

LA SIMULACIÓN Y EL SUBTERFUGIO LABORALES

CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES*

Universidad de Chile

RESUMEN: el autor analiza, desde una perspectiva crítica, las figuras contenidas en el artículo 507 del Código del Trabajo: la simulación y el subterfugio. En base a los principios del Derecho penal administrativo, que se sirve de las categorías propias del Derecho penal, disecciona los dos ilícitos contenidos en la norma de referencia.

Palabras clave: *Simulación, subterfugio, derecho penal administrativo, derecho del trabajo, ius puniendi estatal.*

ABSTRACT: The author discusses, from a critical perspective, the figures contained in the Article 507 of the Labour Code: simulation and subterfuge. Based on the principles of administrative penal law, which uses the categories of the criminal law, he dissects both wrongs contained in the referenced norm.

Key words: *simulation, administrative penal law, labor law, state ius puniendi.*

I. INTRODUCCIÓN

Sin compartir en absoluto las teorías organicistas sobre la naturaleza de la empresa y sólo con ánimo de ilustrar sobre la plasticidad de esta conjunción de factores de producción, se puede decir que durante el curso de "su vida" la empresa experimenta numerosos cambios. Como observa José Luis Monereo "la empresa se reestructura constantemente, tanto desde el punto de vista económico-financiero como en el ámbito de su estructuración jurídica". Mirados desde el Derecho del trabajo estos cambios pueden ser "fisiológicos", "normales" o "patológicos", "anormales" o ilícitos.

En efecto, puede alterarse la estructura jurídica de la empresa, por transformaciones en el vehículo legal en que se encuadra, por ejemplo, cuando el pequeño emprendedor, que hasta ahora había operado desde su propio patrimonio, decide separar su emprendimiento y transferirlo a una persona jurídica distinta a través de una E.I.R.L.; o, más tarde, cuando la incorporación de otros capitales aconseja adoptar algún tipo contractual societario; o bien como consecuencia de procesos de división, fusión, absorción que implican transferencia total o parcial de la empresa.

La empresa puede también incardinarse en estructuras más o menos complejas de colaboración o integración con otras empresas, dando lugar al fenómeno de los grupos societarios y a las redes de empresas.

También puede alterarse los sistemas internos de organización del proceso productivo mediante la delegación o traspaso de faenas o áreas de negocio o de la gestión de la fuerza de trabajo

* Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Contacto: cpalavec@derecho.uchile.cl

1. MONEREO PÉREZ, José Luis. "Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas". En: ACKERMAN, Mario; TOSCA, Diego (comp.), *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del trabajo*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 18.

a otras empresas, fenómeno este último que se conoce como descentralización productiva o tercerización.

Cuando hablo de la "fisiología" de estos cambios quiero significar que han dejado de ser una solución coyuntural y de emergencia pasando a constituirse en fenómenos estructurales, es-
tablemente presentes en la economía contemporánea y que desde tal perspectiva los podemos considerar "normales".

Aunque desde el Derecho del trabajo se las mire con desconfianza, estas transformaciones son útiles y acaso imprescindibles para la eficiencia y competitividad de las empresas. Tampoco se puede desconocer que la decisión de adoptarlas se funda, corrientemente, en legítimas razones de especialización y de racionalidad organizativa y comercial de las empresas. Así, por ejemplo, los procesos productivos se vuelven cada vez más intrincados y complejos, lo que obliga a las empresas a redefinir el corazón del negocio y delegar al exterior la realización de las funciones subsidiarias, aunque controlando indirectamente su ejecución. Tampoco se puede desconocer como motivo relevante, a la hora de tomar la decisión descentralizadora, la sobre regulación del mercado de trabajo, la cual implica altos costos a las empresas e impone importantes exigencias de tiempo y de atención al empresario. Con todo, es necesario insistir en que la descentralización viene provocada por la búsqueda de flexibilidad, no solo del factor trabajo, sino también y sobre todo, en la de la íntegra capacidad productiva, incluido el capital y otras cargas fijas¹.

Tampoco puede negarse, si bien como excepción o anomalía, los cambios abusivos de la estructura formal de la empresa, esto es, la "patología".

Nuestra legislación laboral se hace cargo tanto de la fisiología como de la patología asociada a los cambios de la empresa. Dado que la dificultad principal que plantean estas modificaciones al Derecho laboral es que ordinariamente producen como efecto que el sujeto de imputación del crédito laboral y de la seguridad social —el empleador— se desdibuje, se disperse o incluso desaparezca y, a la par con él, el patrimonio donde el trabajador debe hacer efectivos sus créditos, la solución pasa por la identificación de dicho sujeto de imputación o por la ruptura del efecto relativo del contrato de trabajo ampliando la imputación de obligaciones a terceros, según el caso.

Así, en la transferencia parcial o total del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, la ley laboral recurre a la categoría de la cesión del contrato, determinando *ipso iure* la transferencia al cesionario de la posición contractual íntegra del empresario cedido y, por ende, la continuidad contractual entre los trabajadores del cedido y el cesionario, que pasa a ser "el nuevo empleador" para todos los efectos (artículo 4° inciso segundo del Código del Trabajo). Respecto de la tercerización, ya sea bajo la forma de la subcontratación en sentido estricto como de la cesión o suministro temporal de trabajadores, la ley erige a la empresa principal y a la usuaria respectivamente en codeudoras del empleador directo (contratista, subcontratista/E.S.T.).

En cuanto a la alteración patológica o anormal de la empresa, el artículo 507 del Código del Trabajo sanciona dos figuras: la contratación simulada de trabajadores a través de un tercero y el subterfugio en perjuicio de los trabajadores. En ambas figuras la legislación se desentiende del empleador ficticio y reconduce el haz de obligaciones hacia el empleador material. El propósito de este artículo es justamente analizar con detalle ambas figuras. Tal análisis se justifica por las siguientes razones: 1°) porque hasta ahora la doctrina laboral chilena no les ha dedicado la debida atención; 2°) porque las pocas veces en que las abordó, lo hizo desde perspectivas inadecuadas,

1. BLAT GIMENO, Francisco. "El nuevo subcontratamiento de la descentralización productiva", en: *WVAA. Descentralización productiva y protección del trabajo en empresas. Estudios en memoria de Francisco Blat Gimeno*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2000, p. 25.

privatística en un caso³ o desde el constructo español del "fraude de ley" en otro⁴; y 3°) porque las dos razones precedentes han determinado una incomprensión de la norma legal entre los operadores jurídicos y su consiguiente ineficacia.

2. PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS

Las figuras punitivas del artículo 507 del Código del Trabajo se hallan inmersas en las oscuras y procelosas aguas del Derecho administrativo sancionador o, más propiamente, del Derecho penal administrativo o contravencional. Si bien se ha hecho intentos para justificar una radical diferencia de naturaleza jurídica entre las sanciones penales y las administrativas o contravencionales⁵, cuya consecuencia se traduce en introducir una cuña entre ambos campos⁶, no logro advertir que exista diferencia ontológica entre ambos órdenes sancionatorios sino apenas diferencias puramente accidentales puesto que ambos resultan ser, al fin y al cabo, manifestación del *ius puniendi* estatal⁷. En igual sentido, Claus Roxin ha señalado que "no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones" y que "la diferencia entre hechos punibles y contravenciones es predominantemente de tipo cuantitativo, y no cualitativo"⁸. Dicho en palabras simples, se trata en ambos casos de un solo y mismo fenómeno: de un lado el ciudadano y del otro el Estado que le inflige un mal.

Desde un punto de vista utilitario, el ejercicio de la violencia estatal impone unos resguardos a favor del ciudadano que no parecen hallarse con la necesaria fortaleza en la rama del derecho cuya *ratio essendi* es el interés público, sino más bien de aquella cuyo fin es precisamente limitar la acción represiva del Estado, esto es, en el Derecho penal. La protección del ciudadano exige la aplicación de los mismos principios garantísticos del Derecho penal *stricto sensu* al Derecho administrativo sancionador. Además, me parece que se ha dado buenas razones para considerar que la sanción administrativa comparte el estatuto constitucional de las penas en nuestro ordenamiento jurídico⁹.

Y no solo la consideración del aparato de garantías, sino que también la utilización del instrumental analítico de la ciencia del Derecho penal parecen ser los recursos más idóneos para abordar el estudio de estas figuras del artículo 507 del Código del Trabajo, puesto que su conte-

3. PUHLETT JIMENEZ, Carlos. "La simulación en el ámbito laboral", en: *Revista Laboral Chilena*, n.º 2-3, febrero-marzo, Santiago, Chile, 1996, pp. 62-68; o INHURETA UGARTE, Pedro. "Aplicaciones de la doctrina del levantamiento del velo corporativo", en: *Actas de la II Jornada de Derecho de la empresa*. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 245-271.

4. Así en UGARTE CATALDO, José Luis. "La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley", en: *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, n.º 173, junio de 2003. Santiago, Chile, pp. 4-9, defendiendo la idea aberrante de que se trata de casos de responsabilidad objetiva.

5. Así, por ejemplo, RUMAN CORUEJO, Cristóbal. "El castigo en el Derecho administrativo", en: *Revista Derecho y humanidades*, n.º 16, vol. 1, Santiago, Chile, 2010, pp. 155-171.

6. Como lo denuncia ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "Bienes jurídicos protegidos y potestad sancionatoria de la administración". En: *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago, Chile: Universidad Santo Tomás, 2005, p. 68.

7. Vid. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y de suministro de personal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 48.

8. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid, España: Civitas, 1997, p. 72.

9. Vid. AGUIRRE MUELLA, Pedro. "El estatuto constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución". En: *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago, Chile: Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 51-62.

nido es claramente punitivo. Modalidad de análisis que, hasta donde sé, no se ha intentado hasta la fecha.

3. SIMULACIÓN DE CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE TERCEROS

3.1 GENERALIDADES

El inciso primero del artículo 507 del Código del Trabajo sanciona "al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros".

El precepto hace referencia al empleador, de modo que se requiere desde luego de un sujeto activo calificado. Sólo puede ser sujeto agente de este tipo "la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo", conforme a la definición del artículo 3° letra a) del Código del Trabajo. Se requiere, por tanto, demostrar la existencia material de un contrato de trabajo que no ha sido formalizado, donde el sujeto activo del ilícito ocupe la posición de empleador. Conforme al inciso primero del artículo 8° se presume legalmente la existencia de tal contrato cuando se constata una prestación de servicios personales remunerados bajo dependencia y subordinación.

El bien jurídico protegido es el crédito laboral y el crédito de la seguridad social y el objeto material es la identidad del empleador como sujeto de imputación de tales créditos que la simulación pretende ocultar. En tal sentido, la Dirección del Trabajo ha señalado que:

"la conducta sancionada [...] es la elusión o encubrimiento de la calidad de empleador a través de un tercero [...] lo que frustra la finalidad perseguida por el artículo 3 del mismo Código, y en algún sentido por toda su normativa, la de que asuma las obligaciones laborales y previsionales aquel sujeto de derecho, que en los hechos, utiliza y se beneficia de los servicios prestados bajo dependencia y subordinación".

Es un tipo de mera actividad puesto que no se exige una consecuencia más allá de la acción de simular. Es también un tipo de peligro abstracto puesto que no se requiere la comprobación un perjuicio real ni un peligro en tal sentido respecto de los trabajadores. Como explica Roxin, los tipos:

"de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro [...]. Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo".

En palabras simples, se sanciona la simulación por la simulación.

3.2 TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo lo constituye la acción de "simular la contratación" de trabajadores "a través de tercero". Contrato simulado es aquel que es mendaz en cuanto a la manifestación de voluntad

que contiene. "En él se aparenta realizar un acto que no se ha pensado realmente llevar a cabo, o que simplemente encubre otra operación efectivamente realizada de índole diversa"¹². El contrato simulado no es, evidentemente, el contrato de trabajo material existente entre el sujeto activo y sus trabajadores, puesto que este es justamente el contrato que aquel quiere encubrir, es el contrato "disimulado"; pero tampoco lo es para los efectos de este ilícito el contrato de trabajo ficticio suscrito entre tales trabajadores y el tercero, empleador aparente o testafierro, puesto que dicho contrato no es otorgado por el sujeto activo. El contrato simulado es el aquel celebrado entre el sujeto agente y el tercero, en virtud del cual este pone a disposición de aquel a los trabajadores.

El tipo objetivo se configura, por tanto, mediante lo que Irene Rojas denomina "la pseudo subcontratación laboral" que oculta la mera intermediación de mano de obra: "Formalmente hay una contratación entre empresa principal y contratista y esta convención plantea supuestamente el encargo de una obra o servicio, pero la contratación real plantea la cesión de trabajadores, los que pasan a depender de la empresa principal, manteniendo la empresa contratista la apariencia de empleador"¹³. O como dicen otros autores: "En pocas palabras, vestir el suministro de trabajadores con el ropaje de la subcontratación"¹⁴.

Es preciso recordar que cuando un contrato o subcontrato de obra o servicio es real, las facultades tradicionalmente asociadas a la condición de empleador (organización, dirección y disciplina) están en manos del empresario contratista, aunque la obra o el servicio se realicen en el sitio o recinto del empresario principal. En el contrato o subcontrato por obra o servicio falso o simulado, en cambio, los trabajadores quedan subordinados a la empresa principal, la cual los organiza, dirige y controla, en tanto que el contratista se dedica exclusivamente a la administración y gestión del personal, asumiendo las obligaciones laborales y de seguridad social respecto de estos. Para determinar si el contrato o subcontrato de obra o de servicio es real o simulado, lo importante no es la existencia de dos empresas reales, sino el objeto de dicho contrato o subcontrato, pues puede haber cesión de trabajadores entre verdaderas empresas, cuando aquella que organiza, dirige y controla a los trabajadores no es la que figura formalmente como empleadora de estos.

3.3 TIPO SUBJETIVO

Se ha discutido la existencia del tipo subjetivo en la figura de la simulación. Según la Dirección del Trabajo la ley N° 19.759, lleva a cabo una modificación del artículo 478 [actual 507] del Código del Trabajo, eliminando del inciso primero la expresión "dolosamente", quedando como tipo descriptor de la conducta sancionada la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros a secas, cuestión que lleva a la inequívoca conclusión de que la configuración del fraude señalado en el citado inciso, no requiere ninguna intencionalidad destinada a engañar o perjudicar a terceros, incluyendo al trabajador, sólo el resultado de encubrimiento del verdadero vínculo laboral, lo que resulta absolutamente coherente con el mayor grado de gravedad que el legislador ha atribuido a las situaciones de fraude laboral. Concluye tal órgano que "se trata de una conducta objetivamente disvaliosa y que merece el reproche jurídico por encubrir a las partes el verdadero vínculo laboral, más allá de la presencia o no de una determinada intencionalidad

¹² GABRIEL MONTE, Mario, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo IV -4ª edición-, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 307.

¹³ ROJAS MINO, Irene, *Subcontratación laboral, suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*, Santiago, Chile: Abeledo Perrot Thomson Reuters, 2011, p. 136.

¹⁴ LEZAMA POUCEL, Luis; UGARTE CATALDO, José Luis, *Subcontratación y suministro de trabajadores*, Santiago, Chile: LexisNexis, 2007, p. 115.

¹⁵ ORD N° 922/25 de 11 de marzo de 2003.

¹⁶ ROXIN, Claus, *op. cit.* (n. 8), p. 407.

de perjudicar a otro sujeto o de obtener un resultado prohibido¹⁵. En igual sentido se pronuncia Irene Rojas, quien opina que tras la referida reforma "se quita la exigencia del obrar doloso"¹⁶.

Esta interpretación resulta inadmisibles ya que el principio de culpabilidad tiene también aplicación en el Derecho penal administrativo. En efecto, en un trabajo reciente, Eduardo Cordero ha recordado que "no cabe dudas que ya sea por su eventual reconocimiento constitucional o por la proyección de los principios del orden penal como derecho común del poder punitivo estatal, la culpabilidad constituye uno de los principios del Derecho administrativo sancionador"¹⁷.

El tipo subjetivo exige, pues, dolo, pero no se trata del dolo civil, como erradamente ha sostenido la Dirección del Trabajo, esto es, de una "intencionalidad destinada a engañar o perjudicar a terceros"¹⁸ sino, del dolo penal, del conocimiento por el sujeto activo de que celebra un contrato simulado o ficticio y de su voluntad de llevar a cabo tal negocio.

3.4. SANCIÓN

En cuanto a la sanción, la ley se desentiende por completo del empleador ficticio y radica toda la responsabilidad en el empleador real. En efecto, el artículo 507 inciso primero dispone que "el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondan respecto de los trabajadores objeto de la simulación". Además se le impondrá una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales.

4. EL SUBTERFUGIO

4.1 GENERALIDADES

El 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".

El sujeto activo es nuevamente el empleador y los bienes jurídicos protegidos son también el crédito laboral y el crédito de la seguridad social y el objeto material, la identidad del empleador como sujeto de imputación de tales créditos añadiéndose en esta figura la identidad e integridad del patrimonio del empleador donde el trabajador ha de hacer efectivos esos créditos.

A diferencia de la simulación el subterfugio es un ilícito de resultado puesto que el tipo objetivo exige una consecuencia más allá de la acción y, además, es un tipo de lesión ya que se requiere la afectación del bien jurídico protegido.

4.2 TIPO OBJETIVO

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

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

4.2.1 Medios de comisión

El subterfugio es propiamente el medio de comisión del ilícito. De acuerdo al Diccionario de la R.A.E. subterfugio significa "efugio, escapatória, excusa artificiosa". A su vez esa misma fuente define "efugio" como "evasión, salida, recurso para sortear una dificultad". Por su parte, el inciso tercero del artículo 507 del Código del Trabajo explica que "quedan comprendidos dentro el concepto de subterfugio [...] cualquier alteración realizada a través de 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...".

La división ha sido definida por Alberto Lyon como:

"Un acto por el cual se escinden una o más cuentas del patrimonio de una persona jurídica, se distribuyen las cuentas resultantes de la misma entre ella y una o más sociedades que necesariamente deben surgir de dicho acto y se adjudican a estas últimas bienes y eventualmente obligaciones de la primera..."¹⁹.

Es importante advertir que la enuncianción que hace esta norma de los medios comisivos no es taxativa ("cualquier alteración", "u otras que signifiquen...") por tanto queda comprendida cualquier acción de ocultamiento, disfraz o alteración de la individualización del empleador o de su patrimonio idónea para causar perjuicio a los trabajadores.

4.2.2 Resultado típico

Para que se consuma el ilícito, como consecuencia de la ocultación, disfraz o alteración debe haberse generado necesariamente una elusión de obligaciones legales o convencionales o, mirado desde la perspectiva del trabajador²⁰, debe efectivamente causarse una disminución o pér-

¹⁹ LYON PUELMA, Alberto. *Personas jurídicas* - 4ª edición-. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 218.

²⁰ En tal sentido me parece errada y artificiosa la distinción que quiso ver en la figura legal del subterfugio la línea. Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia dictada con fecha 21 de agosto de 2011, en los autos Rol Nº 99-2011, al diferenciar entre "el subterfugio cuyo resultado es la elusión en el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales (inciso segundo) y [...] el subterfugio que significa una "disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos". Resulta evidente que frente a

¹⁵ ORD Nº 922/25 de 11 de marzo de 2003.

¹⁶ ROJAS MUÑO, Irene, op. cit. (n. 13), p. 130 y pp. 131-138. La misma autora habla ya expresado idéntica opinión en su *Manual de Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: LexisNexis, 2004, p. 77. En el mismo sentido, aunque criticando el giro del legislador, HUMERES NOXOSA, Hector. *Reforma Laboral Ley Nº 19.739*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 66 y 67. Reitera la misma opinión en su *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Tomo I - 18ª edición-. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 464-465.

¹⁷ CONDESO, Eduardo. "Sanciones administrativas y culpabilidad", en: *El Mercurio Legal*, miércoles, 6 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Noticias/Opinion/2013/03/06/Sanciones-administrativas-y-culpabilidad.aspx>

¹⁸ ORD Nº 922/25 de 11 de marzo de 2003.

dada de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente". Por tanto debe probarse el nexo causal entre la acción de ocultamiento, disfraz o alteración y el perjuicio irrogado al trabajador.

4.3 TIPO SUBJETIVO

En cuanto al tipo subjetivo, al igual de lo que sucede con la figura de la simulación, se ha discutido su existencia. La ley 19.759 reemplazó el vocablo "objeto" por el de "resultado" en la configuración del tipo objetivo. A partir de este cambio Héctor Humeres sugirió, en un templatario a la reforma, que "ya no sería necesario acreditar intencionalidad por parte de la empresa, bastaría tan solo el resultado dañoso para que estuviésemos ante la figura sancionada por el legislador"²¹. En el mismo sentido, Gabriela Lanata afirma que respecto del subterfugio, "la acción se califica por el resultado y no por la intención"²² y también Pedro Irueta, quien señala que el legislador sanciona el uso de razones sociales artificiales, la irrupción de identidades legales distintas, así como la división fraudulenta de la empresa [y que] en todos estos casos, la norma sanciona el resultado más que la intención del agente provocador"²³. Sin embargo, luego de analizar la historia de la ley el profesor Humeres concluyó que no había claridad al respecto y había que esperar los fallos de los tribunales en una materia como esta²⁴. Pues bien, la Excm. Corte Suprema señaló clara y perentoriamente que "no puede excluirse la intencionalidad o el dolo" de la figura del subterfugio²⁵.

Con todo, en algunos fallos, los jueces han extremado el rigor del tipo subjetivo exigiendo una suerte de dolo directo de primer grado en el agente. Hay dolo de esta clase "cuando la intención del sujeto, aquello que pretendía, coincide con el resultado de la acción realizada"²⁶. Así, en un caso, se rechazó la acción porque "no se advierte la ocurrencia de hechos que constituyan el subterfugio laboral alegado, ni intencionalidad con el fin de lesionar derechos de la trabajadora por parte de la demandada"²⁷. Tal comprensión del tipo subjetivo es errónea. El legislador exige esta clase de dolo cuando emplea términos como "maliciosamente", "a sabiendas", "de propósito", o semejantes²⁸. La ausencia de estas expresiones indica que el tipo no pide dolo directo sino que también puede configurarse con dolo de consecuencias seguras o de segundo grado e incluso con dolo eventual. "Lo que caracteriza el dolo indirecto es que el sujeto se representa el efecto típico no deseado como inevitablemente aparejado a la consecución del fin que persigue, como un plus inseparable de este"²⁹. En el dolo eventual, en cambio, no hay certidumbre de que el resultado típico

cada obligación eludida por el empleador habrá siempre un derecho correlativo del trabajador que se menoscaba. Esta sentencia fue publicada en *Gaceta Jurídica*, Nº 374, 2011, pp. 65-77, con comentario de Francisco Tapia Guerrero.

²¹ HUMERES NOGUEIRA, Héctor. *op. cit.* (n. 16), p. 68.

²² LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *Construcción intencional del trabajo*. 3ª edición. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009, p. 203.

²³ IRUETA URIARTE, Pedro. *op. cit.* (n. 3), p. 270.

²⁴ HUMERES NOGUEIRA, Héctor. *op. cit.* (n. 16), p. 70.

²⁵ Corte Suprema, rol 9378-10. Ver también rol Nº 8482-2010.

²⁶ GABRILLO MONTT, Mario. *Nociones fundamentales de teoría del dolo*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 78.

²⁷ Corte de Apelaciones de Iquique, Rol Nº 63-2009. Vid. también, RIT: O-1332-2012 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

²⁸ GABRILLO MONTT, Mario. *Nociones...* (p. 26), p. 79.

²⁹ *Ibid.* p. 79.

se concretará al realizar la acción, sino que el agente se lo representa como mera posibilidad y, no obstante, la lleva a cabo sin adoptar medidas para evitarlo³⁰. Por tanto basta con que el empleador o sus agentes se representen el resultado como probable, y aún así continúen con su acción, aun- que busquen una finalidad distinta e incluso legítima.

Esta lectura me parece que es la más razonable ya que hace recaer sobre la empresa y no sobre el trabajador la responsabilidad por los daños colaterales que pudiera causar una operación decidida por el empleador, la cual este lleva adelante a pesar del perjuicio que pudiera ocasionar a sus trabajadores, aunque exista una razón de negocio que la justifique desde el punto de vista económico. Como ha observado la Excm. Corte Suprema "a la luz del tenor de la norma en estudio, resulta evidente que su objeto es desincentivar la realización de actividades o actos jurídicos que impliquen afectación de derechos laborales por parte de los empleadores, asociando precisas y determinadas sanciones a las formas comisivas que el precepto en estudio se encarga de describir"³¹. Con todo, la figura no se opone a que el empleador persista en su actuación, pues, como destaca con agudeza Gabriela Lanata "no se ha establecido acción especial con el fin de desahacer los negocios que haya realizado el empleador"³². No obstante lo cual los trabajadores podrán siempre demandar a este todas las prestaciones laborales eludidas. Se establece, pues, la inoponibilidad o ineficacia parcial³³ de tales negocios respecto de los trabajadores. De este modo pienso que el legislador ha articulado correctamente la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores.

En una causa seguida ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo (aunque no se discute sobre la figura en comentario) el juez razona correctamente sobre quién debe asumir el daño colateral de operaciones en principio legítimas, pero que devienen ilícitas desde el punto de vista laboral por el perjuicio que causan a los trabajadores: "si bien desde un prisma financiero y/o contable no es posible hacer objeción respecto del aumento de provisiones, desde la perspectiva laboral es absolutamente procedente, desde que la consecuencia de ello es que los trabajadores pierdan un beneficio que percibieron durante años [...] el que es fruto de un acuerdo con la parte empresarial [...] Es de toda lógica que las partes contratantes tuvieron en vista ciertos cálculos contables y la proyección que de estos efectuaba el empleador. Entonces, queda de manifiesto que el aumento de las provisiones constituye una alteración no prevista por las partes respecto de la base de cálculo de la asignación de estímulo, por lo que [...] ha procedido a modificar unilateralmente la ley del contrato"³⁴.

4.4 SANCIÓN

Al igual que con la simulación, la ley se desentiende por completo del empleador ficticio y radica toda la responsabilidad en el empleador material. En efecto, el artículo 507 inciso cuarto dispone que "El empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores". Además será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a

³⁰ GABRILLO MONTT, Mario. *Nociones...* (n. 26), p. 80.

³¹ Corte Suprema Rol Nº 5.879-2010.

³² LANATA FUENZALIDA, Gabriela. *op. cit.* (n. 22), p. 203.

³³ "Un acto jurídico válido no es vinculante para los terceros, ni menos quedan sujetos a la reglamentación privada que emane de un negocio jurídico entre las partes. No obstante, dichos terceros debe aceptar que el acto existe y que produce efectos jurídicos entre las partes. Pero, en virtud de la inoponibilidad, ni siquiera se produce este efecto". BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho civil chileno. Del acto jurídico*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 149.

³⁴ RIT O-1578-2010.

150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción.

5. REFLEXIÓN FINAL

Los jueces del trabajo han sido excesivamente reacios a dotar de eficacia a estas figuras, sorteando su aplicación por la vía de resolver situaciones en que serían perfectamente utilizables, sobre la base del principio de primacía de la realidad. Esto ha dado lugar al mito de la inaplicabilidad del artículo 507 que alimenta a su vez otro mito o consigna típicamente laboralista: la necesidad reformar el concepto de empresa. Pienso que una correcta comprensión de estos ilícitos podría evitar semejantes dislates y contribuir a cambiar aquella reticencia para favorecer la eficacia de la legalidad por sobre los principios, cláusulas amplias cuyo contenido se determina demasiado casuística e impredeciblemente, dando lugar a un orden público laboral difuso e impredecible.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREA MELLA, Pedro. "El estatuto constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución". En: *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago, Chile: Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 51-62.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. "Bienes jurídicos protegidos y potestad sancionatoria de la administración". En: *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*. Santiago, Chile: Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 63-71.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho civil chileno. Del acto jurídico*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BLAT GIMENO, Francisco. "El marco socioeconómico de la descentralización productiva". En: *VVAA. Descentralización productiva y protección del trabajo en contras. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2000.
- CORDERO, Eduardo. "Sanciones administrativas y culpabilidad", en: *El Mercurio legal*, miércoles 6 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.elmercurio.com/News/Opinion/2013/03/06/Sanciones-administrativas-y-culpabilidad.aspx>
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV - 4ª edición-. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Naciones fundamentales de teoría del delito*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- HUMERES NOGUER, Héctor. *Reforma Laboral Ley N° 19.759*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- HUMERES NOGUER, Héctor. *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I - 18ª edición-*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- IRURETA URIARTE, Pedro. "Aplicaciones de la doctrina del levantamiento del velo corporativo". En: *Actas de las II Jornadas de Derecho de la empresa*. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 245-271.
- LANATA FUENZALDA, Gabriela. *Contrato individual del trabajo - 3ª edición-*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.
- LIZAMA PORTAL, Luis; UGARTE CATALDO, José Luis. *Subcontratación y suministro de trabajadores*. Santiago, Chile: LexisNexis, 2007.
- LYON PUELMA, Alberto. *Personas jurídicas - 4ª edición-*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.

MONEREO PÉREZ, José Luis. "Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas". En: Ackerman, Mario; Tosca, Diego (comp.). *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del trabajo*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 11-264.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio. *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y de suministro de personal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos. "La simulación en el ámbito laboral", en: *Revista Laboral Chilena*, nº 2-3, febrero-marzo, Santiago, Chile, 1996, pp. 62-68.

ROJAS MIRÓ, Irene. *Manual de Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: LexisNexis, 2004.

ROJAS MIRÓ, Irene. *Subcontratación laboral, suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011.

ROMÁN, Cristian. "El castigo en el Derecho administrativo", en: *Revista Derecho y Humanidades*, nº 16, vol. 1, Santiago, Chile, 2010, pp. 155-171.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid, España: Civitas, 1997.

TARRA GUERRERO, Francisco. "Comentario fallo 99-2011 de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago". En: *Gaceta Jurídica* Nº 374, pp. 65-77.

UGARTE CATALDO, José Luis. "La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley", en: *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, nº 173, junio de 2003, Santiago, Chile, pp. 4-9.