

LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL ILÍCITA A DIEZ AÑOS DE LA LEY N.º 20.123: DESDE LA CONFIGURACIÓN DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES HASTA SU DESREGULACIÓN

[Illicit labor outsourcing 10 years since of Law 20.123: from the unlawful
workers' cession configuration to its deregulation]

Irene ROJAS MIÑO*
Universidad de Talca

RESUMEN

Este trabajo examina los antecedentes de la externalización laboral ilícita y su sanción jurídica. Asimismo, analiza el proceso de deconstrucción de la cesión ilegal de trabajadores a través de la identificación y estudio de cada una de las vías por las cuales se han modificado o suprimido los instrumentos que en su momento configuraron el régimen jurídico de este ilícito laboral. Finalmente, expone los desafíos que al respecto plantea el sistema jurídico de relaciones laborales.

PALABRAS CLAVE

Descentralización productiva –
Externalización laboral - Cesión ilegal
de trabajadores.

ABSTRACT

This paper examines the background of illicit labor externalization and its legal sanction. Likewise, it analyzes the process of deconstruction of the illegal cession of workers through the identification and study of each one of the ways by which the instruments that at the time configured the legal regime of this labor law have been modified or suppressed. Finally, it exposes the challenges posed by the labor relations legal system.

KEY WORDS

Productive decentralization - Labor
outsourcing - Illegal transfer of workers.

RECIBIDO el 16 de junio y ACEPTADO el 7 de noviembre de 2017

* Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca, Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, España. Dirección postal: Calle Santa Elena 2222, San Joaquín, Santiago, Chile, Correo electrónico: irojas@utalca.cl.

I. INTRODUCCIÓN**

La cesión ilegal de trabajadores, en cuanto constituye un suministro de mano de obra, ha sido prohibida y sancionada por los diversos sistemas jurídicos desde los orígenes del Derecho del Trabajo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno sólo estableció una sanción expresa respecto de este ilícito laboral al presentarse la masificación de diversas manifestaciones de externalización laboral —lo que ocurrió hacia fines del siglo veinte— y que se concretó como una infracción de contratación laboral a través de terceros. El consecutivo establecimiento de instrumentos jurídicos en contra la interposición de mano de obra tiene su momento culmine con la dictación de la Ley N.º 20.123, de 2006, la que perfeccionó el régimen jurídico para hacer frente a la cesión ilegal de trabajadores.

En efecto, dicho texto legal, además de establecer un nuevo régimen jurídico sobre subcontratación laboral y admitir un tipo de suministro de trabajo, completó el referido a las versiones ilícitas de estas manifestaciones de descentralización productiva, es decir, de la cesión ilegal de trabajadores, tal como se le identifica en los diversos sistemas jurídicos laborales¹, aunque el ordenamiento chileno no le otorgó tal denominación, sino que lo mantuvo como la versión ilícita de la externalización laboral. Al efecto, además de la infracción laboral y de su régimen legal que ya habían sido fijados, estableció la imputación del contrato de trabajo con el real empleador, es decir la empresa principal.

Sin embargo, transcurridos diez años de la entrada en vigencia de la Ley N.º 20.123 puede sostenerse que poco queda del régimen jurídico que sancionaba la cesión ilegal de trabajadores, en cuanto éste ha tenido una escasa eficacia y una limitada vigencia: de una parte, una doctrina jurisprudencial limitó su aplicación y, de la otra, la infracción especial ha sido suprimida a través de la Ley N.º 20.760, de 2014². Además, diversos

** Abreviaturas: BODT: Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo; CT: Código del Trabajo; DT: Dirección del Trabajo; DDT: Dictamen de la Dirección del Trabajo; ENCLA: Encuesta Laboral /Dirección del Trabajo; ENE: Encuesta Nacional de Empleo; INE: Instituto Nacional de Estadísticas; EST: Empresas Suministradoras de Trabajo; SCA: Sentencia de Corte de Apelaciones; SJL: Sentencia del Juzgado de Letras; SCS: Sentencia de Corte Suprema.

¹ Al respecto, véase el estudio de Derecho Comparado de SALA, Tomás - MANGARELLI, Cristina - TAPIA, Francisco, *La descentralización empresarial y la responsabilidad en América Latina y España* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011) en el que, precisamente, uno de los institutos que se compara es el de la cesión ilegal de trabajadores respecto de cada uno de los sistemas jurídicos objeto de comparación,

² Conocida como “Ley del Multirrut”, aunque su título señala que “*Establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador*”.

antecedentes del sistema de relaciones laborales muestran indicios del mantenimiento de las versiones ilícitas de externalización, incluso algunos datos muestran su aumento, tal como sucedería con el suministro ilegal de trabajadores.

En este trabajo, junto con dar cuenta de los antecedentes de la externalización laboral ilícita y su sanción jurídica, se analiza el proceso de deconstrucción de la cesión ilegal de trabajadores a través de la identificación y estudio de cada una de las vías por las cuales se han modificado o suprimido los instrumentos que en su momento configuraron el régimen jurídico de este ilícito laboral, por lo que tuvo relevancia fundamental el acceso a las diversas fuentes de generación y de aplicación del Derecho del Trabajo, particularmente la ley, la doctrina jurisprudencial³ y la doctrina administrativa⁴. Además, a partir de antecedentes cualitativos y cuantitativos de la externalización laboral en Chile, se presentan algunos de los desafíos que al respecto plantea el sistema jurídico de relaciones laborales.

II. ANTECEDENTES DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES ANTE EL DERECHO DEL TRABAJO EN CHILE

1. *Los orígenes del ilícito laboral*

Desde sus inicios el Derecho del Trabajo ha rechazado la interposición del empleador en la relación laboral, prohibiendo y sancionando la contratación de trabajadores a través de terceros y ello con un fundamento claro: el empleador, además de ser titular del conjunto de derechos que le reconoce el sistema jurídico, es el responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales y ello constituye una materia de orden público⁵; además de que permitir la contratación a través de terceros habría significado la elusión de las normas que establecía esta nueva disciplina

³ Para el análisis de la doctrina jurisprudencial se hizo uso de la Base de Datos de Legal Publishing (<https://westlawchile.cl/>) y, en concretos casos a sentencias disponibles por conocimiento sobre la materia, toda vez que no estaban en dicha base de datos.

⁴ Para el estudio de la doctrina administrativa en materia laboral se acudió a la Base de Datos de la Dirección del Trabajo (<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-channel.html>), tanto en materia de dictámenes como de circulares.

⁵ Como señala VALDÉS, Fernando, *La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo*, en PEDRAJAS, Andón (dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar* (Valladolid, Lex Nova, 2002) p. 35: “La simbiótica asociación existente entre contratante a título de empresario y ejercicio efectivo y real de los poderes derivados de dicho título no es sólo un principio de orden dogmático; es una regla de orden público normativo que los ordenamientos jurídicos se han cuidado tradicionalmente de preservar”.

jurídica. Pero la identidad del empleador no sólo importa a los efectos de la responsabilidad laboral sino que también respecto a la definición de la empresa en cuanto el empleador corresponde al titular de la misma, con las consiguientes consecuencias en el establecimiento y en el ejercicio de los derechos laborales que se definen en el ámbito de la empresa.

Si bien muchas de estas manifestaciones son lícitas, en cuanto los mismos sistemas han estimado que las empresas requieren esta reorganización a fin de hacer frente a diversos desafíos económicos, y desde esta perspectiva tiene un carácter fisiológico⁶, las diversas expresiones de descentralización plantean graves problemas a las relaciones del trabajo, particularmente por la falta de las condiciones requeridas para la definición y el ejercicio de los derechos laborales⁷. Es por ello que en los distintos sistemas jurídicos, el Derecho del Trabajo ha establecido diversos instrumentos jurídicos frente a los riesgos que plantea la descentralización productiva⁸, además de exigencias para que algunas de ellas operen como expresión lícita, tal como ha sucedido con algunas formas de suministro de trabajo⁹.

⁶ Al efecto, la doctrina laboralista española distingue entre manifestación fisiológica y patológica: BLAT, Francisco, *El marco socioeconómico de la descentralización productiva*, en GARCÍA-PERROTE, Ignacio y GOERLICH, José María, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), pp. 19 ss. y NORES, Luis, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), p. 17.

⁷ Lo que en parte se entiende en cuanto el Derecho del Trabajo se construyó en base a una noción de organización empresarial tradicional: el titular de la empresa es una persona natural o jurídica plenamente identificable, la empresa cubre el entero proceso productivo y lo hace con trabajadores que dependen de ella directamente. No obstante, el tema de la transformación de la empresa y sus efectos en el ámbito del Derecho del Trabajo es mucho más complejo. Al respecto, entre otros, véase, de CRUZ, Jesús, *Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales*, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo* (Madrid, Tecnos, 1999), pp. 35; en el caso chileno, véase ROJAS, Irene, *Subcontratación laboral, suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011), pp. 16-20.

⁸ Más allá de la insolvencia empresarial y de la externalización ilícita, que han constituido los riesgos tradicionales en esta materia, se han sumado los de diferencias arbitrarias entre trabajadores internos y externos, el de ocultamiento del real empleador y el de las graves dificultades para la acción colectiva. Sobre la materia véase DE LUCA TAMAJO, Raffaele - PERELLI, Adalberto *Informe de Ponencias presentadas al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* (París, Francia, 2006) y VALDÉS, Fernando, cit. (n. 5), pp. 35-45.

⁹ El suministro de trabajo plantea que una empresa con trabajadores dependientes los cede a otra empresa. Si bien esta cesión estaba prohibida, en las últimas décadas del siglo veinte diversos sistemas jurídicos admiten el suministro siempre

Sin embargo, hay otras manifestaciones de descentralización productiva que son ilícitas en cuanto no responden a requerimientos sociales y económicos sino que pretenden eludir el marco regulatorio del mismo Derecho del Trabajo o de otras disciplinas jurídicas, por lo que constituyen una expresión patológica de la descentralización, tal cual son, entre otras, la cesión ilegal de trabajadores y el falso grupo de empresas o *multirrut*, como es conocido en el sistema chileno de relaciones laborales¹⁰.

Precisamente, sólo con ocasión de la masificación de diversas expresiones de externalización laboral, lo que ocurrió en las últimas décadas del siglo veinte, el ordenamiento jurídico laboral chileno estableció instrumentos jurídicos especiales frente a específicas manifestaciones ilícitas de la descentralización productiva, y que se concretaron en el establecimiento de infracciones especiales por parte de la Ley N.º 19.250 de 1993: la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros y el subterfugio laboral¹¹.

2. *La infracción laboral de simulación de contratación de trabajadores a través de terceros*

En el marco de las primeras reformas laborales efectuadas al modelo normativo del Plan Laboral y producto de una intensa discusión sobre las versiones ilícitas de descentralización productiva¹², la Ley N.º 19.250 incorporó la infracción de simulación de contratación de trabajadores a través de terceros junto con el subterfugio para ocultar la individualización o patrimonio empresarial, estableciendo para ambas una sanción pecuniaria especial, la que es de un monto superior a la general. Una peculiaridad de la primera infracción fue el requerimiento de que la simulación de con-

que opere con especiales exigencias, como es, entre otras, que los realice empresas autorizadas e inscritas al efecto y que se trata de labores esencialmente temporales.

¹⁰ El “*multirrut*” corresponde en Chile a una especie de grupo de empresas que es de carácter patológico, en cuanto plantea la existencia de una sola empresa que se presenta para todos o algunos efectos, entre ellos los laborales, como una multiplicidad de personas jurídicas; de ahí la referencia al R.U.T., que constituye la sigla del Rol Único Tributario, el que, a su vez, es el instrumento de identificación de las personas naturales y jurídicas en Chile a efectos tributarios.

¹¹ El subterfugio laboral fue la segunda infracción de manifestación patológica de la descentralización productiva y estaba referida a ocultar, disfrazar o alterar “... *su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o las convenciones...*” (ex artículo 478 del CT de 1994).

¹² Véase, Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N.º 19.250, Volumen 1, 2 y 3, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario (Texto impreso, Santiago de Chile, 1997).

tratación de trabajadores fuese dolosa, argumentándose en la Comisión de Trabajo del Senado que este requerimiento se establece con el fin de diferenciarlo de la subcontratación¹³. Con posterioridad, la Ley N.º 19.759, de 2001, modificó el régimen jurídico de ambas infracciones y les otorgó una mayor fortaleza. En efecto, a la contratación de trabajadores a través de terceros se eliminó la exigencia de que la simulación fuese dolosa y se aumentó la multa¹⁴ y respecto de ambas se estableció una responsabilidad solidaria por los derechos laborales y provisionales entre el empleador y los terceros. Además, se estableció un plazo de prescripción de las respectivas acciones y derechos bastante más amplio que el general: cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles¹⁵.

Finalmente, la Ley N.º 20.123, de 2006 junto con mantener la infracción completa el régimen jurídico de la cesión ilegal de trabajadores al establecer un efecto particular: la imputación de la relación contractual respecto del real empleador.

3. *El sistema de relaciones laborales ante la masificación de la externalización laboral y la confusión conceptual entre sus diversas manifestaciones*

Al igual que en los sistemas comparados, desde las últimas décadas del siglo veinte se presentaba en Chile una masificación de manifestaciones de descentralización productiva en las relaciones laborales, particularmente, las de grupos de empresas y las de externalización laboral. Si bien sobre este último fenómeno se disponía de algunos datos cuantitativos éstos eran bastantes recientes, en cuanto sólo se obtienen cifras globales a partir de los últimos años de la misma década de los noventa a través de los Informes de la Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo, ENCLA¹⁶. Así, entre los años 1999 y 2006 se registra que alrededor del 40% de las empresas subcontrata actividades (42,9% el año 1999¹⁷ y un 41,2 % el año 2006¹⁸). Por su parte, el suministro alcanzaba un 6,4% en la ENCLA de

¹³ *Ibid.*, Historia de la Ley N.º 19.250, volumen 2, Informe de la Comisión de Trabajo, 23 de marzo de 1993, Sesión 37, Anexo Documentos, pp. 4674-4675.

¹⁴ A un monto que va de 5 a 100 Unidades Tributarias Mensuales.

¹⁵ Recuérdese que en el sistema chileno la prescripción de los derechos laborales es de dos años, con la particularidad de que este plazo se computa a partir desde la fecha en que se hicieron exigibles.

¹⁶ Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, *Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo*, años 1998, 1999, 2002, 2004, 2006, 2008, 2011 y 2014 (<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22780.html>, última vez visitado, el 17 de marzo de 2017).

¹⁷ Dirección del Trabajo, ENCLA 1999, cit. (n. 16), p. 32.

¹⁸ Dirección del Trabajo, ENCLA 2006, cit. (n. 16), p. 32.

1999¹⁹ y en la de 2006²⁰ un 5,4% de los trabajadores eran suministrados. La particularidad es que hasta el año 2006 el suministro laboral era ilegal, y sin embargo los datos muestran la fuerte presencia en el mercado laboral²¹.

Pero es la información cualitativa la que da cuenta de una fuerte presencia de falsa subcontratación y de suministro ilegal, esto es, de una contratación a través de terceros, tal como muestra un Informe de la Cámara de Diputados del año 2002²². En efecto, en el marco de los incumplimientos empresariales dicho Informe verifica la existencia de suministro de trabajadores, constatándose que *“es una práctica común que se interponga un tercero en la relación laboral a través de un intermediario. Así quien celebra el contrato de trabajo como empleador, es un tercero distinto de quien recibe la prestación de servicios”*²³. Respecto de la subcontratación, además de las distintas condiciones aborales entre trabajadores internos y los subcontratados, este Informe confirma la configuración de una intermediación laboral: *“El contratista es un intermediario que ofrece trabajadores a terceras empresas. El contratista no aporta a la empresa mandante un servicio ni un producto desarrollado con su maquinaria y trabajadores, sino que ofrece personas. La empresa mandante puede disponer de ellos sin adquirir la calidad de empleador, pues es el intermediario quien celebra el contrato con el empleador.”*²⁴

Sin embargo, la ilicitud de la interposición de la mano de obra no era cuestión pacífica en el sistema jurídico y en la misma comunidad jurídica.

De una parte, se asumía la licitud de la externalización laboral en cualquiera de sus manifestaciones, incluida la contratación de trabajadores a través de terceros. Y el fundamento de esta tesis era la asimilación de toda forma de externalización con la de la subcontratación, y dado que la subcontratación laboral era lícita, toda vez que era regulada por el ordenamiento jurídico chileno —aunque ello era para escasos efectos: sólo el de responsabilidad ante riesgo de insolvencia de la empresa contratista—, se concluía que toda forma de externalización tenía tal consideración.

Frente a tal posición debería plantearse que se distingue claramente la

¹⁹ Dirección del Trabajo, ENCLA 1999, cit. (n. 16), p. 29.

²⁰ Dirección del Trabajo, ENCLA 2006, cit. (n. 16), p. 37.

²¹ ECHEVERRÍA, Magdalena, SOLÍS, Valeria y URIBE-ECHEVERRÍA, Verónica, *El otro trabajo, el suministro de personas en las empresas* (Santiago de Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, Cuadernos de Investigación N° 7, 1998), pp. 11-12.

²² Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Informe, Sesiones de Cámara de Diputados, Sesión 31 de 23 de enero de 2002, pp. 25-58, *Informe de Comisión Investigadora, constituida con fecha 17 de abril del 2001, encargada de analizar los incumplimientos empresariales de la normativa laboral vigente, y de las facultades y recursos adicionales que requieren los organismos públicos para garantizar el cumplimiento de la ley.*

²³ *Ibid.*, p. 31.

²⁴ *Ibid.*, p. 33.

subcontratación de la contratación de trabajadores a través de terceros y, además, el Derecho del Trabajo desde sus orígenes ha excluido y sancionado esta última manifestación, pero también debe considerarse que esto último no ocurrió en nuestro sistema jurídico de relaciones laborales, lo que permitiría explicar en parte la confusión conceptual y jurídica; por lo demás, hasta fines del siglo veinte, la doctrina jurídica pobremente había analizado los efectos jurídicos laborales de la descentralización productiva y, menos aún, las manifestaciones ilícitas de las mismas.

Esta confusión se manifestó en el proceso legislativo del año 1993 en la incorporación de la citada infracción laboral, ya que algunos integrantes de la comisión de Trabajo del Senado requirieron el dolo en la simulación de la contratación de trabajadores a través de terceros, toda vez que sin dicha exigencia tal conducta se confundiría con la subcontratación laboral²⁵. Y la misma tesis se ha planteado en algunos procesos por parte de los tribunales de justicia, estableciendo que es exigencia de la subcontratación que “...*los servicios prestados por el trabajador sean a un tercero dueño de la obra o faena*”²⁶. Aunque en otros casos se rechazó la configuración de la especial infracción en cuanto se lesiona el derecho de libertad de empresa²⁷.

De otra parte, desde antes del establecimiento de la concreta infrac-

²⁵ Así se fundamentó dicha exigencia en el Informe de la Comisión del Senado, Historia de Ley N.º 19.250, cit. (n. 13), pp. 4674-4675. Al efecto, el Senador Romero indicó que “*la simulación no necesariamente es dolosa, y como se sanciona al que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, si no se le agrega ese calificativo, podría llegarse a entender que cualquier contratación o subcontratación violaría los derechos de los trabajadores. De esa manera, se pone en tela de juicio a estos mecanismos, con los efectos consiguientes en actividades en que son indispensables para una mayor eficacia empresarial.*” El Senador Thayer hizo suya esa observación, estimando que, “*en los términos en que está redactada la indicación, sería posible concluir que cualquier subcontratación de buena fe queda incluida, en circunstancias que solo debería proceder la multa si hay una simulación dolosa.*”

²⁶ SCS de 2 de agosto de 2007, Rol 1978, de 2006.

²⁷ SCA de Santiago de 30 de marzo de 2004, Rol 8725, de 2003. En este caso se acoge un recurso de protección interpuesto por la empresa principal en contra de la Inspección del Trabajo quien la ha sancionado por la infracción de simulación de la contratación de trabajadores a través de terceros. La particularidad de esta sentencia es que el tribunal acoge el recurso sin considerar la presencia de la interposición de mano de obra. Al efecto, el Considerando 15 establece: Que el derecho a desarrollar la actividad económica importa la facultad de su titular para elegir y definir, del modo más conveniente a su interés, la forma de ejecutar su giro empresarial, libertad que en el presente caso se ve menoscaba al impedirse -en el hecho- al recurrente contratar con proveedores o externalizar la prestación de sus servicios, pues no otro efecto se produce al sancionarlo con una infracción por simular la contratación de trabajadores, si antes la autoridad fiscalizadora del trabajo ha reconocido que la recurrente posee una estructura propia y separada de las empresas prestadoras de servicios y que no se observa una relación de propiedad entre ellas.

ción, la Dirección del Trabajo había planteado la ilicitud de la contratación de trabajadores a través de terceros²⁸, en cuanto, el contrato de trabajo comprende un solo empleador: persona natural o jurídica que en una relación laboral de subordinación o dependencia recibe y utiliza los servicios personales del trabajador. Con posterioridad, dicha entidad administrativa sostiene dicho fundamento jurídico y la norma que tipifica la citada infracción laboral para sancionar la simulación de la contratación de trabajadores a través de terceros: “...*el nuevo precepto pretende sancionar una típica figura de fraude laboral: la elusión o encubrimiento de la calidad de empleador a través de un tercero, lo que está avalado por el contexto sistemático del orden laboral que consagra el principio de la primacía de la realidad.*”²⁹

4. La configuración de la cesión ilegal de trabajadores en la Ley N.º 20.123

Como se ha señalado, fue la Ley N.º 20.123, de 2006, la que estableció un nuevo régimen jurídico sobre la externalización laboral, ya que junto con modificar el de la subcontratación laboral y admitir un tipo de suministro de trabajo, dio identidad a la cesión ilegal de trabajadores al superar la sola configuración de una infracción, definiendo un importante efecto: el de la imputación del contrato de trabajo al real empleador.

Respecto de la subcontratación³⁰ introdujo relevantes cambios en su régimen jurídico al establecer una responsabilidad superior de la empresa principal, y esta es la responsabilidad solidaria por las obligaciones que se definen, la que pasaría a ser sólo subsidiaria mediante el cumplimiento de determinadas exigencias y, además, definir la obligación directa de la empresa principal en materia de higiene y seguridad. Este texto legal también definió lo que es subcontratación. Así también, admitió el suministro de trabajadores pero sujeto a especiales exigencias: sólo lo pueden gestionar las empresas autorizadas al efecto —las Empresas Suministradoras de Trabajo, EST— las que deben constituirse y operar en conformidad a estrictas exigencias y, además, las diversas relaciones que emanan del suministro laboral —del trabajador con la EST y del trabajador con la empresa usuaria— quedan sujeto a una especial regulación.

Cabe señalar que respecto de ambas regulaciones se plantearon críticas de política legislativa al no haber dado respuesta a otros riesgos de la externalización laboral, tal cual son no haber establecido instrumentos

²⁸ Orden de Servicio de la Dirección del Trabajo N.º 14, de 9 de junio de 1993, en BODT N.º 54, julio de 1993.

²⁹ Argumentación citada en la SCS de 2 de agosto de 2007, Rol 1978 de 2006, Considerando 2.

³⁰ Para lo cual destinó el Primer Párrafo, del Título VII del Libro I del Código del Trabajo: Artículos 183 A a 183 E.

de paridad entre trabajadores internos y externos, como si lo hacen los diversos sistemas jurídicos, particularmente respecto del suministro laboral³¹, y tampoco haber dispuesto instrumentos para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos.

Además, la Ley N.º 20.123 completó el régimen jurídico de la contratación de trabajadores a través de terceros al incorporar el efecto de transparentar la real relación contractual de trabajo al imputar el contrato de trabajo al empleador de la empresa principal. De esta manera, tanto respecto del supuesto de falsa subcontratación como del incumplimiento de las exigencias esenciales del suministro laboral la nueva normativa incorporó el efecto de la imputación del contrato de trabajo a la empresa principal, sin perjuicio de la configuración de las infracciones definidas. La relevancia de esta consecuencia es que los efectos del ilícito laboral no se limitan a una infracción laboral, con la consiguiente sanción pecuniaria, sino que ordena el establecimiento del contrato respecto del real empleador, con la consiguiente vigencia la supremacía de la realidad; medida que además es considerada en muchos sistemas comparados en el marco de las medidas de protección frente a la falsa subcontratación³². Con la definición de los estos efectos jurídicos, se completa el régimen jurídico de los efectos de este ilícito laboral que constituye la cesión ilegal de trabajadores.

En todo caso, se debe distinguir la configuración de la cesión ilegal en el supuesto de la falsa subcontratación laboral y en el del suministro ilegal de trabajadores. En la subcontratación la exigencia es que “*los servicios prestados se realicen con sujeción al régimen de subcontratación*” (art. 183 A inciso segundo, CT); por consiguiente se configura la falsa subcontratación en el supuesto de que no se cumplan las exigencias establecidas³³ o cuando esta se limite a la intermediación de trabajadores de una faena³⁴. El supuesto del suministro se configura como ilegal cuando no se cumplen las exigencias de la esencia del mismo, que son: que el suministro se realice por

³¹ Tal cual es, a vía de ejemplo, la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa “al trabajo a través de empresas de trabajo temporal”, la que establece medidas espaciales en base al “principio de igualdad de trato”.

³² DE LUCA TAMAJO, Raffaele - PERELLI, Adalberto, cit. (n. 8), pp. 74 y ss.

³³ Estas exigencias son dos. De una parte, la existencia del contrato de encargo de la obra o servicio entre la empresa principal y la contratista; de la otra, que la ejecución de la obra o servicio sea realizada por cuenta y riesgo de la empresa contratista.

³⁴ Al efecto, se establece expresamente que “*si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.*” (Art. 183 – A, CT).

empresas autorizadas al efecto³⁵, que el contrato de puesta a disposición sea por escrito³⁶, que sólo se efectúe para las actividades autorizadas³⁷ y, más aún, no debe estar referido a tareas prohibidas³⁸ y que no se encubra una actividad de carácter permanente³⁹.

En definitiva, con la entrada en vigencia de la Ley N.º 20.123 los efectos jurídicos de la configuración de esta externalización laboral ilícita fueron dos: la imputación del contrato de trabajo con el empleador titular de la empresa principal o usuaria que constituye el real empleador, además de la infracción de la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, la que se somete al régimen jurídico que había sido definido con anterioridad, aunque la Ley N.º 20.123 agrega la responsabilidad de las dos empresas involucradas.

III. LA DECONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

La deconstrucción de este régimen jurídico, es decir en palabras de la Real Academia de la Lengua⁴⁰, el desmontaje de la construcción jurídica de la cesión ilegal de trabajadores se produce a través de tres vías: Primera, por el rechazo jurisprudencial de la facultad de la inspección de trabajo de fiscalizar el cumplimiento de las normas referidas a cesión ilegal de trabajadores. Segunda, por las controversias y particularidades en la aplicación de la infracción de contratación de trabajadores a través de terceros. Tercera, y en definitiva, por la supresión legal de la infracción de externalización ilegal de trabajadores. Si bien no son procesos consecutivos, el ciclo plantea un cierre relativo con la supresión legal de dicha infracción. En todo caso, este proceso de deconstrucción no ha sido total, toda vez que se ha mantenido el instrumento jurídico de imputación del contrato de trabajo al real empleador.

1. *El rechazo jurisprudencial de la facultad fiscalizadora de la inspección de trabajo*

³⁵ Art. 183-AA, CT, en cuanto debe organizarse como persona jurídica constituida al efecto (Art. 183-F, letra a, CT) y estar inscrita en el Registro de la Dirección del Trabajo (Art. 183 – K, CT).

³⁶ Art. 183 – N, inciso final, CT)

³⁷ Art. 183 – U, CT.

³⁸ Art. 183 – P, incisos segundo y tercero, CT.

³⁹ Art. 183 –U, CT.

⁴⁰ La expresión “deconstrucción”, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua, plantea un “desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades” (visitado en internet <http://dle.rae.es/?id=ByPcuX6>).

Frente a la fiscalización administrativa en materia de externalización laboral ilícita, la posición mayoritaria de la jurisprudencia fue la de negar las facultades de la Dirección del Trabajo para conceptuar el hecho infraccional, entendiendo que en esta materia había una calificación del contrato de trabajo y de sus partes, tal cual fue la tesis de la Corte Suprema y que fue planteada a través de sucesivas sentencias del año 2008⁴¹.

En efecto, una vez que la Ley N.º 20.123 entró en vigencia, la Dirección del Trabajo definió una fiscalización de carácter nacional frente a la falsa subcontratación laboral⁴², la que se manifestaba en supuestas subcontrataciones por las que se traspasaban trabajadores a la empresa principal dado que eran éstas quienes dirigían la actividad laboral. Para esta fiscalización se impartieron especiales instrucciones⁴³, a saber: (1) el procedimiento se dirige respecto de la empresa principal (2) si se constata la infracción (el no cumplimiento de requisitos del trabajo en régimen de subcontratación o se trata de una mera intermediación de trabajadores) se debe levantar acta y se otorga un plazo a la empresa para su corrección (es decir, “*considerar como empleador de los trabajadores que ejecutan las respectivas obras o servicios, a la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, esto es a la empresa principal*”⁴⁴), (3) si la empresa no corrige la infracción se le sanciona con la multa indicada en el precepto respectivo⁴⁵.

Frente a estas fiscalizaciones, muchas de las empresas consideradas infractoras recurrieron de protección ante los tribunales de justicia. Si bien éstos rechazaron en algunos casos tales acciones⁴⁶, la doctrina mayoritaria fue la de acogerlos y que corresponde a la tesis que en definitiva asumió la Corte Suprema. Así, con el fundamento de que el acta de fiscalización consistiría una resolución⁴⁷, en cuanto considera como empleador a la empresa principal, dicha doctrina sostiene que la Dirección del Trabajo no tiene facultades para calificar el contrato de trabajo toda vez que esta es

⁴¹ Al efecto, fueron 9 sentencias, todas ellas de fecha 12 de mayo de 2008 y dictadas en apelación de recursos de protección en contra de la Dirección del Trabajo, en las que la Corte Suprema reitera su posición de rechazo a las facultades de dicha entidad administrativa.

⁴² Cuyas bases se presentan en dos instrumentos: el Dictamen 14/005, de 19 de enero de 2007 (BODT Octubre de 2007, pp. 105-117) y la Circular 82, de 26 de septiembre de 2007 (BODT Octubre de 2007, pp. 73-83)

⁴³ La citada Circular 82, de 26 de septiembre de 2007.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁵ *Ibid.*, sección de “características del procedimiento especial de fiscalización”, p. 79.

⁴⁶ Por todas, SCA de Santiago de 3 de abril de 2008, Rol 7125 de 2007.

⁴⁷ Por todas, SCS de 12 de mayo de 2008, Rol 1.74, en cuanto la Dirección del Trabajo se ha “*arrogado facultades jurisdiccionales, al calificar y determinar, sin que exista norma que lo faculte, la existencia de una supuesta relación laboral de la recurrida con algunos trabajadores y al calificar como una mera simulación la relación jurídica existente entre ésta y la empresa*”.

una potestad exclusivamente jurisdiccional, por lo que concluye que el acto de fiscalización ha vulnerado derechos constitucionales de la empresa, tal cual son la garantía del juez natural, además de la libertad de contratación y el de propiedad, entre otros⁴⁸.

No obstante, la posición de la Corte Suprema tuvo una tesis discordante manifestada en un voto particular⁴⁹, la que reconoce la facultad de calificación del contrato de trabajo por parte de la Dirección del Trabajo en cuanto dicha acción se despliega en todo acto administrativo⁵⁰, y ello adquiere particular relevancia en este caso: *“por cuanto la Inspección del Trabajo carece de titularidad para imponer denuncias ante los tribunales, por lo que al prohibirle efectuar la calificación jurídica de los hechos por ser una actividad reservada a los tribunales de justicia, se está despojando de contenido a las normas de protección al trabajador, ya que ningún órgano de control, sea jurisdiccional o administrativo, llevará a cabo dicha calificación, y la eventual conducta transgresora de la ley quedará sin sanción, salvo que sea el propio trabajador afectado el que reclame, lo que en muchos casos resulta ilusorio”*⁵¹.

Pero fue la tesis mayoritaria de la Corte Suprema la que se impuso en los años siguientes, cuya doctrina fue seguida por las Cortes de Apelaciones⁵², aunque también en algunos casos se sostuvo la tesis minoritaria⁵³, planteándose que la Dirección del trabajo no se ha atribuido funciones

⁴⁸ Por todas, la citada SCS de 12 de mayo de 2008, Rol 1.074.

⁴⁹ La del ministro Pedro Pierry, que si bien acoge dicho recurso, el fundamento está limitado a la arbitrariedad por haberse reconocido la calidad de empresas contratistas, pero sólo se lesionaría el derecho de propiedad (en la citada SCS de 12 de mayo de 2008, Rol 1.074).

⁵⁰ En cuanto, *“... la calificación jurídica de los hechos ocurre cada vez que en el procedimiento destinado a la elaboración de un acto administrativo, la autoridad administrativa aplica a un hecho una norma que le sirve de fundamento y que justifica su dictación, o un concepto jurídico indeterminado, por lo que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función.”* (Ibid., Considerando particular tercero).

⁵¹ Ibid., considerando particular Cuarto.

⁵² Por todas, SCA de Talca, de 13 de octubre de 2008, Rol 712 de 2008, la que acoge el recurso en base de los mismos fundamentos: *“De las piezas agregadas por las partes, apreciadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se deduce que la fiscalización objeto del recurso no se limitó a constatar los hechos sobre los cuales incide, sino a otorgarle consecuencias jurídicas, previa calificación de los mismos, toda vez que, existiendo los contratos individualizados en el motivo 5º) que precede, se sostiene que existe simulación, se sanciona por ello y se ordena corregir el régimen laboral fiscalizado, lo que escapa de la facultad que la ley otorga a la Inspección del Trabajo y a sus agentes, amaga el derecho a la libre contratación al alterarse los acuerdos habidos entre aquéllos, y el de propiedad ante la imposición indebida de las ya indicadas cargas pecuniarias, lo que no se condice con lo estatuido en el inciso cuarto del N° 3, en el N° 16 y en el N° 24, respectivamente, todos del artículo 19 de la Carta Fundamental, siendo dable aceptar lo impetrado por la empresa recurrente, a fin de restablecer el imperio del derecho.”*

⁵³ Por todas, SCA de Santiago de 13 de agosto de 2008, Rol 6661 de 2007 y SCA de Santiago de 17 de septiembre de 2008, Rol 225 de 2008.

jurisdiccionales⁵⁴ y cuestión distinta es si se comparte o se discrepa del a apreciación efectuada por la Dirección del Trabajo⁵⁵, lo que es materia de un procedimiento especial y no de un recurso de protección.

En todo caso, los diversos procesos de estos recursos de protección evidenciaron el alto número de trabajadores afectados por la supuesta falsa subcontratación⁵⁶. Además, en el ámbito público la controversia sobre las facultades de la Dirección del Trabajo en las materias debatidas llevó a enfrentarse a entidades del mismo Estado, como fueron algunas empresas del Estado del sector minero y dependientes del Ministerio de Economía, con la misma Dirección del Trabajo, dependiente del Ministerio del Trabajo y de Previsión Social. En efecto, las fiscalizaciones de la Dirección del Trabajo también incorporaron a empresas del Estado, entre ellas las mineras de la Corporación del Cobre, tal como muestran los respectivos recursos de protección⁵⁷.

⁵⁴ Así, la citada SCA de Santiago de 13 de agosto de 2008, en su Considerando 7, plantea: “... la recurrida no se atribuyó facultades jurisdiccionales, sino que se limitó a constatar una situación de hecho, en ejercicio de la función que corresponde al Estado de velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios (artículo 2° del Código del Trabajo). Dicho cometido, entregado en gran medida a la Dirección del Trabajo, según aparece del título final del código del ramo, resulta relevante a la hora de velar porque se respeten los presupuestos para la existencia de un régimen de subcontratación, como especialmente lo señala el inciso final del artículo 183-A citado y obliga al fiscalizador a imponer sanciones en caso de incumplimiento”.

⁵⁵ SCA de Santiago, Rol 7125-2007, Considerando Octavo.

⁵⁶ Así, en el ámbito de las apelaciones de los recursos de protección que son resueltas por la Corte Suprema a través de resoluciones del 12 de mayo de 2007, el número de trabajadores involucradas en falsas subcontrataciones es de un promedio de por empresa, considerando como tales las respectivas divisiones de la Corporación del Cobre: En la causa de SCS rol 887 de 2008, la respectiva SCA de Copiapó, de 29 de enero de 2008, Rol 381 de 2007, se involucró a 595 trabajadores. En SCS rol 953 de 2008, en la respectiva causa de SCA de Antofagasta, de 28 de enero de 2008, Rol 949 de 2007, se involucra a 982 trabajadores. En la causa de SCS rol 1062 de 2008, la respectiva SCA de Valparaíso de 28 de enero de 2008, rol 659 de 2007, se involucró a 502 trabajadores. En causa En SCS rol 1063 de 2008, en la respectiva SCA de 28 de enero de 2008, rol 660 de 2007 se involucró a 257 trabajadores. En SCS rol 1074 de 2008, la respectiva SCA de Rancagua, de 8 de febrero de 2008, rol 1.197 de 2007, se involucra a 1.347 trabajadores. En SCS rol 1075 de 2008, la respectiva SCA de Antofagasta, en sentencia de 6 de febrero de 2008, rol 981 de 2007, se involucra a 767 trabajadores. En SCS rol 1076 de 2008, la respectiva SCA de Antofagasta, en sentencia de 6 de febrero de 2008, rol 981 de 2007 de se involucra a 1.060 trabajadores. En SCS rol 1073 de 2008, la respectiva SCA de Valparaíso, en sentencia de 28 de enero de 2008, rol 689 de 2007 de se involucra a 59 trabajadores. En SCS rol 1150 de 2008, la respectiva SCA de Valparaíso, de 5 de febrero de 2008, rol 681 de 2007 de se involucra a 759 trabajadores.

⁵⁷ Así, en las respectivas sentencias pronunciadas por la Corte Suprema el 12 de

2. *Las controversias y particularidades en la aplicación de la infracción de contratación de trabajadores a través de terceros*

Si bien esta infracción se incorporó al sistema jurídico laboral chileno en el año 1993⁵⁸, su régimen jurídico definitivo se estableció en el año 2001, a través de la Ley N.º 19.759, y es a partir de entonces que esta infracción se aplicó directamente tanto por los tribunales de justicia, a través de pronunciamientos judiciales, como por las inspecciones del trabajo, por vía de la fiscalización laboral; no obstante su vigencia fue controvertida, particularmente por la exigencia de la intencionalidad en su configuración, la que en definitiva limitó su eficacia.

Los tribunales de justicia, por su parte, aplicaron el respectivo régimen jurídico frente a las demandas de responsabilidad solidaria de la empresa principal, tanto en el periodo anterior a la Ley N.º 20.123⁵⁹ como durante su vigencia⁶⁰. La particularidad es que en muchos de estos casos las respectivas demandas se plantean con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, reivindicando entonces los derechos laborales pendientes y los que emanan de dicho acto de terminación⁶¹. No obstante, aisladamente se rechazó la competencia de los tribunales del trabajo para conocer dicha acción de simulación, en cuanto se afirmó que el conocimiento de la simulación “*no es de competencias de los Juzgados de Letras del Trabajo*” sino que “*son de competencia de la Dirección del Trabajo*”⁶².

A su vez, durante todo el período de vigencia de dicha infracción la Dirección del Trabajo efectuó las respectivas fiscalizaciones; sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley N.º 20.123 se deben distinguir dos etapas.

mayo de 2008, por las cuales se estableció la doctrina de la incompetencia de la Dirección del Trabajo en la definición de los efectos de cesión ilegal de trabajadores, las recurrentes fueron las diversas divisiones de la Corporación del Cobre: En Causa rol 887 de 2008 fue División Salvador, en Causa rol 953 de 2008 fue división Norte, en Causa rol 1074 de 2008, la recurrente fue la El Teniente, en Causa rol 1063 de 2008 fue División Ventanas, en Causa rol 1062 de 2008 fue división Andinas y en causa 1076 fue División Norte (Radomiro Tomic) y CIMM Tecnologías y Servicios S.A.

⁵⁸ Como se señaló, fue la Ley N.º 19.250, de 1993, la que estableció esta infracción laboral, la que fue incorporada como Art. 478 del Código del Trabajo: “*Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de una a doce unidades tributarias mensuales al empleador que dolosamente simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 448.*”

⁵⁹ S.C.A. de Santiago, de 10 de junio de 2008, Rol O-2126 de 2007.

⁶⁰ Entre otras, SCA de San Miguel, de 4 de julio de 2001, Rol 462 de 2010, y Sent. Segundo J.T. de Santiago de 28 de enero de 2011, Rol 2796 de 2010.

⁶¹ SCA de Santiago, de 10 de junio de 2008 y Sentencia del Segundo JT de Santiago de 28 de enero de 2011, ambas citadas.

⁶² Sent. del Primer JT de Santiago de 27 de abril de 2013, T 13-2013., Considerando Décimo Quinto.

En la primera, se aplica el efecto de la imputación del contrato de trabajo a la empresa principal para el supuesto de incumplimiento de la normativa dispuesta, en especial de las exigencias que presenta la subcontratación laboral⁶³; pero esta etapa termina con el rechazo jurisdiccional de tales competencias de la entidad administrativa. La segunda etapa sólo comprende la multa en el supuesto de configuración de la infracción —esto es simular la contratación de trabajadores bajo la apariencia de subcontratación⁶⁴—; consiguientemente esta etapa muestra que en el supuesto cesión ilegal de trabajadores la Dirección del Trabajo ya no imputa el contrato de trabajo al real empleador⁶⁵, y si bien los respectivos actos de fiscalización son objeto de impugnación judicial se resuelve la conformidad a derecho de la actuación administrativa⁶⁶.

Respecto de las exigencias en la configuración de esta infracción se planteó la de la intencionalidad. En efecto, una doctrina jurisprudencial que se mantuvo hasta fines de la vigencia de dicha infracción sostuvo que “...la simulación en la contratación de servicios, en materia laboral, tiene como requisitos de ilicitud la existencia de un empleador aparente y de otro real y la intención de mantener oculta tal relación con objeto de evadir la normativa protectora del trabajador⁶⁷. En el mismo sentido se manifiesta un sector de la doctrina académica⁶⁸, en cuanto la noción de ‘simulación’ requiere de la intencionalidad para configurarse y, de la otra, que el Derecho sancionador de la administración también requiere de la

⁶³ Por lo que el respectivo empleador de dicha empresa principal debería efectuar las respectivas escrituraciones del contrato de trabajo y si no lo hace es que se configura la respectiva infracción.

⁶⁴ Tal como indica la Dirección del Trabajo, en causa de Recurso de Protección en SCA de Santiago, Rol 225 de 2008, de 17 de septiembre de 2008.

⁶⁵ Como señala la sentencia antes citada (en SCA de Santiago, Rol 225 de 2008), “... la recurrida informa a esta Corte, sólo en lo tocante a la multa cursada por simular la contratación de trabajadores bajo la apariencia de subcontratación, pues la cursada por no escriturar los contratos de trabajo fue dejada sin efecto...” (Considerando segundo).

⁶⁶ Así, según expone la citada SCA de Santiago Rol 225 de 2008, “...la fiscalización y la multa aplicada se ajusta a las facultades establecidas por la ley, donde la autoridad administrativa se limita a verificar una situación de hecho como lo es la falta de subordinación y dependencia de los 16 trabajadores por los cuales se cursa la multa respecto de la empresa contratista (xx Ltda), no habiendo en este caso ejercicio de funciones jurisdiccionales como alega la recurrente”.

⁶⁷ Por todas, SCA de Concepción de 30 de diciembre de 2009, Rol 390-09. En sentido similar SCA de 10 de julio de 2014, Rol 20 de 2013.

⁶⁸ En este sentido, PALAVECINO, Claudio, *Subcontratación. Régimen Jurídico del trabajo subcontratado y del suministro del personal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 47-48

aplicación del principio de culpabilidad, en cuanto exige “... que exista dolo o, cuando menos, culpa en la ejecución de la conducta infractora”⁶⁹.

Sin embargo, otra doctrina jurisprudencial limitó la simulación a “un tipo de fraude laboral, cuyo tipo infraccional se establece a partir de la inexistencia de subordinación y dependencia con el contratista”⁷⁰. La doctrina de la Dirección del Trabajo mantuvo esta segunda posición, en cuanto la infracción de simulación de contratación de trabajadores a través de terceros —que “corresponde al encubrimiento de la calidad de empleador, por la presencia de un tercero...”⁷¹—, constituye una infracción por fraude a ley, por lo que “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...”⁷¹. Así, además, lo ha sostenido otro sector de la doctrina académica la que sostiene que la “simulación de la contratación de trabajadores a través de terceros” constituye un caso de fraude a la ley⁷²: la conducta que se busca sancionar no es el engaño a terceros, ni siquiera al propio trabajador, “sino la elusión del vínculo laboral y la aplicación de las normas imperativas del Derecho del Trabajo”; en tal sentido, tal figurase encuadra en el concepto de fraude a la ley laboral.⁷³ Un argumento que se suma esta posición es que las infracciones en el orden laboral se definen en la transgresión del ordenamiento jurídico más que en la concurrencia de la culpa o, en su caso, el dolo, de manera que el elemento intencional es una agravante de dicha infracción⁷⁴.

3. La supresión a través de la derogación tácita de la infracción de externalización ilegal de trabajadores

Finalmente, y como tercera etapa de la deconstrucción del régimen

⁶⁹ Tesis que PALAVECINO reitera en *La simulación y el subterfugio laborales* (en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N.º 7, 2013, pp-13-23), pero sólo fundado en la vigencia del principio de culpabilidad en el Derecho Penal Administrativo.

⁷⁰ SCA, Temuco de 12 de junio de 2007, Rol 457-07.

⁷¹ DDT Ord. N.º922/25 (visible en internet <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62857.html>).

⁷² En este sentido, UGARTE, José Luis, *La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley*, en *BODT*, N.º 173, junio de 2003, pp. 4-9.

⁷³ *Ibíd.*, pp. 7-8.

⁷⁴ Así lo sostiene en nuestro sistema GARRIDO, Mario, *La Infracción Laboral y el Delito Previsional* (Reimpresión, Santiago Ed. CONOSUR, 1995), pp. 1 y ss., mientras que en el Derecho Comparado lo plantea DURÉNDEZ, Ignacio, *La Sanción Administrativa en el Orden Laboral* (Murcia, España, Universidad de Murcia, 2006), p. 87.

jurídico de la cesión ilegal de trabajadores, el legislador eliminó la citada infracción a través de una derogación tácita, lo que permite explicar la falta de fundamentación de su eliminación en el respectivo proceso legislativo.

En efecto, fue través de la Ley N.º 20.760 de 9 de julio de 2014 (que “*establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador y sus efectos*”), que se reemplazó el contenido del precepto referido a las infracciones sobre externalización laboral, ex art. 507 del CT (anterior art. 478 del CT⁷⁵), eliminando de esta manera las infracciones generales referidas —la de la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros y la de subterfugio— y el respectivo régimen jurídico establecido respecto de las mismas, como era el referido a la responsabilidad empresarial solidaria y la prescripción especial de cinco años.

Dicha Ley N.º 20.760 estableció la regulación referida a la configuración de los grupos de empresas y el multirrut y, además, la acción judicial para su declaración, para lo cual junto con modificar el artículo 3 del CT, cambiando el inciso tercero y sumando cinco nuevos incisos, se sustituyó en su totalidad el citado artículo 507, el que pasa a establecer el régimen jurídico de la acción y procedimiento judicial de la declaración del grupo de empresas. De esta manera, concurrirían en este último precepto —el artículo 507— dos normas diversas y de distinta época, por lo que se entiende que la posterior ha suprimido a la anterior, tal como ha concluido la doctrina judicial respecto de derogación efectuada por la Ley N.º 20.760⁷⁶.

Sobre los antecedentes de la Ley N.º 20.740 debe recordarse que su origen remoto fue un proyecto del año 2006 referido a una reformulación del concepto de empresa en el Código del Trabajo⁷⁷, pero la fuente directa del texto aprobado fue la Indicación presentada por el Ejecutivo el 21 de abril de 2014⁷⁸, presentación que se aprueba en menos de tres meses, lo que en parte permite explicar que el legislador no haya considerado

⁷⁵ El precepto que originalmente estableció el completo régimen jurídico de dichas infracciones laborales, tal cual lo estableció la Ley N.º 20.123, fue el correspondiente al artículo 478 del Código del Trabajo. Sin embargo, por motivo de los ajustes en la numeración del articulado de este Código, particularmente por la incorporación de los nuevos preceptos de la Reforma Procesal Laboral, el artículo correspondiente al precepto de tales infracciones fue el 507 de este mismo texto legal.

⁷⁶ Por todas, SJL del Trabajo de Concepción de 6 de junio de 2015, O-147-2015, fundamento Quinto.

⁷⁷ Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N.º 20.760* (visitado en internet http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20.760&anio=2017)

⁷⁸ *Ibid.*

los otros efectos de esta Indicación, tal como fue la eliminación de las infracciones señaladas.

En todo caso, la nueva regulación mantuvo específicas infracciones de simulación y subterfugio pero referidas a la configuración de los grupos de empresas y con la particularidad de que éstas son sólo definidas por pronunciamiento judicial⁷⁹. De esta manera, dicha normativa presenta además una confusión entre las infracciones de las distintas manifestaciones de la descentralización productiva, en cuanto es el subterfugio el que se relaciona con la tercerización laboral, es decir referida a los grupos de empresas, mientras que la simulación en la contratación de trabajadores a través de terceros vincula con la externalización laboral.

Así, tanto la doctrina administrativa como la doctrina judicial y jurisprudencial han definido los alcances limitados de esta nueva regulación de las citadas infracciones. Al efecto, la Dirección del Trabajo ha sostenido que la situación de simulación o subterfugio laboral “*resulta procedente en el contexto de un procedimiento judicial, el que analice la alteración de la individualidad del empleador*”⁸⁰, además de que las acciones que desarrollen las inspecciones del trabajo en las materias derivadas de los preceptos referidos (artículos 3 y 507 del CT) sólo tienen el carácter investigativo y no resolutivo “... *pudiendo originarse a petición de tribunal o a requerimiento de las organizaciones sindicales o trabajadores para que puedan recabar antecedentes necesarios para accionar judicialmente*”⁸¹. Por su parte, la doctrina judicial ha sostenido la misma tesis: de una parte, que tales infracciones son figuras residuales⁸² y que sólo proceden en el marco de la declaración de varias empresas como un solo empleador⁸³.

⁷⁹ Art. 507, Inciso tercero, N.º3, párrafos primero y segundo del CT.

⁸⁰ DDT. Ord. 6614, de 17 de diciembre de 2015.

⁸¹ DDT. Ord. 6614, de 17 de diciembre de 2015. En el mismo sentido, DDT 3496/54 de 3 de septiembre de 2014 y DDT 4460 de 9 de agosto de 2016.

⁸² SJL Trabajo de Concepción de 20 de marzo de 2015, O-1026 -2014, fundamento Vigésimo Octavo.

⁸³ Como indica la SJL Trabajo de Concepción de 6 de junio de 2015, O-147 -2015, fundamento Cuarto, “... esta nueva ley derogó la responsabilidad solidaria, que ni siquiera pretende la demandada en su petitorio, y únicamente la estableció para los casos en que se accionaria de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3 inciso cuarto del código del trabajo, es decir, cuando se solicite por el actor que una o más empresas sean consideradas un solo empleador y, si bien, modificando también el artículo 507 del mismo Código, mantuvo la figura del subterfugio sólo lo es para el caso que se dicte sentencia acogiendo total o parcialmente las acciones relativas al inciso cuarto del artículo 3.º mencionado, siendo su consecuencia exclusivamente la aplicación de una multa de 20 a 300 UTM y no el pago de las obligaciones laborales

4. *El mantenimiento de la acción de imputación del contrato de trabajo al real empleador*

En todo caso, se mantiene el instrumento de imputación de contrato de trabajo al real empleador, tal como se contempla respecto de la falsa subcontratación⁸⁴ y del suministro ilegal de trabajadores⁸⁵, pero ahora sólo como acción judicial, tal como se presenta en específicos casos planteados ante los tribunales de justicia⁸⁶. Ciertamente que y de acuerdo a lo pronosticado⁸⁷ esta acción es llevada a cabo por organizaciones sindicales, dado que difícilmente será planteado por un concreto trabajador.

IV. LOS DESAFÍOS DEL SISTEMA JURÍDICO ANTE LA EXTERNALIZACIÓN LABORAL ILÍCITA

Es un hecho cierto que el sistema jurídico chileno ha suprimido gran parte de los instrumentos jurídicos de protección ante la cesión ilegal de trabajadores, ya sea al derogar las infracciones que habían sido definidas, ya sea al rechazar las facultades de la Dirección del Trabajo en la fiscalización de las manifestaciones ilícitas de externalización laboral; manteniendo sólo la acción de imputación del contrato de trabajo al real empleador. Sin embargo, y de acuerdo con los antecedentes que se señalan, debe sostenerse la permanencia de las prácticas de externalización laboral ilícita en nuestro sistema de relaciones laborales. Frente a ello cabe preguntar sobre cuáles son los desafíos que plantea el sistema jurídico, y se puede sostener que se presentan dos grandes retos: el de las competencias de la Dirección del Trabajo ante las manifestaciones de descentralización productiva y el del establecimiento de instrumentos específicos frente a la externalización laboral, toda vez que lo que está en juego es la misma vigencia y eficacia del Derecho del Trabajo.

1. *Las manifestaciones de externalización laboral ilícita*

Si bien no existen datos cuantitativos que muestren las cifras de exter-

⁸⁴ Art. 183-A, inciso segundo, CT.

⁸⁵ Art. 183-N, inciso final; Art. 183-P; Art. 183-U y Art. 183-AA, todos del CT.

⁸⁶ SJT de Concepción de 21 de abril de 2016, RIT O-954-2015, la que acoge las demanda subsidiaria referida a la declaración de empleador de la empresa principal.

⁸⁷ Como señalara el Ministro Pedro Pierry (SCS de 12 de mayo de 2008, Rol 887-2008), en su voto de minoría frente al rechazo de la competencia de la Dirección del Trabajo en la fiscalización de las materias referidas a la externalización laboral, “... que sea el propio afectado el que reclame (...) en muchos casos resulta ilusorio.” (Fundamento Cuarto del voto de minoría).

nalización laboral ilícita en Chile —y nunca las ha habido⁸⁸— y tampoco investigaciones que den cuenta de su magnitud —las que sí han existido en nuestro país⁸⁹—, sí hay diversos indicios que hacen presumir su existencia.

El dato real es que la suma total de externalización laboral ha aumentado. En efecto, si consideramos la cifra presentada por INE a partir del 2010⁹⁰, entre los años 2010 y 2015 la externalización aumenta en un 47,5% (665.553 a 981.747 trabajadores)⁹¹. Sin embargo, se plantean distintas tendencias según cual sea su manifestación: mientras que la subcontratación aumenta en un 15%, el suministro lo hace en un 153%⁹².

Respecto de la subcontratación debería sostenerse la tendencia a la mantención de su magnitud en el mercado laboral, en cuanto las diversas fuentes plantean un leve aumento, como es la del INE, o una disminución, como es la de la Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo, ENCLA, del año 2014⁹³, aunque la información que otorga esta última encuesta está referida al número de empresas que efectúan la operación señalada, es decir que subcontrata personal.

En todo caso, esta última encuesta mantiene el antecedente de la alta dependencia de las empresas contratistas respecto de la principal⁹⁴ y que se manifiesta en la entrega de maquinarias, materiales e insumos de parte de la empresa principal a la contratista, el que se reitera en un 49,6 % de los casos⁹⁵; apoyo tecnológico o capacitación en un 36,7 % y pagos anticipados y créditos en un 47,1% de los casos. Cabe señalar que esta información se repite en anteriores informes de la Encuesta Laboral, a partir de año

⁸⁸ Ciertamente que no hay forma de pesquisar la cuantía de la externalización laboral, toda vez que tiende a ocultarse al constituir un ilícito.

⁸⁹ Como sí lo hubo tiempo atrás, con ocasión de las Investigaciones efectuadas al interior de la Cámara de Diputados. Véase Informe de Cámara de Diputados, cit. (n. 20).

⁹⁰ Se define ese año toda vez que por exigencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a partir de entonces se aplica una nueva encuesta de medición del empleo; y esta es la Encuesta Nacional de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

⁹¹ En base a microdatos de Encuesta Nacional de Empleo, INE, Trimestre octubre –diciembre, cifra elaborada por DURÁN, Gonzalo [*Radiografía al empleo externalizado. El impacto de la externalización en el mercado laboral y la calidad del empleo*, (Santiago de Chile, Documento de Trabajo, CENTRASS-Fundación SOL, noviembre de 2016) p.11], a través de Tabla 3 referida a “variación del Empleo entre OND 2010 y OND 2015, total país”.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Dirección del Trabajo, ENCLA 2014, cit. (n. 14), pp. 79 y 80.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, p. 80.

2006⁹⁶. Asimismo, mayoritariamente se ha planteado una relación informal entre empresa principal y contratista, en cuanto en más de un 50% de los casos son sólo acuerdos verbales por los que las empresas contratistas entregan facturas o boletas⁹⁷; tal como ha informado la Encuesta Laboral, aunque esta información es omitida en la del año 2014⁹⁸. Además, un antecedente a relevar es la alta incidencia de la subcontratación en la actividad económica principal, tal como se presenta en el 30% de las empresas que subcontratan alguna actividad, relación que se mantiene en los últimos años, con la excepción de la pequeña empresa, cuya subcontratación de la actividad principal llega a un 45% en el año 2014⁹⁹.

El alto porcentaje de subcontratación de la actividad principal pone en duda la real subcontratación laboral, en cuanto supone una posible dirección desde dicha empresa principal, toda vez que ésta difícilmente abandonaría la gestión directa en tales actividades. La misma presunción plantea la alta dependencia de las empresas contratistas y subcontratistas respecto de la empresa principal sumado. En efecto, en los sistemas comparados se exige que el contratista presente una verdadera organización empresarial, además del real ejercicio de sus facultades empresariales respecto de los trabajadores que de él dependen y, además de que la gestión empresarial se realice a su propio riesgo¹⁰⁰. Así, respecto de la primera exigencia, se configura la cesión ilegal de trabajadores, en el supuesto, entre otros casos, de que la contratista “carezca de una actividad o de una organización propia y estable” o “no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad”¹⁰¹.

En definitiva, tales datos hacen presumir la injerencia de la empresa principal en la gestión de la contratista y pone en duda una verdadera

⁹⁶ Si bien la Encuesta Laboral es realizada por la Dirección del Trabajo, desde la del año 2006 se incorpora un capítulo referido a la externalización laboral, en el que además de cuantificar tanto la subcontratación como el suministro da cuenta de las características con que operan dichas manifestaciones de descentralización productiva.

⁹⁷ Dirección del Trabajo, ENCLA 2006, p. 35, ENCLA 2008, pp. 71-73, ENCLA 2011, pp. 110-112, cit. (n. 14).

⁹⁸ En la sección respectiva (Dirección del Trabajo, ENCLA 2014, cit. (n. 16), pp. 67-83, no hay referencia alguna a la calidad de esta relación.

⁹⁹ Dirección del Trabajo, ENCLA 2014, cit. (n. 16).

¹⁰⁰ Es el caso del sistema español. Al efecto, véase NORES, Luis, *Cesión de trabajadores: concepto y régimen*, en GOERLICH, José María (coordinador) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016) pp. 813-822.

¹⁰¹ Tal como lo establece el Estatuto de los Trabajadores de España, en su actual Art. 43.2.

subcontratación laboral¹⁰², esto es que en vez de contratar la producción de determinados bienes o la prestación de determinados servicios lo que en realidad se contrata es “*el suministro de mano de obra, esto es, el simple trabajo de los trabajadores?*”¹⁰³, encubriendo de esta manera una cesión ilegal de trabajadores.

Respecto del suministro de trabajo, además del alto incremento que muestra la Encuesta Nacional de Empleo —de 155.129 a 392.421 trabajadores, lo que constituye un aumento de un 153%—, el indicio de la ilicitud de una parte importante de esta vía de externalización laboral se manifiesta por el escaso número de trabajadores que declaran las empresas de servicios transitorios, con ocasión del registro periódico que deben efectuar por motivo del otorgamiento de la garantía empresarial¹⁰⁴, el que en el período en estudio ha permanecido en una cifra cercana a los treinta mil trabajadores¹⁰⁵.

Dicha suma se aleja bastante de la definida por encuestas llevadas al efecto, tanto la ENE del INE, como de la misma Dirección del Trabajo a través de la ENCLA, la que al año 2014 dio cuenta de 152.000 trabajadores suministrados¹⁰⁶, en conformidad a la declaración que hacen las empresas usuarias; por lo que es notorio que se plantea un sub-registro de trabajadores suministrados a los efectos de otorgamiento de la garantía. Aunque es cierto que, en alguna medida, ello podría deberse a la estacionalidad que tienen la contratación laboral por parte de estas empresas, cuyo mayor número no coincide con el momento de la renovación de la garantía o también, desde otra perspectiva, que habría un sub-registro intencionado por parte de las empresas de servicios transitorios fundado en los mayores costos que dicho registro significa, estas presunciones no

¹⁰² Tal como lo definen RAMÍREZ, Juan y SALA, Tomás, *Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores*, en GARCÍA-PERROTE, Ignacio y GOERLICH, José María, cit. (n. 6), p. 109.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ En efecto, en conformidad a la normativa establecida precisamente por la Ley N.º 20.123, las Empresas de Servicios Transitorios, EST, deben constituirse como tales (Art. 183-F, letra a Art. 183-I, CT), inscribirse en un registro especial y público que lleva al efecto la Dirección del Trabajo (Art. 183-K, CT) y otorgar una garantía permanente por su responsabilidad laboral y cuyo monto se define en razón del número de trabajadores contratados; en todo caso dicha garantía debe ajustarse cada doce meses en razón del número de trabajadores que tenga contratados en dicho momento (Art. 183-J, CT)

¹⁰⁵ Así, al 16 de enero de 2017 tal número de trabajadores declarados a los efectos del otorgamiento de la garantía de las EST fue de 30.673 (visible en internet <http://intranet.dirtrab.cl/dtplus/est/listadoest.aspx>, con fecha 16 de enero de 2017.

¹⁰⁶ Dirección del Trabajo, ENCLA 2014, cit. (n. 16), pp. 74.

permiten explicar la gran diferencia de cifras. Además, aun considerando las diversas metodologías y fechas con que se mide la cuantía del suministro, es claro que las cifras plantean una discordancia mayúscula: así una encuesta multiplica por doce la cifra indicada y la otra la quintuplica.

Estas diferencias requieren otras explicaciones y que deberían efectuarse en base a estudios rigurosos. A falta de ello, dichas respuestas sólo se pueden plantear por vía de hipótesis y éstas podrían sostener que en gran medida el suministro de trabajo estaría siendo efectuado por empresas no autorizadas al efecto y, por consiguiente, se trataría de una cesión ilegal de trabajadores.

En este sentido, se retorna a la situación inicial que planteó la intervención del legislador, la que deba cuanta de un suministro ilegal masivo. La diferencia es que ahora se presenta bajo la vigencia de una legislación que tiene escasa aplicación, a lo que se suma la falta de fiscalización de la Dirección del Trabajo.

2. El retraimiento de la Dirección del Trabajo en materias de descentralización productiva

Una dimensión que no deja de llamar la atención en este proceso de deconstrucción de los instrumentos frente a la cesión ilegal de trabajadores ha sido la paulatina limitación de las facultades de la Dirección del Trabajo en su rol de fiscalización del cumplimiento de las normas laborales referidas a los efectos de las diversas manifestaciones de la descentralización productiva, la que se extiende desde su cuestionamiento para efectuar tal tarea hasta la supresión normativa de tales facultades.

En efecto, dicho cuestionamiento se ha planteado particularmente respecto de las tareas llevadas a cabo por las respectivas Inspecciones del Trabajo en su labor de fiscalización de las normas referidas a externalización laboral, las que han sido objetadas a través de pronunciamientos en recursos de protección. En las respectivas sentencias se niega la competencia de las inspecciones de calificar la relación contractual de trabajo y de quienes son sus partes, en cuanto ello constituiría una actividad jurisdiccional por lo que vulneraría la garantía de constitucional de no ser juzgado por comisiones especiales¹⁰⁷, sosteniéndose que la actividad de fiscalización debe limitarse a “... *ilegalidades claras, precisas y determinadas*...”¹⁰⁸.

Es cierto que dicha tesis ha tenido detractores tanto al interior del sistema judicial a través de posiciones minoritarias¹⁰⁹, como en la doctrina

¹⁰⁷ Art. 19, N° 3, inciso 4° de la Constitución Política.

¹⁰⁸ Por todas, SCS de 29 de mayo de 2007, Considerando Cuarto.

¹⁰⁹ Por todas, el ya citado voto de minoría del Ministro Pedro Pierry, en SCS de 12 de mayo de 2008, ya citada.

académica¹¹⁰, que ha calificado la tesis mayoritaria como pretensión de isomorfia, al exigir que la fiscalización se efectúe sólo “cuando exista una correspondencia inmediata entre la disposición legal y el hecho, como si se tratara de un objeto y su reflejo”¹¹¹. No obstante, ha sido dicha posición la que ha prevalecido y la Dirección del Trabajo ha debido sujetarse a dicha tesis, sea limitando su labor de fiscalización sobre dichas materias en un primer período o carecer de dichas facultades con posterioridad, toda vez que la Ley N.º 20.740 además de suprimir la infracción en materia de externalización laboral ilícita limitó las facultades de dicha entidad administrativa en materia de tercerización, ya que la definición del ilícito en materia de grupos de empresas sólo corresponde al tribunal que conoce de la respectiva causa¹¹², entidad que, a la vez, es quien debe aplicar la respectiva sanción pecuniaria¹¹³.

El efecto principal que plantea la falta de competencias por parte de esta entidad administrativa es que incide en la eficacia del Derecho del Trabajo. De una parte, porque las diversas manifestaciones de la descentralización productiva provocan la falta de aplicación de muchas de las disposiciones de esta disciplina jurídica y, además, dificulta la acción organizada de los trabajadores. De la otra, porque en el sistema de relaciones laborales chilenos, gran parte de la eficacia de esta rama del Derecho depende de la acción de Dirección del Trabajo, no habiendo otros instrumentos para estos efectos o siendo éstos insuficientes al objetivo que se plantean, tal como son las organizaciones sindicales¹¹⁴, dada la escasa implantación que tienen en un gran número de las empresas¹¹⁵.

¹¹⁰ Por todos, desde la doctrina laboralista, LIZAMA, Luis, *La Corte Suprema y el ejercicio de las facultades de los Inspectores del trabajo en la ley de subcontratación: Una doctrina y dos consecuencias jurídicas posibles*, En *Revista Estudios Laborales* 2 (2008), pp. 97-123. Y desde la doctrina del Derecho Administrativo, FERRADA, Juan, *El derecho fundamental a un juez predeterminado por la ley y potestades administrativas: Notas a propósito del caso de la Inspección del Trabajo*, en *Revista Estudios Laborales* 2 (2008), pp. 5-21.

¹¹¹ LIZAMA, Luis (2008), *ibid*, pp. 97-101.

¹¹² Art. 507, inciso tercero, número 3, del C.T.

¹¹³ Así el D.D.T. 3406/054 (2014, p. 1) plantea que “...la voluntad del legislador ha sido radicar exclusivamente y de manera excluyente en el órgano jurisdiccional el conocimiento de las controversias que involucran la calificación de dos o más empresas como un solo empleador.

¹¹⁴ Como ha sostenido KAHN-FREUD, Otto, *Trabajo y Derecho* (trad. de J. Galiana Moreno, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de España, 1987), pp. 56-57, “*en todas partes, la eficacia de las leyes dependen de los sindicatos mucho más que éstos dependen de la eficacia de aquellas.*”

¹¹⁵ De acuerdo a los datos de la Dirección del Trabajo (ENCLA 2014, pp. 157-164), sólo en el 91% de las empresas hay sindicatos, los que se concentran en la

3. *La definición de nuevos instrumentos ante la externalización laboral ilícita*

Los datos señalados manifiestan los mismos antecedentes que en su momento hicieron necesario el establecimiento de los instrumentos ante la externalización laboral ilícita, es decir, relaciones laborales que no corresponden a las formas de externalización asumidas por el ordenamiento jurídico laboral sino que encubren cesiones ilegales de trabajadores.

Y el ordenamiento jurídico laboral carece de instrumentos para sancionar estos supuestos toda vez que ha suprimido las facultades fiscalizadoras que la Dirección del Trabajo tenía al efecto, salvo el de imputación del contrato de trabajo al real empleador, el que en todo caso ha sido escasamente utilizado como acción judicial, toda vez que requiere una organización sindical que actúe a nombre de los trabajadores.

Pero el tema que está involucrado es el de la eficacia del Derecho del Trabajo, que más allá del cumplimiento de las normas laborales plantea la exigencia de aplicación de dichas normas, la que se elude precisamente a través del ocultamiento del real empleador, no sólo por los efectos de garantía en el cumplimiento de las normas laborales sino que por la falsa configuración de empresa que afecta además de los derechos individuales el ejercicio de los derechos colectivos, con la particularidad de que en el sistema jurídico chileno estos últimos sólo se pueden ejercer en dicho ámbito de empresa.

Si bien puede sostenerse la competencia de las Inspecciones del Trabajo para efectuar las calificaciones que correspondan del contrato de trabajo y de quienes son su partes para efectos de la necesaria fiscalización del cumplimiento de las normas que le ha sido encomendado, mientras no sea resuelta la controversia sobre tales competencias, nada impide que el sistema jurídico faculte a las inspecciones del trabajo a efectuar la denuncia ante los tribunales de justicia por los infracciones de externalización laboral ilícita como también por las vulneraciones legales que se presenten en otras manifestaciones de descentralización productiva. De esta manera, serán los tribunales de justicia los que calificarían tal relación contractual, por una vía que facilitaría el conocimiento de tales causas, ya que, como tantas veces se ha señalado, el concreto trabajador difícilmente actuará ante los tribunales estando vigente su contrato de trabajo, salvo que sea a través de una organización sindical.

mediana empresa (20,5% de ellas tiene sindicato) y en la gran empresa (las que tienen sindicato en un 654,3%).

V. OBSERVACIONES DE SÍNTESIS

Pese a la relevancia de la sanción normativa a la cesión ilegal de trabajadores para los fines de cautelar la eficacia del Derecho del Trabajo, el ordenamiento jurídico chileno sólo le ha reconocido especiales efectos a dicho ilícito laboral a partir de los últimos años del siglo veinte. En todo caso, la culminación de su construcción jurídica se alcanza con la Ley N.º 20.123, de 2006, la que no limita sus efectos a una infracción especial sino que los extiende a la imputación del contrato de trabajo con el real empleador. Posteriormente dichos efectos son limitados drásticamente, como es a través de la Ley N.º 20.760, de 2014, la que se deroga las especiales infracciones en materia de externalización laboral.

No obstante, fueron varias las vías que concurrieron a dismantelar dicha construcción jurídica. Primera, la doctrina jurisprudencial que rechazó la competencia de las inspecciones del trabajo para fiscalizar e impartir instrucciones aplicando los dos efectos señalados. Segunda, la especial aplicación de las infracciones en materia de externalización, tanto por los tribunales de justicia como por la misma Dirección del Trabajo, a lo que se suma la especial exigencia de la intencionalidad en su configuración. Tercera, la citada derogación de dichas infracciones a través de la Ley N.º 20.123.

Es cierto que permanece vigente la acción de imputación del contrato de trabajo con el real empleador, pero ésta es de difícil ejercicio por parte del concreto trabajador mientras esté vigente su contrato de trabajo, salvo que acciones directamente la respectiva organización sindical, pero ello es difícil dado el escaso tejido sindical sobre todo en la pequeña y en la micro empresa.

Y este es el problema que se plantea: el de la falta de eficacia de las normas sobre externalización laboral, en particular, y del Derecho del Trabajo, en general; y consiguientemente el de los instrumentos adecuados para alcanzarla. Precisamente, el sistema jurídico laboral chileno ha definido a la Dirección del Trabajo como la principal vía para conseguir la eficacia de la normativa laboral. A la vez, el sistema jurídico diseñado por la Ley N.º 20.123 definió el de la acción de la fiscalización de la misma entidad para frenar la masificación de cesiones ilegales de trabajadores; pero, como se ha indicado, este medio fue suprimido: primero por objeción judicial y posteriormente es derogado por la vía legal.

Entonces se enfrentan dos desafíos. Uno es de carácter particular y atinge al desconocimiento las facultades fiscalizadoras de la Dirección ante la externalización laboral ilícita; al efecto, y mientras no se resuelva tal controversia, nada impide que se faculte a la Dirección de Trabajo a

efectuar las denuncias respectivas de cesión ilegal de trabajadores ante los tribunales de justicia, para que sean ellos los que resuelvan el conflicto particular. Pero el otro reto incumbe a todo el Derecho del Trabajo y este es de los medios que permitan la eficacia de sus normas. En el sistema chileno de relaciones laborales, la fiscalización de la Dirección del Trabajo constituye el principal instrumento que otorga eficacia a las normas laborales; mientras no sea superado por otro medio más eficaz, como es la acción sindical, se requiere la revisión de las bases jurídicas y de la política de limitación de las facultades de esta entidad de la administración del Estado. Y ello particularmente en materia de fiscalización de manifestación de descentralización productiva, porque desde varios decenios atrás las empresas se organizan de un modo bastante diverso al tradicional (grupos de empresas, subcontratación laboral y suministro de trabajo, entre otros) y no es sostenible que el Estado se prive de sus facultades de exigir el cumplimiento de las normas laborales porque se le impide definir en cada caso la organización de la empresa y quienes son las partes reales del contrato de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- BLAT, Francisco, *El marco socioeconómico de la descentralización productiva*, en GARCÍA-PERROTE, Ignacio y GOERLICH, José María, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).
- CRUZ, Jesús, *Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales?*, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (coordinador), *El empleador en el Derecho del Trabajo* (Madrid, Tecnos, 1999).
- DE LUCA-TAMAJO, Rafaele - PERELLI, Adalberto, *Informe de Ponencias presentadas al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* (Paris, Francia, 2006).
- DURÁN, Gonzalo, *Radiografía al empleo externalizado. El impacto de la externalización en el mercado laboral y la calidad del empleo* (Santiago de Chile, Documento de Trabajo, CENTRASS-Fundación SOL, noviembre de 2016).
- DURÉNDEZ, Ignacio, *La Sanción Administrativa en el Orden Laboral* (Murcia, Universidad de Murcia, 2006).
- EICHEVERRÍA, Magdalena, SOLÍS, Valeria - URIBE-ECHEVERRÍA, Verónica, *El otro trabajo, el suministro de personas en las empresas* (Santiago de Chile, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Cuadernos de Investigación N° 7, 1998).
- FERRADA, Juan, *El derecho fundamental a un juez predeterminado por la ley y potestades administrativas: Notas a propósito del caso de la Inspección del Trabajo*, en *Revista Estudios Laborales* 2 (2008).
- GARRIDO, Mario, *La Infracción Laboral y el Delito Previsional* (reimp., Santiago, Conosur, 1995).
- KAHN-FREUD, Otto, *Trabajo y Derecho* (trad. de J. Galiana Moreno, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de España, 1987).
- LIZAMA, Luis, *La Corte Suprema y el ejercicio de las facultades de los Inspectores del trabajo*

- en la ley de subcontratación: Una doctrina y dos consecuencias jurídicas posibles*, en *Revista Estudios Laborales* 2 (2008).
- NORES, Luis, *Cesión de trabajadores: concepto y régimen*, en GOERLICH, José María (coordinador) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016).
- NORES, Luis, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003).
- PALAVECINO, Claudio *La simulación y el subterfugio laborales*, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 4, N.º 7, (2013).
- PALAVECINO, Claudio, *Subcontratación. Régimen Jurídico del trabajo subcontratado y del suministro del personal* (Santiago, Jurídica de Chile, 2006).
- RAMÍREZ, Juan y SALA, Tomás, *Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores*, en GARCÍA-PERROTE, Ignacio y GOERLICH, José María, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000).
- ROJAS, Irene, *Subcontratación laboral, suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot, 2011).
- SALA, Tomás, MANGARELLI, Cristina y TAPIA, Francisco, *La descentralización empresarial y la responsabilidad en América Latina y España* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011).
- VALDÉS, Fernando, *La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo*, en PEDRAJAS, Andón (dirección) *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria*, (Valladolid, Lex Nova, 2002).

Documentos

- Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N.º 20.760* (visitado en internet http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20.760&anio=2017).
- Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, Cámara de Diputados, Informe, Sesiones de Cámara de Diputados, Sesión 31 de 23 de enero de 2002, pp: 25-58, “Informe de Comisión Investigadora, constituida con fecha 17 de abril del 2001, encargada de analizar los incumplimientos empresariales de la normativa laboral vigente, y de las facultades y recursos adicionales que requieren los organismos públicos para garantizar el cumplimiento de la ley”.
- Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N.º 19.250, Volumen 1, 2 y 3, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario (Texto impreso, Santiago de Chile, 1997).
- Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. *Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo*, ENCLA, de los años 1998, 1999, 2002, 2004, 2006. 2008, 2011 y 2014 (<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22780.html>).