

Comentario al Mensaje Presidencial que “formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa”¹

FELIPE NAVARRETE PEÑA

Abogado, Magíster (c) Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

UNIVERSIDAD DE CHILE

SUMARIO: el Mensaje Presidencial que “formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa” pretende resolver las dificultades asociadas a la práctica conocida como *multirut* mediante el establecimiento de un nuevo centro de imputación normativa, a través de una acción conocida y resuelta por los Tribunales del Trabajo, con intervención de la Dirección del Trabajo. Sin embargo, las facultades entregadas al juez, de no ejercerse *lege ferenda*, pueden derivar en la afectación de garantías constitucionales.

Las indicaciones formuladas por el Ejecutivo al “proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa”, difundido como “*multirut*”, podrían sintetizarse como normas que sacrifican ortodoxia por eficacia. La idea central de la indicación es hacerse cargo de una realidad concreta: el concepto de empresa del inciso tercero del artículo 3 del Código del Trabajo² permite que mediante su división en distintas razones sociales –por motivos estrictamente laborales o por legítimas razones de negocio, distinción contemplada expresamente en el Mensaje³–, se dificulte o impida el ejercicio de determinados derechos laborales, tanto individuales⁴ como colectivos⁵. En efecto, “[e]l hecho

¹ Este comentario se refiere al Mensaje Presidencial individualizado. A la fecha de su envío al comité editorial, aún no ha sido promulgada ni publicada la ley en cuyo proyecto fue promovido.

² “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 determinada”.

³ “La organización productiva y del trabajo, junto con el desarrollo de nuevas tecnologías y las diferentes formas de acceso al capital, han implicado muchas veces que una unidad económica deba comercialmente organizarse bajo un esquema descentralizado, estableciendo parte de sus negocios con identidades legales específicas, dando lugar así a la creación de RUT diferenciados para cada una de sus unidades productivas. (...)”

Por otra parte, por la vía del uso de los RUT diferenciados para cada unidad de negocio, “*diversas empresas se han dividido artificialmente en distintas razones sociales*”. (Los destacados son míos).

⁴ Como aquellos que dependen del número de trabajadores de la empresa, v.gr., la obligación de proporcionar sala cuna (art. 203 del Código del Trabajo).

⁵ Como el ejercicio de la negociación colectiva reglada del Título II del Libro IV del Código del Trabajo, que “se iniciará con la presentación de un proyecto de contrato colectivo por parte del o los sindicatos o grupos negociadores de la respectiva empresa”.

incontrarrestable es que los grupos forman parte de una cada vez más recurrente forma de organización de las actividades empresariales. Por su parte, el Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica, ha planteado como centro de imputación normativa, es decir, como punto de referencia para la aplicación de las normas laborales, un modelo de empresa que corresponde a períodos anteriores, o que tal vez nunca ha existido en plenitud. Como se ha señalado, 'la legislación laboral prácticamente ignora el fenómeno de los grupos y otras formas de descentralización productiva, que en la actualidad constituyen paradójicamente el marco empresarial donde usualmente se desarrolla el contrato de trabajo' (ESTEVE SEGARRA, Amparo. Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo, Quaderns de Ciències Socials n. 10, Universitat de Valencia, 2003, p. 7.). /Por consiguiente, en la actualidad el Derecho del Trabajo está enfrentado al desafío de adaptarse a esta nueva realidad estableciendo normas reguladoras de la relación laboral en el marco de los grupos. Si no lo hace, corre el riesgo de ahondar la brecha existente entre la norma jurídica y la realidad, tan común en esta disciplina"⁶.

La indicación, al cifrar en la figura del *empleador* (inciso cuarto del artículo 3° CT propuesto) el centro de imputación normativa jurídico laboral⁷, para hacer efectivos los derechos amagados por las decisiones societarias que se cuestionan, no centra la discusión en la legitimidad de la estructuración empresarial, que puede descansar en motivos perfectamente atendibles⁸⁻⁹ (comerciales, tributarios, de mercados regulados, etc.), optando por la solidaridad pasiva de todas las empresas objeto de la declaratoria (inciso sexto del artículo 3 CT propuesto), permitiendo al acreedor emplazar válida y eficazmente a cualquiera de ellas para exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, ya sea que emanen de la ley, del contrato individual o de algún instrumento colectivo, respecto de todas aquellas consideradas como un solo empleador.

La solución parece acertada, desde que la preocupación de los afectados no es –o, más bien no debiera ser– la estructuración societaria, sino la contraparte

⁶ AYLWIN CHIORRINI, Andrés; ROJAS MINO, Irene. "Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico-laborales en el Derecho Comparado". *Ius et Praxis*, Talca, v. 11, n. 2, 2005. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200006&lng=es&nrm=iso>. accedido en 19 mayo 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200006>.

⁷ *Vid. Ibídem* y AYLWIN CHIORRINI, Andrés; ROJAS MINO, Irene. *Los Grupos de Empresas en el Derecho Chileno del Trabajo*. LexisNexis, Santiago, 2006.

⁸ No sólo atendibles, sino jurídicamente dignos de tutela. Así, la jurisprudencia ha dicho que "[e]sta Corte coincide con el apelante cuando afirma que es cierto que en el ámbito del derecho es perfectamente legítima la creación de identidades sociales y la división del patrimonio, mas en el campo del derecho laboral, ello tiene una limitación, contenida en el artículo 478 [actual 507] del Código del Trabajo (...)". Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso n° 6888-2005.

⁹ Tensión que por lo demás es reconocida expresamente por el Mensaje: "Como es de vuestro conocimiento, nuestro sistema normativo laboral debe resguardar adecuadamente el necesario equilibrio entre la libertad y autonomía del empleador para dirigir y organizar jurídica y comercialmente la empresa, con la libertad que deben tener los trabajadores para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos que emanan de la relación laboral".

negociadora, incluso para efectos colectivos, y eventualmente deudora, y el patrimonio con cargo al cual ha de responder; y está en armonía con la utilización preferente¹⁰ para estos efectos de la tesis de la “unidad económica”¹¹ o “principio de la primacía de la realidad”¹²⁻¹³ en desmedro de la figura del subterfugio en los términos actualmente concebidos, acaso por la discusión acerca del elemento subjetivo requerido para su configuración: el actual inciso segundo del artículo 507 del Código del Trabajo sanciona 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”. Los verbos rectores “ocultar, disfrazar o alterar” sugieren la idea de que además del resultado dañoso –eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención– se requiere todavía un ánimo especial de defraudar en la acción encaminada a ese fin; otros, en cambio, sostienen que basta la producción del resultado, prescindiendo de la subjetividad del hechor¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶.

¹⁰ Situación ya advertida por parte de la doctrina, según la cual “... los jueces del trabajo han sido excesivamente reacios a dotar de eficacia estas figuras [del art. 507 del Código del Trabajo], sorteando su aplicación por la vía de resolver situaciones que serían perfectamente utilizables, sobre la base del principio de primacía de la realidad (...) cuyo contenido se determina demasiado casuística e impredeciblemente, dando lugar a orden público laboral difuso”. PALAVECINO, Claudio. “El tipo subjetivo en la simulación y subterfugio en perjuicio de los trabajadores”. *El Mercurio Legal*, 1 de abril de 2013.

¹¹ “... en el caso en estudio ha existido un conjunto de empresas relacionadas (...) las cuales, si bien aparecen organizadas como entes jurídicamente distintos para efectos de diversificar sus giros y obligaciones son, en términos laborales, una misma unidad económica, en los términos del artículo 3° del Código del Trabajo...”. Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso n° 6457-2003.

¹² “... ha de hacerse primar el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sean (...) en la confrontación de los hechos de esta causa con las normas previstas en los artículos 3 y 4 del Código del Trabajo en examen y lo razonado, se evidencia que en el caso de autos se está en presencia de un holding. En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como una unidad económica”. Corte Suprema, ingreso n° 4005-2002.

¹³ A juicio de UGARTE, “[e]n nuestro país, cuando se ha planteado judicialmente el problema del empleador aparente, entendido como uso de una pluralidad jurídica (multiplicidad de razones sociales) que corresponde a un solo empleador y que afecta el ejercicio de derechos laborales individuales, la jurisprudencia ha actuado levantando el velo corporativo, sosteniendo sus fallos en dos ideas combinadas: la unidad económica y la aplicación del principio de primacía de la realidad. /A partir de la apreciación de una serie de indicios –patrimonio y dirección común, unidad de administración, identidad de representantes, unidad de gerencia y mando– la jurisprudencia judicial chilena ha construido un régimen de responsabilidad laboral solidaria, que tiene como fundamento la unidad económica que constituyen las diversas personas jurídicas afectas a dichos indicios, y que utiliza disimuladamente y sin aspavientos la técnica del levantamiento del velo”. UGARTE CATALDO, José Luis. “El Concepto Legal de Empresa y el Derecho laboral: Cómo salir del laberinto”. *RChDP*, Santiago, n. 20, jul. 2013. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100005&lng=es&nrm=iso>. accedido en 19 mayo 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100005>.

¹⁴ Esta discusión se ha desplegado con distintos resultados. Véase “Sindicado con AMEC y otras”, RIT O-1601-2011, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y “Silva con Sociedad Industrial”, RIT O-450-2011, del Juzgado del Trabajo de San Miguel.

¹⁵ Otra visión acerca de la futilidad de la norma actual, en UGARTE, José Luis, *op. cit.*

¹⁶ En el Oficio n° 11.337, de 17 de junio del 2014, que despacha aprobado por el Congreso Nacional el Proyecto de Ley que “Establece un nuevo concepto de empresa” al Presidente para su promulgación

Incluso, la propia Dirección del Trabajo ha echado mano al concepto de *empleador* como centro de imputación normativa, refiriendo que “[l]os trabajadores que se desempeñan en las sociedades Créditos Comerciales S.A., Normalización de Créditos del Comercio S.A. y Evaluadora de Créditos Lesel Ltda., prestan servicios efectivamente bajo subordinación y dependencia de la empresa Multitiendas Corona S.A., debiendo ser ésta considerada su empleador para los efectos laborales que corresponda”¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la indicación comentada no elimina la figura del subterfugio, sino que la reconduce, junto a la simulación, como agravante para casos en que además del resultado dañoso, ha mediado intencionalidad: así, el n° 3 del artículo 507 del Código del Trabajo propuesto, establece como mención de “la sentencia definitiva que dé lugar total o parcialmente a las acciones entabladas”, 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”. Luego, diferencia entre la acción principal, encaminada a determinar al *empleador* como centro de imputación normativa, atribución desprovista de subjetividad y por ende, de reproche –pero no de consecuencias–, y aquella emparentada con el subterfugio y/o la simulación, reservando para estos casos una sanción.

y publicación, se agregó un inciso segundo al art. 507 n° 3 CT, del siguiente tenor: “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.” (El destacado es mío). De esta manera, y de ser así promulgado y publicado el referido proyecto de ley, quedará resuelta la discusión expuesta, en el sentido que el subterfugio requiere una subjetividad específica.

¹⁷ Dirección del Trabajo, Ord. n° 1171/025, de 29 de marzo de 2007. En similar sentido, la jurisprudencia judicial ha resuelto que dos empresas responden como coempleadoras, radicando en el empleador real el centro de imputación normativo, tomando en consideración que “cualquiera sea la constitución societaria formal de ambas empresas, resulta evidente que ambas forman parte de una misma organización familiar, cuentan con los mismos medios o recursos materiales, están ordenadas bajo una misma dirección y persiguen el logro de fines comunes, lo que, desde la perspectiva del actor, significa que ambas empresas demandadas deben responder como coempleadoras de las obligaciones que se adeuden al trabajador.” (Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso n° 5898-2007).

Distinta es la reflexión en torno a la segunda de las menciones que de acuerdo al artículo 507 propuesto, debe contener la sentencia definitiva. Dice: "La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal, y 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". (El destacado es mío).

La amplitud de la facultad concedida al juez podría resultar en decisiones cuestionables, incluso desde la perspectiva constitucional. Que el empleador –que en el contexto de este proyecto constituye un mero centro de imputación normativa para efectos laborales– pueda ser *obligado* a materializar su calidad de tal implica, por de pronto, que el juez podría conminar a este nuevo ente a, por ejemplo, fusionarse y organizarse como una sola entidad legal determinada, afectando así las garantías de empresa y de propiedad consagradas en los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución, respectivamente, que articulan el libre emprendimiento con arreglo a las normas vigentes. Similar inquietud se planteó en el requerimiento de inconstitucionalidad¹⁸ en el marco de la discusión de la Ley n° 20.123, sobre subcontratación. En aquella oportunidad se impugnaba una definición de empresa en términos similares a la actualmente existente, pero que prescindía de la "individualidad legal determinada", corolario de lo cual, a juicio de los requirentes, "el intérprete administrativo y en definitiva los tribunales quedan, en los hechos, facultados para modificar, desconocer o negar la existencia de una empresa legalmente constituida", arguyendo que "[e]l legislador no puede inmiscuirse en las formas organizativas que revisten las empresas y mucho menos desconocer su existencia individual, fusionándolas de hecho con una o más entidades distintas". En definitiva, el requerimiento fue acogido por el Tribunal Constitucional, pero por razones formales, al estimar que "estamos ante disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República" (considerando noveno), tras haber constatado que del "Acta de la Sesión N° 67, de 10 de enero de 2006, de la Cámara de Diputados, y de los demás antecedentes que obran en conocimiento de esta Magistratura, la proposición que tuvo por objeto conceptualizar la definición de empresa que se encuentra contenida en el artículo 183 ter, surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República" (considerando décimo).

¹⁸ Tribunal Constitucional, rol 534-2006.

No será la única vez que el Tribunal Constitucional decline pronunciarse acerca de un asunto de constitucionalidad. En el rol n° 2107-2011¹⁹, se solicitaba a ese Tribunal declarar la inconstitucionalidad de una de las interpretaciones del artículo 2° del Código del Trabajo, a saber, aquella conforme, a la cual “las disposiciones sobre discriminación del Código del Trabajo impugnadas consagrarían un ‘modelo antidiscriminatorio de sospecha cerrado’, esto es, que el listado del artículo 2°, inciso cuarto, del Código del Trabajo sería taxativo, no admitiendo, en consecuencia, otra categoría más que las ahí descritas” (considerando quinto). El requerimiento fue rechazado porque a juicio de ese órgano, “el requerimiento de fojas uno no se deduce realmente en contra de preceptos legales cuya aplicación pudiere resultar contraria a la Constitución, sino que constituye una cuestión de determinación del sentido y alcance que deben tener dichas disposiciones legales” (considerando sexto), sin perjuicio de reconocer que “las normas que prohíben la discriminación arbitraria contenidas en el Código del Trabajo deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones constitucionales pertinentes, especialmente los artículos 19 N° 2° y 19 N° 16°, inciso tercero, de la Carta Fundamental, que contienen las directrices básicas para deducir el sentido de los preceptos legales referidos” (considerando octavo).

Si es pacífico que la acción que se pretende introducir es neutra en cuanto a su subjetividad, reposando en la idea que la estructura societaria adoptada es indiferente para efectos de esta ley en tanto y en cuanto se articula un centro de imputación normativa para hacer efectivos los derechos amagados, aun sin culpa, y sólo se sanciona en sentido estricto cuando ha mediado además intencionalidad dañosa, entonces resulta ajeno al propósito del proyecto otorgar al juez facultades tales que le permitirían incluso obligar a reestructuraciones societarias. También sería posible, con arreglo a esta disposición, forzar la suscripción de contratos de trabajo entre una sola de las empresas consideradas como empleador y cualquier número de trabajadores, vulnerando así la garantía de libertad de trabajo del artículo 19 n° 16 de la Constitución, cuya esencia ha sido definida en el sentido que “a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”²⁰.

Y es que no debe perderse de vista que la reforma propuesta tiene por objeto crear una ficción jurídica conforme a la cual “dos o más empresas serán consi-

¹⁹ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Mauricio Andrés López Ramírez respecto de las expresiones que indica, contenidas en los artículos 2°, inciso cuarto y 485, inciso segundo, ambos del Código del Trabajo, en los autos sobre procedimiento de tutela laboral, caratulados “López con Comercial Punto Rabie Limitada”, de que conoce el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, bajo el RIT T-387-2011, RUC 11-4-0033829-0.

²⁰ Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, pp. 13-17, citada en EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, tomo III, p. 11. 5.

deradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales". De esta definición se arrancan al menos dos conclusiones: primero, que dos empresas serán consideradas como un solo empleador, lo que se ve reforzado por la introducción de la solidaridad: si todas las empresas involucradas deben responder de tal forma no puede sino significar que mantienen su fisonomía, no obstante el efecto previsto en la norma; y segundo, que tal efecto sólo se extiende a lo laboral y previsional, dejando incólume la estructura societaria en los demás ámbitos, con sujeción a las normas comunes.

En definitiva, sólo una exégesis que respete estos límites inmanentes a la institución pretendida introducir permitirá decisiones judiciales ajustadas a derecho, lo que sugiere una revisión de las facultades entregadas al juez en los términos previstos en la indicación comentada, especialmente considerando que el Tribunal Constitucional, afincado en un requisito de forma, evitó referirse a la posible conculcación de las garantías involucradas en la especie; y que en otros casos en que ha sido llamado a contornear el límite de la interpretación ajustada a la Constitución de una norma, ha decidido reenviarla al terreno de la legalidad, el ámbito de la jurisdicción laboral, permitiendo, en los hechos, que esa facultad sea ejercida en su máxima extensión.