

Los grupos de empresa en Chile: tensiones y problemas*

Sergio Gamonal Contreras.

Profesor Derecho del Trabajo
Universidad Adolfo Ibáñez

1. Introducción.

En este trabajo pretendemos referirnos a algunos puntos de tensión de la problemática de los denominados grupos de empresa y la forma en que la práctica judicial chilena ha abordado este fenómeno en el derecho laboral.

El derecho del trabajo se ha configurado tradicionalmente en base al paradigma de la fábrica en cadena de montaje, con un sistema de coordinación del trabajo de tipo taylorista/fordista. Sin embargo, hacia fines del siglo XX surgen los "grupos de empresas" vinculados con las transformaciones de la organización productiva de las empresas en la sociedad del conocimiento.

Nos encontramos con empresas de estructura compleja, funcionales a la organización flexible de la actividad económica, caracterizadas por la alteridad de los sujetos jurídicos que las componen y por la relevancia de las relaciones contractuales que las vinculan a una verdadera "realidad de grupo" de incierta y variable definición¹.

Muchas veces las relaciones entre empresas más que estar orientadas por conflictos de competencia

*Este artículo se basa en forma importante en la exposición efectuada en el Seminario "Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo", organizado por la Universidad de Talca el 8 de marzo de 2005. Se agradecen las observaciones de Caterina Guidi Moggia a la versión final de este trabajo.

¹ De Simone, Gisella, "La «Forma Gruppo» nel diritto del lavoro", en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, N° 49, año XIII, 1991, 1, p. 72.

obedecen a relaciones de autoridad-subordinación y, en los hechos, la producción y colocación de un bien en el mercado ya no coincide más con la idea tradicional de una sola empresa sino con una pluralidad de empresas relacionadas en red².

Por tanto, en cierta forma ha operado un proceso análogo al realizado con la revolución fordista de la producción respecto del trabajador por oficios: la planeación del proceso productivo se separa de su realización material y los lugares donde ésta se desarrolla no coinciden con aquéllos en los que se adoptan las decisiones estratégicas en orden al qué y cómo producir³. Es así como se asiste al paso de la "flexibilidad del trabajo" a la "flexibilidad de la empresa" incluyendo su organización jurídica, lo que obviamente incide en la utilización de la mano de obra⁴.

En nuestro ordenamiento laboral no ha existido acuerdo en cuanto a su encuadre jurídico, no obstante el reconocimiento dado a los "holdings" en la jurisprudencia judicial. Además, este reconocimiento sólo se ha limitado al ámbito del derecho individual, ya que, en el colectivo, los grupos de empresa se conforman como una posibilidad de "elusión" de garantías constitucionales como la libertad sindical.

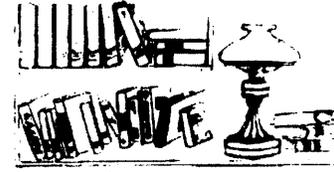
Por otra parte, el papel de alguna jurisprudencia judicial sobre la acción de protección impone una camisa de fuerza al derecho colectivo nacional.

Durante la discusión del proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios (Boletín N° 2.943-13), se esta-

² Garofalo, Mano Giovanni, "Un profilo ideologico del diritto del lavoro", en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, N° 81, año XXI, 1999, 1, p. 21.

³ *Ibidem*.

⁴ De Simone, *op. cit.*, p. 95.



tuía una definición de empresa parecida a la del actual artículo 3º, inciso penúltimo, del Código del Trabajo, con la excepción de que agregaba una referencia al empleador y suprimía la frase “dotada de una individualidad legal determinada”, reforzando, con esta última enmienda, la prohibición del artículo 478 inciso segundo del Código del Trabajo de utilizar en forma “desviada” las individualidades jurídicas o los diversos roles únicos tributarios o “ruts”, en la jerga de recursos humanos, para eludir obligaciones laborales⁵. Con todo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional esta enmienda por razones de forma⁶, ya que sería materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y el mencionado precepto fue sugerido por parlamentarios sin el patrocinio del Gobierno.

Para efectos de este breve ensayo, hemos seleccionado algunos puntos críticos en esta materia, a saber, el formalismo jurídico y la ineficacia del derecho; el principio de primacía de la realidad y fraude a la ley; el ámbito de la negociación colectiva, y el uso desviado de la acción de protección.

2. Formalismo jurídico e ineficacia del derecho: el caso de la noción de empresa.

El artículo 3º inciso penúltimo del Código del Trabajo, define la empresa de la siguiente forma: *“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.”*

Lamentablemente, dado el excesivo formalismo jurídico existente en nuestra cultura jurídica, una parte importante de la jurisprudencia judicial y administrativa se inclinó originalmente por entender que la frase *“individualidad legal determinada”* aludía a una única individualidad jurídica de la empresa.

⁵Desde una perspectiva dogmática hubiéramos preferido que la supresión se realizara en el mismo art. 3º del Código del Trabajo.

⁶Sentencia Rol N° 534 de 21 de agosto de 2006.

Sobre el particular, la doctrina laboral precisó lo limitado de esta concepción, señalando que la individualidad legal pareciera vincularse más con el reconocimiento del conjunto de elementos que concurren a ella antes que a una cuestión de forma y, por lo tanto, cuando encontremos recursos organizados para ciertos fines y ordenados por una dirección, siendo identificables como una unidad, estaremos ante una empresa laboral⁷.

Otra opinión destacó que no existe prioridad alguna entre los elementos que comprenden la definición de empresa de nuestro Código, o sea, no es empresa para efectos laborales una organización económica material que carece de individualidad legal determinada, así como tampoco lo es una individualidad legal determinada que carece del sustento organizacional que exige la ley⁸.

En esta misma línea, desde hace varios años que la jurisprudencia judicial ha superado una interpretación formalista en la materia.

No obstante, cabe observar que la interpretación formalista del derecho es común en nuestro país y afecta la interpretación de todas las áreas del mismo. Aunque el formalismo jurídico es tributario de la seguridad jurídica, finalidad muy importante del derecho, muchas veces una posición meramente formalista puede implicar cierta impasibilidad en la administración de justicia, dejando en la indefensión a los trabajadores.

Es por ello que estimamos que los principios del derecho del trabajo son de la mayor importancia. Cabe preguntarse ¿qué deberemos entender por principios del derecho del trabajo? Es dable señalar que la voz principios tiene un carácter polisémico⁹, donde

⁷Tapia, Francisco, “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el derecho chileno del trabajo”, en *Estudios en Homenaje al profesor William Thayer A.*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, p. 227.

⁸Ugarte Cataldo, José Luis, “El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces”, *Revista Laboral Chilena*, N° 98, Julio de 2001. p. 65.

⁹Vid. Guastini, R: *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 142 y ss. y Atienza, M. y Manero, J: “Tres enfoques de los principios jurídicos”, en *Revista de Ciencias Sociales, Estudios en Homenaje a Ronald Dworkin*, 1993, pp. 329 y ss.

la teoría del derecho diferencia muchas acepciones distintas.

Cuando se habla de principios del derecho laboral, se trata de los principios generales de un sector de la disciplina jurídica¹⁰, aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular o un sector de una disciplina jurídica, en este caso, el derecho del trabajo. Por ejemplo, Guastini cita el principio de autonomía privada del derecho civil, el del debido procedimiento en el derecho administrativo y el del "favor rei" en el derecho penal.

En nuestra opinión los principios en el derecho del trabajo son el de protección, el de irrenunciabilidad, el de continuidad y el de primacía de la realidad, jugando este último un rol trascendental en el momento de determinar si un grupo de empresas constituye una sola unidad para efectos laborales.

En consecuencia, no sólo en la materia que nos convoca sino en la labor general del intérprete laboral, deben primar los referidos principios más que un formalismo excesivo, aparentemente neutro pero que, en definitiva, desconoce las penalidades de los trabajadores.

Por otra parte, desde una perspectiva comparada, es dable señalar que en materia de grupos de empresas el derecho laboral ha "flexibilizado la noción de empresa", ya sea por medio de técnicas propias del derecho laboral a través de la despersionalización del empleador y del principio de primacía de la realidad que valoran elementos como el poder de dirección, la existencia de una comunidad de trabajadores y la identidad o complementariedad de las actividades efectuadas en distintos lugares¹¹.

Pero también se han utilizado técnicas del derecho comercial, basándose en el concepto de control, de junta de accionistas y de construcción unitaria. En fin, se trata de la superación de la personalidad jurídica para efectos laborales¹².

¹⁰Cfr. Guastini. *op. cit.*, pp. 152 y 153.

¹¹De Luca Tamajo, Rafaela y Perulli, Adalberto, *Informe General Tema II: Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva*, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 5-8 de septiembre de 2006, París.

¹²Ibidem.

Como podemos apreciar, nuestro derecho legislado está lejos de las tendencias contemporáneas del derecho laboral en materia de noción de empresa, consagrando, en su artículo 3° del Código del Trabajo, una noción rígida que no se condice con la realidad del aparato productivo. Con todo, esta rigidez es moderada gracias a la figura del subterfugio del artículo 478.

3. Principio de primacía de la realidad y fraude a la ley.

El principio de primacía de la realidad ha sido muy importante al momento de evitar infracciones al orden público laboral.

Acerca de la aplicación de este principio haremos dos observaciones. La primera, conceptual. La segunda, acerca de los peligros de confundir este principio con institutos civiles como el fraude a la ley.

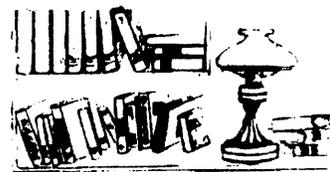
En efecto, este principio se aplica en base a dos elementos:

- a) Que exista una discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, y**
- b) Que la situación de que dan cuenta los hechos sea más favorable al trabajador que la emanada de los documentos.**

La doctrina ha sostenido que deben concurrir estos dos elementos para que el intérprete pueda dar preferencia a los hechos¹³. Por el contrario, observamos que nuestra jurisprudencia judicial aplica parcialmente este principio¹⁴, en el sentido de que bastaría sólo el primer elemento, lo cual pudiera llevar a pensar que "cualquier discrepancia" entre los hechos y el derecho conlleva la validez de los primeros por sobre los segundos.

¹³Cfr. Plá. Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 3ª edición actualizada, 1998, pp. 338 y 339; Rodríguez Manzini, Jorge, *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires: Astrea, 4ª edición actualizada, 2000, pp. 56 y 61, Sússekind, A., Maranhão, D., Vianna, S., y Teixeira, L., *Instituições de Direito do Trabalho*, Sao Paulo: LTr, vol. 1, 1997, p. 134.

¹⁴Vid. Gamonal Contreras, Sergio, Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2003, Corte Suprema. Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1: 2004. p. 755.



Al respecto, Américo Plá precisa que: "si excepcionalmente el documento indica un nivel de protección superior al que corresponde en la práctica, el trabajador tiene derecho de exigir el cumplimiento del contrato. En este caso no se trata de un desajuste entre la ficción de un documento y el dato de la realidad, sino del desacuerdo entre el compromiso contraído y el modo como se ha cumplido (mejor, que no se ha cumplido) ese compromiso"¹⁵. En consecuencia, "este principio no puede servir para justificar, disculpar u homologar el incumplimiento del derecho, invocando la efectividad de la infracción"¹⁶.

En segundo lugar, se suele señalar que normas que consagran este principio, como el artículo 8° y el 478 del Código del Trabajo, se refieren al *fraude a la ley*¹⁷. Sin embargo, puede presentarse un problema en la aplicación de estas normas si tenemos presente que, en el fraude a la ley, la doctrina civil discute acerca de

la necesidad de probar la intención¹⁸, lo que representaría en materia laboral un obstáculo prácticamente insalvable.

Por el contrario, el principio de primacía de la realidad es objetivo en su aplicación, respetando los dos elementos descritos, ya que se basa en la potestad de mando del empleador, dentro de la organización que organiza, dirige y administra, y donde se "inserta" el trabajador, lo que conlleva que la "realidad del contrato de trabajo" jamás se produzca a "espaldas del empleador", ya que la ley le otorga poderes jerárquicos al interior de su empresa¹⁹. Por ello la aplicación de este principio es objetiva y no requiere probar la intención del empleador.

Que en el fraude a la ley se exija intencionalidad es lógico, ya que es aplicable a relaciones civiles, de suyo más horizontales. En el derecho del trabajo, a diferencia de lo anterior, las relaciones son verticales o cuando más, diagonales, lo que sitúa en una gran desventaja al trabajador.

Por lo tanto, el derecho laboral hace años ha estructurado una solución simple, protectora y propia, como es el principio de primacía de la realidad, de aplicación objetiva, sin necesidad de entrar a una "prueba diabólica" como puede ser la intencionalidad.

¹⁵Plá, *op. cit.*, p. 338.

¹⁶Plá, *op. cit.*, p. 339.

¹⁷El *fraude a la ley* es uno de los tantos actos contrarios a la ley. De hecho una norma imperativa o prohibitiva puede infringirse por una acción directa (franco incumplimiento o infracción abierta) caso en el cual el acto podrá ser inexistente, o nulo, o podrá ser sancionado el infractor, etc. Pero también una norma imperativa o prohibitiva puede transgredirse en forma hipócrita o encubierta, con malicia y engaño, buscando el apoyo de otra u otras normas con el objetivo de evadir mañosamente el cumplimiento de la primera que, por lo mismo, es denominada *ley defraudada*, constituyendo la norma de apoyo y de apariencia que se usa para la evasión una *ley de cobertura*. En este último caso estamos ante el *fraude a la ley*. Además, el *fraude a la ley* no es lo mismo que el *ejercicio abusivo de los derechos*, caso en este último donde se ejercita con desviación o exceso un derecho del cual se es titular. Cfr. Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 365 y 174.

¹⁸Fueyo Laneri, *op. cit.*, p. 366.

Sobre las teorías subjetivas y objetivas en materia de intencionalidad en el fraude a la ley, vid. Fuentes Guíñez, Rodrigo, *El Fraude a la Ley*, Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 1998, pp. 50 y ss. Para una defensa de la tesis objetiva (más amplia y para algunos comprensiva de la subjetiva), cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 76 a 79.

En un caso similar, como es el de la simulación por interpósita persona, la Corte Suprema de nuestro país ha establecido que, es necesario *que haya existido la intención* de que la persona que participa en los dos contratos sea un mero intermediario, que presta en forma premeditada su nombre para concluir la relación jurídica prohibida por ley. Cfr. López Santa María, Jorge, *Los Contratos*, tomo II, Segunda edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 382.

¹⁹El Código del Trabajo le otorga al empleador potestades de mando, de reglamentación y disciplinarias. En este último caso, incluso el empleador puede multar al trabajador.

Aunque el derecho civil haya evolucionado y se preocupe del contratante débil sus soluciones siguen respondiendo a la lógica del derecho privado y, en nuestra opinión, no son exportables al derecho laboral.

Por esta razón es que disentimos de la teoría que postula un "fraude a la ley laboral"²⁰, noción no aceptada por nuestra jurisprudencia ya que, de serlo, se corre el riesgo de que una interpretación civilista exija la prueba de la intencionalidad del empleador.

Similares comentarios pueden hacerse sobre la doctrina del levantamiento de velo²¹, aún no consolidada en nuestra jurisprudencia²², a diferencia del señalado principio laboral, que es citado hace muchos años en nuestro medio judicial.

Opinamos que no es conveniente reemplazar las instituciones laborales por medio de soluciones del derecho civil.

4. Ámbito de la negociación colectiva.

Los grupos de empresas ponen en evidencia las graves deficiencias de nuestro derecho colectivo del trabajo.

²⁰ Ugarte Cataldo, José Luis, *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial Universitaria, 2004, pp. 107 y 108. Si bien este autor adhiere a la tesis objetiva del fraude a la ley (bastaría el resultado defraudatorio sin necesidad de dolo), se trata de una tendencia no consolidada en el derecho privado. Vid. Ugarte, *op. cit.*, p. 106.

²¹ Se trata de prescindir de la personalidad jurídica o de alguna de sus consecuencias cuando ésta sea utilizada en forma fraudulenta. Esta doctrina se aplica cuando un grupo de personas y bienes se han "revestido" de una personalidad jurídica. También puede consistir en desatender sólo algunos de los efectos de la referida personalidad jurídica. Lo anterior, cuando se concluya que la personalidad jurídica se ha constituido con *ánimo de defraudar* la legislación o intereses de terceros, o cuando la utilización de la referida cobertura formal conlleve similares efectos defraudatorios. Cfr. Aguad Deik, Alejandra, "Sobre el abuso de la personalidad jurídica", en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 308 y ss.

²² López Díaz, Patricia, *La doctrina del levantamiento de velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, pp. 418 y ss.

En efecto, se trata de un sistema de negociación colectiva centrado en la empresa, que desconoce la existencia de los intereses colectivos y de la negociación colectiva en sí como instrumento de flexibilidad²³.

Nuestro ordenamiento restringe en forma importante el ámbito de negociación y es suficiente que el empleador encuentre la forma de dividir su empresa, a lo menos formalmente, para que todo el ejercicio de la libertad sindical quede sujeto a su mera voluntad.

Por ejemplo, la jurisprudencia administrativa ha opinado que cuando se divide una empresa las organizaciones sindicales mantienen su existencia, con excepción de los trabajadores que pasen a la nueva empresa²⁴. O sea, según este criterio la potestad organizativa del empleador determina en definitiva el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad sindical.

Para suplir estos problemas la ley N° 19.759 perfeccionó el artículo 478 del Código del Trabajo, respecto del subterfugio para ocultar, disfrazar o alterar la individualización o patrimonio del empleador, y que tenga por objetivo eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales o previsionales.

Se estableció que quedan comprendidos dentro de la noción de subterfugio 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.

Con todo, esta normativa de protección para aplicarse queda expresamente sujeta a las vicisitudes de las acciones judiciales en materia laboral, especialmente, a los años que tardan los procesos del trabajo.

²³ Cfr. Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, Lexis Nexis, 2002, pp. 221 y ss.

²⁴ Dictámenes 2.661/161 de 1993 y 235/013 de 1994.



Por el contrario, el conflicto colectivo, por su naturaleza, no puede esperar tanto tiempo para resolverse.

Por ello, esta enmienda no ha tutelado eficazmente la libertad sindical, y los grupos de empresa han demostrado fehacientemente sus graves falencias.

Cualquier mejora de este punto requiere una acción más activa de los sindicatos, con un real reconocimiento de su potestad fiscalizadora. En su defecto, debieran reforzarse las facultades de la Dirección del Trabajo en estos asuntos.

En derecho comparado, se conocen algunas experiencias de representación colectiva de los trabajadores en el grupo de empresas, por medio de comités de grupo o consejo de empresa de grupo, o por medio de acciones contractuales colectivas de grupo²⁵.

En este contexto se percibe el surgimiento de una "recentralización de la negociación colectiva" en grupos de empresa, redesde empresa²⁶ y a nivel comunitario europeo²⁷.

5. Uso desviado de la acción de protección.

Otro elemento a considerar es el uso desviado que se ha dado en algunas circunstancias a la acción de protección en materia sindical.

Revisando la jurisprudencia del recurso de protección encontramos la interposición de acciones por estimar los recurrentes que la Dirección del Trabajo ha violado con su actuar fiscalizador su derecho a no ser juzgado en comisiones especiales (artículo 19 N° 3° inciso cuarto), su libertad de trabajo (artículo 19 N° 16°), su derecho a la libre iniciativa económica

²⁵ De Luca Tamajo y Perulli, op. cit., XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 5-8 de septiembre de 2006, París.

²⁶ Se trata de una noción más amplia que la de grupo, donde las empresas colaboran a largo plazo en la realización de un producto o servicio en base a vínculos contractuales duraderos, tales como subcontratación, unidades temporales, concesiones o adjudicaciones. Cfr. Supiot, Alain (coordinador), *Trabajo y Empleo, Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, tirant lo blanch, 1999, p. 167.

²⁷ Supiot, op. cit., p. 165.

(artículo 19 N° 21°) y su derecho de propiedad (artículo 19 N° 24°)²⁸.

En esta materia la Corte Suprema ha sostenido tres posturas diferentes²⁹:

a) No procede la acción de protección ya que no es sustituto jurisdiccional y existe un procedimiento específico para recurrir ante el tribunal del trabajo, en contra de las resoluciones de la Dirección del Trabajo (artículo 474 del Código).

b) No procede la acción de protección cuando el recurrente no se encuentra en el legítimo ejercicio del derecho, por ser un derecho dudoso, como cuando ha sido objeto de una instrucción o multa de la Dirección.

c) Procede la acción, ya que la Dirección ha actuado en forma ilegal y arbitraria al constituirse en una suerte de comisión especial y arrogarse facultades jurisdiccionales propias de los tribunales de justicia. Se agrega que la Dirección sólo debe actuar ante ilegalidades claras, precisas y determinadas.

Esta última teoría ha limitado considerablemente la actuación protectora de la Dirección del Trabajo, sin considerar que esta actuación es revisable judicialmente y que difícilmente un empleador se encuentra en el legítimo ejercicio de su derecho cuando ha sido objeto de una instrucción o multa de la Dirección.

Al respecto, cabe consignar la opinión de Enrique Evans de la Cuadra comentando el artículo 19 N° 3° incisos cuarto y quinto de la Constitución, en el siguiente sentido: "Cuando las autoridades administrativas dictan resoluciones que afectan derechos de las personas, están ejerciendo un "deber" impuesto por la ley y, por consiguiente, la revisión de sus actos por autoridad judicial no constituye una violación de "derechos" del administrador, sino una cautela de los

²⁸ Vid. Gamonal, op. cit. en nota 11, p. 802 y Gamonal Contreras, Sergio, Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2004, Corte Suprema, Tribunal Constitucional. Tribunal Calificador de Elecciones, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2: 2005, pp. 1272 y ss.

²⁹ Cfr. Gamonal, Sergio, "La acción de protección y las facultades de la Dirección del Trabajo", *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2001, pp. 70 y ss.

derechos de los administrados. El administrador está ejerciendo una función jurisdiccional cuando, por ejemplo, impone sanciones, priva de la administración de bienes a sus dueños, temporal o definitivamente, desconoce el derecho de asociación negando arbitrariamente la personalidad jurídica, etc., y el reclamo ante la justicia ordinaria no es más que la continuación de ese proceso jurisdiccional ante un órgano de superior jerarquía. Sostener, portanto, que "lo jurisdiccional" se inicia con la intervención del tribunal ordinario y negar que las autoridades políticas y administrativas son "órganos que ejercen jurisdicción" cuando afectan derechos de las personas, es un grave error que desconoce la letra, el espíritu y la historia del precepto que nos ocupa³⁰.

Otros autores comentando esta norma indican "Se explica, así, la importancia del principio de que en todo procedimiento, sea o no judicial, el imputado sea juzgado por un tribunal predeterminado por la ley independiente e imparcial, y no por uno que sea designado especialmente, que podría ser fuente de esas irregularidades"³¹.

Por su parte, José Luis Cea define las comisiones especiales como "aquellas entidades formadas por un individuo o grupo de individuos que, *de facto*, ejercen jurisdicción"³².

En este contexto no se percibe de qué forma la Dirección del Trabajo pueda constituir una comisión especial por fiscalizar la legislación laboral e imponer multas por expreso mandato legal, considerando, además, que, según dispone el artículo 474 del Código, esta actuación puede ser revisada por el tribunal del trabajo respectivo.

De sostenerse esta tesis, cabe preguntarse por todas las otras situaciones en las que la supervigilancia y fiscalización de un determinado estatuto legal queda entregada a un órgano técnico, sin perjuicio de su

³⁰Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 144.

³¹Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional* tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 220.

³²Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno* tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 152

posterior revisión judicial, como ocurre, por citar algunas, con el Servicio de Impuestos Internos³³; la Superintendencia de Valores y Seguros³⁴ la de Bancos e Instituciones-Financieras³⁵; la de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)³⁶; la de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES)³⁷ el Banco Central³⁸, el Comité de Inversión Extranjera³⁹, y la Comisión Resolutiva en materia de Libre Competencia⁴⁰. De postularse el criterio de las protecciones laborales en contra de la Dirección del Trabajo, en todos estos casos, estos organismos estarían impedidos de actuar "por calificar hechos, interpretar normas legales y arrogarse facultades jurisdiccionales".

Con la misma interpretación han operado a veces los tribunales, frente a acciones de protección en materia de negociación colectiva, cuando grupos de empresas han reclamado en contra de la Dirección del Trabajo por sus resoluciones en el procedimiento de reclamo del artículo 331 del Código del Trabajo.

Lo anterior nos muestra claramente una de las falencias más graves de nuestro derecho y la precariedad de la libertad sindical en Chile.

6. Algunas propuestas para el futuro.

Los grupos de empresa nos permiten observar las pensiones del derecho del trabajo chileno.

En primer lugar, una interpretación excesivamente formalista puede entorpecer la defensa de los derechos del trabajador y limitar enormemente el debate jurídico en nuestro país. Dada esta característica de nuestra cultura jurídica, el rol de la doctrina es

³³Arts. 115 y 120 del Código Tributario.

³⁴Art. 30 del decreto ley N° 3.538.

³⁵Art. 21 del decreto ley N° 1.097.

³⁶Art. 18 del decreto con fuerza de ley N° 101 de 1980.

³⁷Art. 7° de la ley N° 18.933.

³⁸Art. 61 de la ley N° 18.840.

³⁹Arts. 34 y 35 del decreto ley N° 600 de 1974. En estos casos el Comité de Inversión Extranjera sólo conoce la admisión de las solicitudes de compensación de perjuicios que presenten los inversores extranjeros respecto del Estado chileno. Admitida a tramitación, conoce en primera instancia la Contraloría General de la República.

⁴⁰Art. 19 del decreto ley N° 211.



fundamental tanto en las publicaciones como en la formación de los abogados.

En segundo lugar, el derecho laboral tiene una evolución centenaria, en cierta forma más que un derecho nuevo es un derecho joven, que ha estructurado soluciones propias, simples y efectivas, como las emanadas del principio de primacía de la realidad.

En el orden público laboral encontramos principios adecuados a la relación de poder que subyace a la relación laboral, por lo que no son aplicables soluciones civiles por sofisticadas que sean, como el fraude a la ley o el levantamiento de velo. Los estudiosos del derecho laboral deben aplaudir la “constitucionalización del derecho del trabajo” pero deben cuidarse de este “neocolonialismo del derecho civil”.

En tercer lugar, el problema de los grupos de empresas sirve para provocar, parafraseando a Dworkin, un debate sobre los “derechos en serio” cuando hablamos de la libertad sindical en Chile.

En efecto, la libertad sindical en nuestro sistema es muy limitada y precaria. Paradójicamente el sindicato tiene una gran amplitud de finalidades, puede hacer desde una rifa o una kermés hasta solicitar una concesión de acuicultura, pero para negociar colectivamente debe enfrentar una normativa detallada y limitadora de sus facultades, en especial del derecho de huelga. Esto permite que el empleador por medio de estrategias como la filialización pueda limitar más allá de lo razonable este derecho fundamental.

Debiera haber una solución legislativa o jurisprudencial que dé aplicación efectiva a los tratados internacionales vigentes en la materia.

En cuarto lugar, la situación de algunas acciones de protección conlleva efectos nocivos en materia laboral y, en cierta forma, deja en evidencia las falencias de nuestra Constitución, que posterga en forma importante los derechos económicos y sociales.

Nada justifica que en Chile haya un recurso de amparo económico y no se haya facilitado una acción de tutela de derechos fundamentales como el derecho a la protección de la salud, a la educación o a la no discriminación laboral. Sin duda, constituye un notable avance el nuevo procedimiento de tutela (ley N° 20.087) que entrará en vigor desde el 1° de marzo de 2007.

Además, alguna jurisprudencia de protección plantea importantes interrogantes acerca del papel de la fiscalización, de la tutela de los grupos en desventaja y de la necesidad imperiosa de perfeccionar esta acción constitucional.

Por último, opinamos que las críticas anteriores no deben desanimar a los estudiosos del derecho del trabajo. Por el contrario plantean grandes e interesantes desafíos a futuro. El aporte de la doctrina debe partir por un análisis crítico de los problemas existentes en nuestro sistema jurídico, ya que sólo así podremos avanzar en la mejora de la tutela de los derechos de los trabajadores.

*El éxito debe medirse no por la
posición a que una persona ha llegado,
sino por su esfuerzo por triunfar.*

Booker T. Washington