunque lo cierto es que éstos criterios de libre contratación han dado paso a la convicción de que igualmente se produce un abuso de derecho o un fraude si el resultado de la acción termina siendo dañino o contrario a los preceptos imperativos del Ordenamiento.

Además, como han dejado ver la doctrina y la jurisprudencia, en la mayor parte de los supuestos de fraude, y sobre todo en el ámbito laboral, queda en evidencia una voluntad maliciosa que se ampara en el subterfugio o la construcción de cualquier aparataje engañoso, generando una consecuencia antijurídica. Y es justamente en esta última situación donde el problema de la apariencia y la simulación adquieren ribetes especiales, ya que el hecho de que concurra una intención o resultado fraudulento no puede obviarse por el simple pretexto de que se estaba actuando en atención a principios de libertad contractual.

Si bien las teorías sobre abuso de derecho, apriencia y simulación han tenido un gran desarrollo doctrinario en materia civil, como queda ejemplificado en el apartado anterior, en el Derecho del Trabajo este desarrollo ha venido de la mano de la jurisprudencia, toda vez que el ordenamiento laboral no se constituye como un recinto cerrado a aportes doctinarios ni tampoco como un área en sí autosuficiente.

En efecto, en el ordenamiento laboral ha existido una sistemática conducta de la jurisprudencia que desde temprana época, aplicando las reglas generales del Código del Trabajo, o simplemente en aras de hacer primar la equidad, han venido sancionando una serie de figuras fraudulentas, donde la mayor parte de ellas se encuentran vinculadas a la determinación del empleador responsable, la simulación de contratos civiles o mercantiles, la celebración de contratos temporales, así como todas aquellas materias relacionadas con despidos que produzcan un resultado prohibído o contrario al del Ordenamiento Jurídico Laboral. Con ello se ha querido poner de manifiesto una aplicación legítima de la ley

laboral, dejando de lado los subterfugios y apariencias que en muchas oportunidades derivan en actos de naturaleza fraudulenta.

En nuestra legislación, el Código del Trabajo ha establecido normas específicas destinadas a evitar el fraude en determinadas figuras del ordenamiento, colocando el énfasis en la determinación del empleador y en la naturaleza del vínculo contractual. Para el primer caso, el artículo 4, inciso primero, del Código establece una presunción de derecho en la identidad del empleador, declarando que representa a éste, y que en tal carácter lo obliga con los trabajadores, "*el gerente, el administrador, el capitán del barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica*". Se trata de una norma cuyo objeto es sustentar la presunción de la validez y suficiencia del representante legal sólo aparente, visible y más a mano a los ojos del trabajador, sin que se le pueda exigir a éste un examen más rígido y técnico de la situación jurídica pertinente en la que se haya inmerso.

De momento digamos también que una orientación similar puede encontrarse en el artículo 507 del Código, el cual sanciona al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, y 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 previsionales que establece la ley o la convención. Esta norma constituye un típico caso de fraude a la ley, en que se sanciona el resultado conseguido por el agente provocador, sin tomar en cuenta la intencionalidad que éste tenía.

Así también, el artículo 8 inciso primero, del Código es aplicable en esta referencia toda vez que logra hacer primar la realidad por sobre cualquier subterfugio destinado a disimular la existencia de un contrato de trabajo[26].

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

Con todo, y más allá de estas normas, debemos tener presente que en nuestra legislación laboral no existe un acabado y uniforme catálogo de preceptos destinados a evitar las figuras de fraude o simulación.

1. SIMULACIÓN EN ARAS DE OSCURECER LA FIGURA DEL SUJETO CONTRATANTE.

Si bien la figura de la simulación ha sido desarrollada en el derecho civil, nada obsta para aplicarla al derecho del trabajo, donde hacemos presenta la distinción entre simulación absoluta y relativa;

a) SIMULACIÓN ABSOLUTA.

La *simulación absoluta* tiene lugar cuando se aparenta la celebración de un contrato determinado, aún cuando en la realidad no existe ninguna intención de celebrarlo, generándose una apariencia del acto, dejando al descubierto un acto jurídico sin causa, o con causa falsa, cuyas consecuencias, y de conformidad a los artículos 1467 y 1682 del Código Civil, acarrean la nulidad del acto jurídico simulado. Tal sería el caso por ejemplo en que las partes suscriben un contrato de trabajo para obtener determinados beneficios previsionales en función de los períodos de ocupación.

Los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo.
Tampoco dan origen a dicho contrato los servicios que preste un alumno o egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional, durante un tiempo determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional. No obstante, la empresa en que realice dicha práctica le proporcionará colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno.
Las normas de este Código sólo se aplicarán a los trabajadores independientes en los casos en que expresamente se refieran a ellos.

b) SIMULACIÓN RELATIVA.

Por su parte, la *simulación relativa* tiene lugar cuando las partes emplean intencionalmente un acto o negocio simulado como pantalla o disfraz para ocultar, ante terceros, el acto real y verdadero que se ejecuta en la práctica. Existe un disimulo del contrato real, sustituyéndolo fictamente por uno distinto. En este caso no falta voluntad negocial, lo que ocurre es que ésta se presenta de un modo distorsionado en cuanto a que la simulación no afecta la existencia misma del acto, sino que a su tipo. Sin embargo, este tipo de simulación también apareja como consecuencia la nulidad del acto simulado, debiendo prevalecer el contrato oculto.

Esta última hipótesis es la que se da con mayor frecuencia en el ámbito laboral, donde por ejemplo, la encontramos en servicios prestados bajo la fórmula jurídica de un contrato civil, cuando en realidad existe una prestación personal bajo subordinación o dependencia, interposiciones ficticias de retribuciones o fecha de entrada en vigencia del acuerdo contractual, o contratos de representación mercantil en que en la realidad no existe comisión.

Debemos tener presente que en tales casos no se trata de un error por ignorancia o confusión en la denominación del acto jurídico, que que de ser así simplemente implicaría aplicar la regla de interpretación en cuya virtud es preciso atenerse a la voluntad de las partes.

Por el contrario, en la simulación relativa lo que existe es la preparación de antemano de una apariencia con un fin engañoso, en aras de distorsionar la apreciación que los terceros tienen desde el exterior del acto.

Es por ello que podemos decir que la simulación, debido al carácter que presenta, se traduce en una de las alternativas más concretas para burlar los propósitos del legislador, generando un contraste entre el significado que un acto tiene jurídica y objetivamente hacia el exterior, y el que verdaderamente le han atribuído los autores. En el ámbito laboral, la manifestación más elocuente de simulación se da con la exacta determinación del sujeto empleador responsable, donde toca analizar cómo el legislador ha puesto especial énfasis en dilucidar las distorsiones en su figura,a la luz de preceptos como el artículo 3°, 4° y 507 del Código del Trabajo, adelantando que la suerte del vínculo laboral no se encuentra sujeta a las mutaciones jurídicas de la empresa, sino que se atiende a la subsistencia de la actividad empresarial.

2. ALGUNOS SUPUESTOS DE SIMULACIÓN.

Si bien es posible encontrar tantas figuras tendientes a la simulación como contratos existan, para efectos de la presente investigación podemos agrupar tales prácticas al menos en 4 supuestos posibles;

a) **Un acuerdo simulador que encubra un acto laboral.** En este caso no necesariamente existirá un propósito de fraude. Acá el sujeto contratante no aparece como empleador, sino que como un simple acreedor civil o comercial, dependiendo del contrato que aparentemente se celebra. Esta práctica puede estar motivada, por ejemplo, en la necesidad de obtener algún beneficio económico por parte del trabajador, pensemos en el hecho de querer recibir el pago íntegro de sus servicios sin las correspondientes deducciones previsionales, o eludir el pago del impuesto a la renta, entre otros, o eludir el cumplimiento de determinadas leyes laborales, por parte del empleador.

la normativa laboral, al tener carácter irrenunciable hace casi imposible concebir una sitación engañosa pero lícita, donde se encubran o renuncien a determinados derechos, ya que, si se configura una relación de prestación de servicios revestida de los elementos del artículo 7 del Código del Trabajo, necesariamente existirán un trabajador y un empleador, por lo que al concurrir un acuerdo de tales características, éste estaría viciado con nulidad al tenor del artículo 5 del Código.

b) **Actos válidos que generan un resultado fraudulento.** Siguiendo el lineamiento anterios, acá hacemos referencia a la posibilidad de que las partes realicen un contrato disimulado formalmente válido, pero de carácter ilícito, en oposición a las normas sustantivas del ordenamiento laboral. Tal podría ser la situación de la contratación de prestación de servicios con un menor de 16 años de edad, o cuando el trabajador se ve obligado a aceptar condiciones contractuales sin asidero real, sean en relación con la remuneración, antigüedad u otros elementos propios de las relaciones jurídico-laborales.

En este caso no existe error o un falso concepto del acto que se está celebrando, el problema se presenta en el trasfondo en aras a quebrantar las normas imperativas del ordenamiento laboral, constituyendo un fraude a la ley. Acá encontramos elementos que afectan la validez de la caracterización empleadora.

c) **Actos en perjuicio de terceros ajenos al vínculo laboral.** Esta hipótesis dice relación con una simulación de contrato de trabajo en fraude de los acreedores de uno de los contratantes, sea el empleador e incluso el propio trabajador, donde se quiere proyectar al exterior una determinada situación patrimonial con el objeto de evitar ejecuciones o cumplimientos forzados de sus deudas. En tal sentido basta con pensar en una trabajador condenado al pago de una pensión alimenticia, donde, para sustraerse de la ejecución, simula un monto de remuneración inferior al

efectivamente obtenido, o encubre esta remuneración bajo otro título, como podrían ser la compraventa o una contratación bajo la modalidad de honorarios profesionales.

d) **La existencia de un sujeto aparente como agente simulador.** Finalmente, y en lo que nos concierne, esta práctica de bastante ocurrencia en el plano laboral tiene que ver con la celebración de un contrato de trabajo entre un trabajador y un empleador aparente, que simula tener la titularidad de la actividad empresarial. En esta hipótesis encontramos una actitud simulada o encubierta del verdadero acreedor de trabajo, donde por lo general se verifica mediante la intervención de testaferros incapaces en la práctica de solventar las deudas derivadas de la prestación de servicios, mediante la creación de entidades artificiales que pretenden oscurecer la responsabilidad del titular.

En estos casos el empleador ficto resulta ser un simple intermediario, ya que el verdadero receptor de los servicios prestados por el dependiente no interviene formalmente en la celebración del contrato de trabajo, encontrándose entonces oculto ante terceros, donde la creación de una estructura empresarial le permite justamente eludir la aplicación de las normas laborales, ignorando el trabajador la situación real, donde muchas veces además se distorsiona esta realidad mediante una apariencia determinada, haciéndose en la práctica difícil determinar la identidad exacta del empleador responsable.

Acá encontramos la situación de la subcontratación, las empresas de suministro de trabajadores, la cesión ilícita de trabajadores y la interposición de razones sociales o construcción de personas jurídicas, figuras que doctrinariamente se conocen bajo la noción del *empresario oculto*, ejemplos todos donde la realidad deja al descubierto una interposición fraudulenta que deriva en un incumplimiento de las obligaciones laborales.

CAPÍTULO III.

I. LA REACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Si bien el abuso de derecho, la simulación ilícita o el fraude a la ley son figuras en el fondo distintas, han sido tratadas de un modo uniforme por nuestra jurisprudencia laboral en tanto son posibles alternativas de elusión de obligaciones imperativas, donde la normativa no ha podido permanecer ajena. Lo que se busca es amparar los derechos de las partes por encima de cualquier situación aparente o una mera actuación simulada.

Para la concreción de tal objetivo se han esgrimido diversos mecanismos, donde en algunos casos el ordenamiento ha tendido a tomar en cuenta la apariencia de los actos y revestirlos de consecuencias jurídicas a fin de proteger a la parte contratante que hubiese actuado de buena fe, en otros, y en contradicción a lo anterior, lo que se ha buscado ha sido desconocer la situación aparente, prescindiendo de toda formalidad, con tal de hacer primar la realidad de los hechos o sus elementos sustantivos, para así amparar los intereses jurídicos de los involucrados en un un contrato de trabajo. Así también en algunos casos el ordenamiento lo que hará será establecer consecuencias o sanciones para ciertas situaciones de incumplimiento.

Sea cual sea el mecanismo, lo cierto es que encontramos un objetivo común, cual es evitar la falsedad, el fraude y el abuso de derecho en todos aquellos aspectos que se relacionen con el cumplimiento de los derechos y obligaciones que emanen de un acto jurídico laboral.

II. LA DETERMINACIÓN DEL EMPLEADOR Y LA FIGURA DEL SUBTERFUGIO. ALCANCES PREVIOS.

En lo que respecta a la presente investigación, y en relación a la línea argumental que ha venido siendo recorrida, si bien estamos contestes en que los diversos cuerpos legales reguladores del ámbito laboral han hecho uso de diversos caminos argumentativos para hacer frente al fraude o abuso de derecho, concretaremos lo anterior a la luz de la regulación de las figuras del empleador y del subterfugio, toda vez que sostenemos que recogen en la praxis la aplicación del principio de primacía de la realidad, así como la teoría del levantamiento del velo corporativo, derivando a fin de cuentas en supuestos de ineficacia jurídica, o en términos de la presente investigación, alude a que decantaremos por una vía argumentativa que desconocerá las situaciones aparentes, prescindiendo de las formalidades legales que revistan los actos fraudulentos, con el fin de amparar los intereses de las partes del contrato.

III. LAS FIGURAS DEL EMPLEADOR Y DEL SUBTERFUGIO ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 20.760 DE JULIO DE 2014.

Anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.760 de Julio de 2014, el Código del Trabajo, junto a las definiciones de empleador, trabajador, y trabajador independiente, en el inciso tercero de su artículo 3, entregaba la siguiente definición de empresa;

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

Concluyendo el mismo artículo de la siguiente manera;

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

Lo que en un principio intentó esta norma fue vincular el concepto de empresa, y dentro de ésta, al empresario con la noción de empleador a efectos de hacerle aplicable la legislación laboral. El problema se presentó con la frase "*ordenadas bajo una dirección*", ya que en la práctica la aplicación de ésta, si bien podemos entender que aludía a una concepción de empresario-empleador, permitió extrapolar esta dirección a otras entidades dotadas de personalidad (personas jurídicas), desvirtuando la aplicación de la normativa laboral toda vez que en los hechos se logra verificar la participación de terceros que externalizan la relación jurídica entre los sujetos contratantes, comportándose como titulares de derechos simulando la calidad de empleador, o como representantes legales o voluntarios de éste, obligando al trabajador no sólo a efectuar la prestación que figura en el contrato respectivo, sino que además cumpliendo con las deudas que surjan de aquél.

En tal sentido se posibilitó que el empleador, ante los ojos del trabajador, sea en un principio aquella persona que ejerza aparentemente las facultades directivas, y en consecuencia, que se relacione directa o indirectamente con el personal, sin tener en cuenta quién es el verdadero titular dentro del ámbito de la organización y dirección en la cual se presten los servicios, configurándose en tal sentido una situación jurídica que no es detentada por el verdadero titular, produciendo un escenario revestido de apariencia que viene en ocultar la discordancia producida entre la situación exteriorizada y la real, generando un estado de ficción que fue preciso dilucidar a través de la dogmática, jurisprudencia y legislación laboral.

Dicha norma a su vez establecía un nexo con el artículo 507 del Código del Trabajo, el cual estaba redactado en los siguientes términos;

"Art. 507. Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación.

El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este Libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.

El empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores quienes podrán demandarlas, en juicio ordinario del trabajo, junto con la acción judicial que interpongan para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso segundo.

El plazo de prescripción que extinga las acciones y derechos a que se refieren los incisos precedentes, será de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles".

La presente norma junto con operar en función del artículo 3ro toda vez que éste hace remisión a aquel, procura complementar las definiciones de trabajador, empleador y empresa a efectos de la legislación laboral, estableciendo diversas multas en los casos de simulación mediante la enunciación de hipótesis de interposición de un sujeto aparente, y si bien no nos entrega una definición expresa de lo que se debía entender por subterfugio, proporciona los elementos para su determinación.

Así en primer lugar el inciso segundo hace alusión al fin que persigue esta conducta, y en este sentido se habla de ocultar, disfrazar, o alterar la individualización y patrimonio, teniendo como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. Por su parte, el inciso tercero entrega diversas hipótesis que deben de entenderse como subterfugio, como el establecimiento de razones sociales distintas, creación de identidades legales, división de la empresa, y cualquier otra conducta que radique en una disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, conductas que como decíamos anteriormente, podemos encasillar dentro de la interposición de un sujeto aparente.

IV. EFECTOS DE LA REDACCIÓN DEL ANTIGUO ARTÍCULO 3 C.T.

Como ya hacíamos mención, y ahora desde otro enfoque, es desde la redacción del inciso tercero del artículo 3 del Código donde surge el problema de los denominados "*grupos de empresas*" y el del uso fraudulento de la personalidad jurídica o del "*empleador aparente*", ya que, en primer lugar, la empresa puede adoptar una forma plural en lo referido a su organización jurídico-comercial mediante el uso de múltiples razones sociales, pero existiendo al mismo tiempo control económico o dirección unitaria de una de esas personas jurídicas por sobre las restantes, generándose el problema denominado de los "*grupos de empresas*". Y en segundo lugar, también puede acaecer que la empresa principal adopte una forma plural en cuanto a diversidad de razones sociales, pero tener una sola estructura laboral de mando y subordinación respecto de los trabajadores, situación constitutiva del problema del que hemos venido dando cuenta referente al "*empleador, o sujeto contratante aparente*".

En la práctica, ambos problemas han sido confundidos en el debate político nacional sobre el concepto de empresa. En estricto rigor, sólo el uso fraudulento de la personalidad jurídica que radica en la figura del empleador aparente corresponde a lo que públicamente se ha dado a conocer como el problema de las *"cientos de razones sociales"* o el *"multi-rut"*.

Así, y a efectos aclaratorios, podemos advertir entonces una diferencia entre la problemática del grupo de empresas[27], con la del uso fraudulento de la personalidad jurídica[28].

[27] Entendida ésta como una pluralidad jurídica con unidad de control económico.
[28] En cuanto pluralidad jurídica con una estructura única de subordinación laboral.

En tal sentido, respecto del grupo de empresas lo que liga a las diversas personas jurídicas es el control económico de una de ellas por sobre las restantes, ya sea mediante un control financiero o societario, o que se verifique por una dirección económica unitaria, lo que puede comprobarse mediante el análisis de indicios económicos, como por ejemplo propiedad común, plantilla única, comunicación efectiva de patrimonios, control de políticas de venta o de personal, etc.

En tanto, respecto de la situación del empleador aparente, el nexo que une a las diversas personas jurídicas es la existencia de un vínculo de subordinación laboral, manifestado a través de los elementos tradicionales (dependencia, subordinación, etc.), entre una de esas empresas y los trabajadores formalmente contratados por todas ellas.

En la situación del *grupo de empresas*, podemos sostener que no existe problema de evasión de la condición de empleador toda vez que cada persona jurídica es una genuina estructura de mando y subordinación, donde en rigor el problema radicaría en el control o dirección económica de una de las empresas respecto de las restantes personas jurídicas, y cómo encontrar un centro de imputación jurídica que opere en sustitución total o parcial de la figura del empleador a fin de convertirla en un nuevo centro de imputación de derechos y obligaciones en el ámbito laboral.

Situación distinta es la que encontramos en el caso del *empleador aparente* por uso fraudulento de la personalidad jurídica, aunque el problema es de menor complejidad, ya que implica superar las formas jurídicas para identificar al verdadero empleador como centro tradicional de imputación jurídica laboral.

Y fue para afrontar esta última problemática, que se modificaron el concepto de empresa del artículo 3 y la noción de subterfugio del artículo 507 del Código del Trabajo en los términos que pasaremos a señalar.

V. EL CONCEPTO DE EMPLEADOR Y DE SUBTERFUGIO INTRODUCIDOS POR LA LEY 20.760 DE JULIO DE 2014. ALCANCES DE ESTA MODIFICACIÓN.

La presente ley que "*Establece supuestos de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos*", como su título indica, vino en hacer frente a la problemática antes descrita, y para ello en su artículo único, modifica los artículos 3 y 507 del Código del Trabajo en los términos que acompañamos a continuación;

A. ALCANCES DE LA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 3° C.T.

En primer lugar, respecto del artículo 3, reemplaza en el inciso tercero la frase "*bajo una dirección*", por "*bajo la dirección de un empleador*", quedando en la parte pertinente entonces que;

"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 segundo lugar, se sustituye el inciso final del mismo artículo, agregando cuatro nuevos incisos, a saber;

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

Si bien esta modificación legal vino a aclarar un punto de interpretación de gran relevancia, volviendo a explicitar en cierta medida lo que ya el código de 1931 sostenía al usar la frase "*explotada por un empleador"* al aludir a una noción de actividad empresarial, evitando equívocos que pudiesen derivar en elusiones, es cierto también que la jurisprudencia ya venía actuando en tal sentido, levantando el velo corporativo, sustentando sus fallos en dos ideas combinadas; por una parte la *unidad econó*mica y por otra la aplicación del *principio de primacía de la realidad*, a la vez que en ciertas ocasiones han

atendido a factores subjetivos como indicios a considerar paralelamente a los típicos elementos objetivos como son el patrimonio, la unidad de administración, identidad de representantes, unidad de gerencia o de mando, entre otros, construyendo un régimen de responsabilidad laboral solidaria, fundado en la unidad económica que constituyen las personas jurídicas afectas a tales indicios, y la utilización de la teoría del levantamiento del velo.

Lo anterior no quiere decir que la entrada en vigencia de la presente ley carezca de relevancia práctica, sino que, para entender su injerencia, debemos realizar una nueva distinción.

Así, en la *dimensión individual* de los derechos laborales, la jurisprudencia ya ha venido proporcionado las herramientas necesaria para hacer frente al fraude laboral del uso de la multiplicidad de personas jurídicas que encubren un solo empleador real, donde lo que viene a hacer esta nueva normativa, es facilitar el curso de aplicación del Derecho del Trabajo en los casos concretos al existir mención expresa que evitará deducir cada vez el problema de la unidad económica para determinar al empleador.

Por otra parte, donde sí adquiere especial relevancia esta ley es en el *ámbito de los derechos colectivos*, especialmente en cuanto al derecho a la sindicación y la negociación colectiva. Esto en relación a que antes de la entrada en vigencia de este cuerpo normativo, la jurisprudencia, a diferencia en su actuar respecto a la afectación de los derechos individuales, esto es, levantando el velo corporativo en aplicación del principio de primacía de la realidad, venía resolviendo el problema de la multiplicidad de personas jurídicas y la existencia de una sola estructura de mando y subordinación a favor de la situación de multiplicidad, validando las prácticas de división societarias, afectando los derechos colectivos del trabajo, donde el problema radicó precisamente en la definición amplia e imprecisa de empresa en el inciso tercero del antiguo artículo 3° del Código, lo que posibilitó la construcción de una concepción fuertemente formalista del concepto, reforzando en el tiempo la idea de que bastaba con tener la calidad de sujeto de derecho

(personalidad jurídica) para poder ser considerado como el soporte de una organización de medios a la que se refería el artículo, donde esta vinculación de individualidad legal determinada a la idea de personalidad jurídica agotó el concepto de empresa a efectos laborales, lo que posibilitó que parte de la jurisprudencia sostuviera que se podría tener tal calidad sin tener necesariamente a su vez la calidad de empleador, por lo que bastaría entonces que una empresa principal se dividiera artificialmente en diversas razones sociales para hablar de varias empresas en términos laborales, aunque en la realidad se trate de una sola organización de medios materiales bajo un único mando y por ende sólo exista un empleador.

Así, y en relación a lo antes dicho, una de las situaciones más problemáticas que se salvaguardan con la nueva legislación corresponde a la situación de fragmentación sindical derivada de diversos procesos de creación de filiales y otras divisiones societarias dentro del marco de la descentralización productiva, así, frente a estos procesos, por existir dos empresas distintas, la afiliación de los trabajadores al sindicato no podía sobrevivir debido a que, en el caso de una división societaria, podía ocurrir que los trabajadores terminaran encontrándose en una empresa distinta a la del sindicato.

Así por ejemplo, un dictamen de la Dirección del trabajo, sostenía que;

"cada una de las nuevas sociedades constituye una nueva empresa, dotada de identidad legal propia, motivo por el cual sus trabajadores no pueden formar parte del sindicato constituido en la empresa de origen, quedando automáticamente desafiliados al instante de su traspaso a las nuevas entidades, de acuerdo a lo expresado antes en cuanto a la base de los sindicatos de empresa"[29].

[29] Ordinario 1117-32, 4 de febrero de 1991.

Así las cosas, se producía una dicotomía toda vez que en la realidad las empresas resultantes de una división, o transformadas en filiales, seguían operando de forma tan estrecha, que los trabajadores traspasados continuaban en los hechos prestando servicios en la misma estructura productiva previa a la división, pero extinguiendo la afiliación sindical de dichos trabajadores por entenderse formalmente incorporados a una nueva empresa, y por ende suprimiendo la negociación colectiva con el verdadero empleador.

Se había generado una especie de formalismo según el cual la existencia de una pluralidad jurídica pasó a ser el elemento central y determinante para considerar, en materia de derechos colectivos, que no existía una sola empresa para efectos laborales, con prioridad interpretativa sobre la realidad material de los servicios, así en su momento la Corte Suprema sostuvo que;

"Que según se ha asentado en la sentencia en estudio, las demandadas de autos, si bien presentan elementos de vinculación muy marcados tanto en lo que dice relación a su propiedad como a quien ejerce el control y su representación, estos no resultan suficientes, como para que puedan ser calificadas 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 identidad jurídica"[30].

La ley 20.760 viene en poner término a lo anterior al agregar dentro del numeral primero de su artículo único, los cuatro nuevos incisos al artículo tercero del Código del Trabajo antes transcritos, que en lo pertinente hacen aplicable la sindicalización, y por ende la negociación colectiva en estos supuestos de pluralidad de razones sociales, tomando ahora en cuenta la realidad material de los servicios prestados por las diversas personas jurídicas y su vinculación dentro de la estructura productiva.

[30] Zúñiga y otros con Comercial Magno y Distribuidora Magallanes, rol N° 6070-2009, de 11 de noviembre de 2009.

Así se desprende toda vez que el nuevo inciso cuarto viene en reconocer que para efectos laborales y previsionales, *dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador* siempre que concurran los siguientes requisitos; una dirección laboral común, similitud o complementariedad de los productos o servicios, o la existencia en las diversas empresas de un controlador común[31], agregando el nuevo inciso quinto a modo de límite que la mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola una condición o elemento para hablar de un solo empleador[32].

En este sentido, y a efectos de corroborar lo que se viene sosteniendo, el nuevo inciso sexto prescribe que las empresas que cumplan con los elementos que permitan hablar de un solo empleador, serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que emanen, sea de la ley, de los contratos individuales, o de instrumentos colectivos[33]. En sintonía con lo anterior, el nuevo inciso octavo agrega que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener las organizaciones existentes, donde también podrán negociar colectivamente con todas estas empresas (consideradas como un solo empleador) o bien con cada una de ellas por separado, facultando además a los sindicatos inter-empresa a presentar proyectos de contrato colectivo a condición de que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes

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

[32] "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".

[33] "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".

de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador, siendo obligatorio para este último negociar con dichos sindicatos[34].

B. ALCANCES DE LA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 507 C.T.

En estrecha relación con lo sostenido anteriormente, el numeral segundo del artículo único de la ley 20.760 sustituyó el artículo 507 en los siguientes términos;

"Artículo 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".

De lo anterior podemos advertir, a diferencia del antiguo artículo 507, y ligado al actual artículo tercero, el reconocimiento de una legitimación activa directa al trabajador o al sindicato, toda vez que la antigua redacción comenzaba haciendo mención a las sanciones económicas y consecuencias jurídicas derivadas de la contratación de trabajadores a través de terceros, redacción de muy amplia intepretación atendidas las diversas formas de concretar tal situación en la práctica, sin hacer mención en el resto del cuerpo de la norma a quienes estaban facultados de accionar. Así también se inserta un segundo inciso que establece una especie de regla general en cuanto al momento de interposición de las acciones, con excepción en el contexto de una negociación colectiva, según se desprende de la siguiente redacción;

[34] 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.

"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".

Se agrega a su vez un tercer inciso que viene a constituirse en una obligación al juez en la parte resolutiva del fallo que emita a consecuencia del conocimiento de esta materia (determinación de las empresas que serán consideradas como un solo empleador), prescribiendo que;

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

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".

Partamos por señalar que el numeral tercero antes transcrito recoge parte del antiguo párrafo segundo del antiguo artículo 507 en cuanto a la mención de subterfugio, pero aumentando al doble la multa, suprimiendo el aumento de media unidad tributaria mensual por trabajador afectado, y permitiendo ahora la sustitución de la multa en los rangos establecidos en el artículo 506 del Código.

Por otra parte, en el inciso séptimo del nuevo artículo se mantiene la referencia a los elementos conceptuales de subterfugio de la antigua redacción, agregando un elemento subjetivo a esta concepción, toda vez que ahora *la alteración debe ser realizada de mala fe*, elemento de relevancia por cuanto a que la jurisprudencia en algunos casos, junto a verificar la existencia de los aspectos formales que dieran lugar a la determinación del subterfugio, desestimó muchas acciones en atención a las conductas desplegadas, aplicando indirectamente en la práctica un requisito que ahora queda expresamente establecido, como cierta jurisprudencia que en su momento señaló que;

"*Así, entonces, no basta con la mera producción del resultado, sino que es necesario atender a la conducta desplegada, su capacidad de provocar la consecuencia que el legislador laboral ha pretendido desalentar y, por ende, a los móviles de la misma, aspecto*

en el que es forzoso examinar el aspecto subjetivo del comportamiento realizado, elementos respecto de los cuales no existe indicio en autos"[35].

De lo anterior, la redacción viene a quedar de la siguiente manera;

"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".

Finalizando la nueva redacción de la siguiente forma;

"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".

De esta última parte desprendemos en primer lugar la extensión de la aplicación de los efectos de la sentencia en esta materia a los trabajadores de las empresas que resulten ser consideradas como un solo empleador.

[35] Causa n° 3874/2008. Resolución n° 28839, de Sala Cuarta (Mixta), de 13 de Octubre de 2008.

Pero además se eliminaron los plazos de prescripción establecidos en la antigua redacción del artículo, que eran de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles a fin del respectivo accionar, pudiendo ahora ejercerse en cualquier momento, mientras exista la situación de pluralidad de razones sociales que posean una dirección y control común, salvo durante el período de negociación colectiva, extendiendo de esta manera la aplicación de las normas protectoras tanto en los supuestos de hecho que pueden configurarse como en el tiempo.

CONCLUSIONES.

De lo analizado en la presente investigación, podemos concluir que ante los diversos cambios que han experimentado las actividades económicas, modificando el modelo productivo clásico, caracterizado por la dualidad "*empleador-trabajador*", poniendo en apuros la aplicación de la normativa laboral, la doctrina y jurisprudencia han tenido gran injerencia por cuanto, adelantándose a la evolución legislativa mediante la construcción de diversas teorías e instituciones, han reaccionado ante las situaciones de abuso que ha generado la dicotomía entre la evolución de las actividades económicas y una legislación que no se condecía con éstas, en torno a hacer aplicable la normativa del Código del Trabajo, y por ende, normas protectoras de carácter irrenunciables.

En efecto, como queda de manifiesto con las menciones a la E.I.R.L. y la S.P.A, existe una enorme facilidad de constitución de entidades con goce de personalidad jurídica, que, a la par que facilitan el tráfico mercantil a efectos del actual dinamismo económico, han servido como útiles herramientas para eludir la aplicación de los derechos y obligaciones que se tienen para con los trabajadores, a raíz de la antigua redacción del artículo 3 del Código del Trabajo, el cual, al definir empresa, y dentro de sus elementos, en lo que respectaba a una noción de empresario, no se le adjudicó expresamente la calidad de empleador, lo que en los hechos posibilitó la interposición de personas jurídicas dentro de la estructura organizacional de la empresa principal que vienen en interponerse en la cadena de mando, ocultando de esta forma al empleador-beneficiario de los servicios prestados por el trabajador.

Ante aquello, la doctrina civilista por una parte, desarrollando la teoría del abuso de la personalidad jurídica y haciendo aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo, para desestimar la personalidad jurídica y la limitación de responsabilidad en ciertos casos calificados de abusivos, en base a hechos objetivos, sin tomar en consideración elementos como el dolo o la culpa, con tal de restar validez al acto jurídico

constituído fraudulentamente, y el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia laboral, en atención al desarrollo de una teoría de la simulación que busca desvelar las apariencias para dar con el verdadero empleador, receptor final de los servicios prestados por los trabajadores en una estructura productiva compleja y principal obligado a cumplir con las prestaciones laborales, ponen de manifiesto una respuesta por parte del Ordenamiento Jurídico ante tales situaciones de abuso, incluso en ausencia de normas que vengan a regular expresamente aquella problemática.

Es así como, ya derechamente en el plano laboral, y a modo de reacción ante los términos en que fue establecido el antiguo artículo 3 del Código del Trabajo, la doctrina y jurisprudencia, en aras de la equidad, busca hacer aplicables las reglas generales del Código mediante la aplicación de la figura del Subterfugio a fin de sancionar los resultados provocados por la existencia cualquier alteración fraudulenta que busque eludir la aplicación de la normativa laboral, como vendría siendo la interposición de una empresa dentro de otra, alterando la cadena de mando, configurando una hipótesis de sujeto aparente como agente simulador, toda vez que como ya vimos, en los hechos, crear una persona jurídica hoy en día es de relativa facilidad.

Así también la legislación laboral, como respuesta al desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en lo que nos interesa respecto al problema anterior, generalmente conocido como pluralidad de empresas o multi-rut, concretamente la Ley 20.760 de 9 de Julio de 2014, más que ser una innovación en los términos antes señalados, viene a complementar el trabajo desarrollado por la doctrina y jurisprudencia, toda vez que con su entrada en vigencia se establecen expresamente las consecuencias de la existencia de diversas empresas que mantengan elementos que deriven en una administración común o unidad de mando a fin de determinar al empleador responsable, como también el establecimiento de mayores sanciones a las conductas que sean calificadas de subterfugio.

Lo antes dicho no implica que la entrada en vigencia de la presente ley carezca de relevancia, más bien lleva a adoptar dos enfoques; así, lo antes referido se aplica a la dimensión individual de los Derechos de los trabajadores, o lo que es lo mismo, a la situación de infracción de Derechos Individuales.

La repercusión más relevante la encontramos desde el enfoque de los Derechos Colectivos, esto es, en cuanto a la posibilidad de Sindicalización y Negociación Colectiva, ya que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.760, la jurisprudencia, si bien tenía claros los lineamientos para desestimar la personalidad jurídica de una razón social dentro de una cadena de mando a fin de que le fueran aplicables a los trabajadores las normas del Código del Trabajo al entender el conjunto de empresas como una sola unidad productiva para dar con el empleador, el razonamiento en cuanto a la protección de los derechos colectivos era diversa al considerar cada razón social dentro de la unidad empresarial como unidades jurídicas con personalidad determinada. Así por ejemplo, dentro de una empresa con sindicato constituido, podía darse el caso de que se creara dentro de ella una nueva razón social dedicada a una actividad concreta de la cadena productiva, derivando a ella trabajadores de la empresa original, produciendo que éstos en la práctica se entendieran como desafiliados del sindicato al pertenecer a una nueva empresa, pudiendo incluso suprimirlo en los hechos por falta de trabajadores afiliados, e impidiendo con ello cualquier posibilidad de negociación colectiva.

La ley 20.760 viene a poner término a esta práctica ya que en primer lugar, junto con modificar el artículo 3 del Código a efectos de que no haya dudas sobre la figura del empleador como detentador de la dirección unitaria dentro de la actividad empresarial, (lo que la doctrina y jurisprudencia ya habían dilucidado en atención a hacer primar la realidad) agrega cuatro nuevos incisos, dentro de los cuales se reconoce expresamente la posibilidad de mantener o constituir organizaciones sindicales en los supuestos de pluralidades de empresas respecto de las que se haya determinado judicialmente al

empleador común, permitiendo además la existencia de sindicatos inter-empresa, posibilitando expresamente y en los hechos la negociación colectiva.

Lo anterior se complementa a su vez con la nueva regulación del subterfugio, donde el actual artículo 507 parte precisamente reconociendo a las organizaciones sindicales, o los trabajadores en particular, la posibilidad para accionar en los supuestos del actual artículo 3, esto es, la legitimación para solicitar judicialmente que una pluralidad de empresas sea declarada como una sola, a efectos de hacer aplicable la normativa laboral cuando pueda demostrarse la unidad de elementos que lleven a hablar en los hechos de un solo empleador.

Es por ello que, sin restar entonces relevancia a los efectos de la entrada en vigencia de la presente ley, a nuestro parecer, más que una reforma dentro del ámbito laboral, es un importante complemento por cuanto, en primer lugar, viene en establecer de forma expresa las conclusiones a las que previamente habían arribado la doctrina y jurisprudencia, evitando equívocos en futuras situaciones que quepan dentro de las hipótesis, o al menos otorgando una base que facilitará la interpretación al Juez Laboral, y en segundo lugar, viene en equilibrar la protección de los derechos en el plano individual y colectivo, dando solución al real problema que en la práctica acarreaba la existencia de pluralidad de empresas dentro de una misma actividad productiva al impedir la sindicalización y negociación colectiva, Derecho Fundamental de los trabajadores por lo demás, establecido en nuestra Constitución Política, poniendo de manifiesto de esta manera, que el Derecho del Trabajo es un área dinámica, en constante evolución, al no poder descuidar su normativa de las prácticas que acaecen en la realidad.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

1. Abeliuk, René M, (2008), "*Las Obligaciones"Tomo II,* Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, Santiago.
2. Baeza Ovalle, Gonzalo (2003), "*Derecho Comercial*". Editorial Lexis Nexis.
3. Bargallo, Miguel – Favier Dubois, Eduardo M.(1995), "*Desestimación de la personalidad y extensión de quiebra al socio controlante*", Dcho Soc.Arg e Hiberoamericano, Tomo III.
4. Carbajo Cascón, Fernando (2002), "*La sociedad de capital unipersonal*". Editorial Arazandi, Navarra.
5. Claro Solar, Luis (1979), "*Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen II, De las Personas, Tomo III*". Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
6. Contreras Strauch, Osvaldo (2004), "*Instituciones de Derecho Comercial*". Ediciones Universidad Diego Portales.
7. De la Cámara Álvarez, Manuel (1973), "*Sociedades Comerciales"*, Revista de Derecho Notarial, N° LXXXI-LXXXII.
8. Dobson, Juan M, (1985), "*El abuso de la personalidad jurídica*". Editorial Depalma, primera edición, Buenos Aires, Argentina.
9. Espinar Vicente, José María, "*Acerca de la Legitimidad, la Justicia y la Coherencia Legislativa"*, Lección Magistral. Universidad de Alcalá, Curso 2009-2010.
10. González Castillo, Joel (2003), "*Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. Análisis de la Ley N° 19.857*". Editorial Lexis Nexis.
11. Gutiérrez Albornoz, Javier (1963), *"La Concepción de Personalidad Jurídica a las Corporaciones y Fundaciones"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
12. Halpelin y Otaegui, (1999), *"Sociedades Anónimas*", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.

13. Irurieta Ugarte, Pedro, *"Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante"*. Disponible en http://vlex.com/vid/479212818. Fecha última consulta 25 Agosto de 2014.
14. Lara Aguayo, Edison Antonio (2007), "*La Crisis del Concepto de Persona Jurídica y el Levantamiento del Velo*", En Gaceta Jurídica N° 314, Santiago.
15. Ley 20.760 de 09 de Julio de 2014, que "*Establece multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador y sus efectos*".
16. Ley n° 20.190 de 05 de Junio de 2007, que *"introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales"*.
17. Ley n° 19.857 de 2003, "*sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada"*.
18. Lyon Puelma, Alberto (1993) *"Teoría de la personalidad; personas naturales, personas jurídicas"*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
19. Marín-Lázaro Andreo, Rafael (1949), "*La sociedad de un solo socio y el problema de la limitación de la responsabilidad en la empresa*", Academia Valenciana de Jurisprudencia y legislación, Valencia.
20. Miguens, Hector José (1998), *"Extensión de la Quiebra y Responsabilidad de los Grupos de Empresas*", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
21. Puga Vial, Juan Esteban (2011), "*La Sociedad Anónima y otras Sociedades por Acciones en el Derecho chileno y comparado"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
22. *Revista de Derecho n° 40*, Enero de 2013, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
23. Rodríguez Grez, Pablo (1999), *"El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
24. Roque Vitolo, Daniel (2010), *"La Personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales"*, Editorial Errepar, Argentina.

25. Sandoval López, Ricardo (2003), "*Comentarios sobre la Ley N° 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*", en Gaceta Jurídica N° 274.
26. Ugarte Cataldo, José Luis (Julio de 2013), "*El Concepto Legal de Empresa y el Derecho Laboral: Cómo Salir del Laberinto*". Revista Chilena de Derecho Privado N° 20, pp 185-213.