

LA PRACTICA DE LOS MULTIRUT Y LAS DEBILIDADES DE NUESTRO CONCEPTO LABORAL DE EMPRESA.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS ¹.

El desafío de solución de la problemática investigada no se encamina por cuestionar la existencia de capitales relacionados que, a cargo de emprendimientos diferenciados y con gestión claramente independiente –en especial en el ámbito laboral en lo que a ejercicio de las facultades empleadoras de administración se refiere-, es lo que caracteriza al *holding de empresas*, ni tampoco a la dureza competitiva en lo económico que se vincula al régimen de subcontratación, ya inherentes al modelo de mercado.

De lo que sí se trata es de, tanto como garantizar el más amplio despliegue empresarial, tener la capacidad de detectar, sancionar y solucionar los simples fraudes laborales que, mediante el ocultamiento, la simulación o el subterfugio, y utilizando abusivamente la amplia libertad existente al efecto, visiblemente tenían por objeto esconder la realidad de una sola empresa, con una dirección de mando férreamente unificada -en particular en lo que a las señaladas facultades empleadoras de administración-, en una diáspora de aparente empresas distintas, simplemente con el objetivo –obviamente no reconocido- de eludir el cumplimiento de importantes derechos laborales.

Sin embargo, las características excesivamente formalistas de nuestro pensamiento jurídico y la adopción intensa de los principios económicos de mercado, constituyeron un significativo refuerzo de las prerrogativas de protección y fomento del emprendimiento privado, que condujeron, como se anticipó, a reconocerle al empresario empleador una libertad y autorización amplia y absoluta para, en su propio concepto y parecer, organizarse del modo que le resultara más conveniente a sus fines particulares y a su vez sociales, restringiendo al orden jurídico la posibilidad de cuestionar esta especie de potestad, elevada incluso a derecho fundamental protegido por el orden constitucional, al vincularsele como una manifestación más del derecho de propiedad.

Esta debilidad jurídica es la que impide enfrentar razonablemente los casos de empresas que, pese a funcionar con diversas razones sociales, en la realidad sigue operando con una dirección o mando empresarial directo, centralizado y único, produciendo dañosos resultados en significativos derechos laborales, independientemente de que ello implique,

¹ Estas líneas son parte de un trabajo de investigación efectuado por nuestro dirigente Raúl Campusano Palma, para el Departamento de Estudios de la DT, el cual no fue publicado por razones editoriales de las autoridades del pasado Gobierno, y que ha sido repuesto para su reevaluación, por las que recién han asumido. ANFUNTCH ha hecho suyos, en sendas reuniones de trabajo, lo sustancial de los planteamientos expuestos.

por la innecesariedad de acreditar intenciones, que esa haya sido la intención efectiva o, por el contrario, que, con un objetivo elusivo o evasor del cumplimiento y en una lógica de disminución de costos y optimización económica impropia, sí lo haya sido.

Tal carencia jurídica ha dificultado, por lo demás, la aplicación de un principio angular del Derecho del Trabajo cual es el de primacía de la realidad, que le permite desarrollar su capacidad de enfrentarse y develar las acciones de fraude o simulación y así cumplir eficientemente su finalidad tutelar y regulatoria, lo que, produciendo importantes y hasta insalvables obstáculos para la actuación administrativa ha concluido, en el extremo, en un intento por renunciar a la competencia que la propia ley le ha asignado, en forma expresa, en el control del fraude laboral

Con todo, tal plasticidad mínima del concepto jurídico laboral de empresa, que más allá de validar las actuaciones o declaraciones meramente formales del empleador pueda ser contrastada con la realidad y con ello combatir efectivamente el fraude normativo, no puede convertirse en incerteza jurídica a merced de los intereses que, de signo opuesto, quisieran desdibujar la nitidez de los contornos de un emprendimiento concreto, de entre varios independientes que legal y legítimamente puede tener un mismo capital.

Sería el caso, por ejemplo –argumentado por los detractores de las eventuales intervenciones correctivas del actual desdibujamiento del concepto laboral de empresa-, de quienes, a partir de la plasticidad planteada como indispensable, quisieran ampliar por esta vía impropia la negociación colectiva al ámbito supraempresa, aún cuando el marco normativo la constriña al intraempresa².

Lo anterior explica un escenario en el que, conjuntamente con un amplio consenso para enfrentar el problema, existe un razonable temor a que ello pudiera hacerse a través de vías técnicas que, dada la previsible mayor regulación que se planteará sobre materias ahora sujetas al arbitrio de la gestión empleadora, pudieren tener efectos que estiman

² Independientemente de que, por razones abiertamente expuestas, y bajo las condiciones que se establezcan, efectivamente la institucionalidad laboral del país, a través de las modificaciones legales pertinentes, y con un objetivo plausible de aumentar la cobertura de uso efectivo de la negociación colectiva, decida, en su oportunidad, romper el rígido cerco que, al margen de los estándares internacionales, la constriñe a dicho ámbito subempresa, no permitiendo que siquiera abarque todo el espectro de la propia empresa de que se trate. Ello, conforme se explica con mayor detalle en el trabajo, del mismo autor **“Explorando posibilidades normativas para una ampliación de la cobertura de la negociación colectiva en Chile”**, del año 2011, también elaborado para la División de Estudios de la Dirección del Trabajo, en las mismas condiciones de publicación rechazada editorialmente y ahora pendiente de revisión.

indeseables o riesgosos, no sólo respecto de cada empresa individualmente considerada si no que del mercado de trabajo y del sistema económico en su conjunto.

Con el objetivo de contribuir a destrabar la confusión terminológica que alimenta el recelo y el inmovilismo, y sin repetir o profundizar en cada caso en su fundamentación presente en el trabajo de investigación, se exponen las siguientes reflexiones, a modo de conclusiones y sugerencias.

1.- El problema del multiRUT no es otra cosa que el fraccionamiento artificial de una empresa concebida desde el punto de vista laboral –esto es, que conserva una dirección única y centralizada, en especial a lo que la titularidad del mando que entrega al empleador en la relación de subordinación y dependencia- , que, debido a la lesión de importantes derechos laborales de sus trabajadores puede presumirse fraudulento y, por ella, la operatoria jurídica debiera estar en condiciones de perseguir y sancionar con efectividad.

2.- Tanto en la realidad nacional como comparada, el fraude societario en lo laboral se ha visto favorecido por los riesgos asociados al desarrollo y consolidación de nuevas formas de organización empresarial, como lo son la externalización o subcontratación, y el suministro de trabajo, propias de una tendencia descentralizadora ligada a la mayor eficiencia del mercado de trabajo y del sistema económico de mercado abierto, dentro de un escenario de globalización. Su contexto natural son las empresas de tamaño mediano o grande, pero la generalización en éstas difunde la práctica hacia las empresas más pequeñas hasta abarcar incluso la relación entre una razón social y el patrimonio laboral de una persona que oficia de empleado, en las “empresas individuales de responsabilidad limitada”.

3.- No obstante lo anterior, resulta indispensable distinguir con nitidez y efectividad – tal como lo han hecho los sistemas jurídicos maduros- entre la permisividad jurídica y legalización de estas nuevas formas de contratación, con las regulaciones garantistas procedentes, del simple y tradicional fraude normativo, que ha existido desde siempre y que ahora genera nuevas figuras especiales, a objeto de dicha finalidad persecutoria en contra de éste sin afectar el normal desempeño de aquellas.

4.- En nuestra realidad nacional el fraude laboral por fragmentación artificial de la empresa comenzó a masificarse en el curso de los años 90 del siglo pasado y, a la par, el sistema jurídico nacional intentó realizar la distinción precedente pero la confusión conceptual y terminológica instalada en el país, en especial a partir de la jurisprudencia

administrativa que iguala empresa con razón social y RUT, ha hecho imposible, hasta la fecha, arbitrar mecanismos eficientes y claros para distinguir y actuar entre las nuevas formas de organización empresarial finalmente aceptadas y reguladas a partir de la Ley 20.123, y el simple fraude societario.

5.- Los significativos reproches que es posible formular a esta jurisprudencia administrativa, con algunos antiguos fundamentos, pero desarrollada y consolidada en el curso de los años 90, pueden resumirse del siguiente modo:

a) Se basa en una interpretación de los conceptos de empresa y empleador de carácter marcadamente literalista, desatendiendo los demás e indispensables criterios de hermenéutica. Lo hace, además, impropriamente, atribuyendo a la crítica expresión “individualidad legal determinada” un sentido que aparece caprichoso al no estar sustentado en ninguna razón de texto y que, en el fondo, implica desconocer el claro mandato legal de tener a la vista un concepto laboral de empresa, el cual, vaciado de contenido, termina referenciado mecánicamente y exclusivamente a la conceptualización civil, y más todavía tributaria, que se tiene de ésta. Esto es, en vez de referirse a una operación de determinación efectuada soberanamente por la ley, se termina validando, en el absurdo, la exclusiva y unilateral voluntad de un particular (el empleador-propietario-empresario), cuya razón social –o nombre- resultante de la constitución de una sociedad de cualquier tipo (o, más recientemente, incluso de una empresa individual de responsabilidad limitada), o, peor aún, al RUT que se otorgue a dicha persona jurídica por el Servicio de Impuestos Internos, se tiene como la empresa, en todo lo que a su relación con los derechos de los *terceros* trabajadores se refiere.

b) Entre los criterios de interpretación desatendidos completamente destaca el histórico, lo cual le permite a esta jurisprudencia desconocer los sostenidos y sucesivos esfuerzos legislativos por poner atajo al fraude societario que se han traducido en diversas modificaciones legales arbitradas con ese específico fin en las últimas dos décadas, como se detalla más abajo.

c) También esta jurisprudencia desconoce gravemente el criterio sistemático de interpretación, pues construye los conceptos de empleador y empresa sólo a partir del tenor literal desfigurado del artículo 3º del Código del Trabajo, soslayando la indispensable mirada integral de incorporar las disposiciones de los artículos 4º, incisos 1º y 2º, 7º, 8º, 9º y actual 407 del Código del Trabajo, que se requiere para tal tarea.

Al hacer esto, además, resta peso y aplicación a otros principios, mecanismos e instituciones fundamentales del iuslaboralismo, como la primacía de la realidad (artículos 4º, 7º, 8º y 9º del Código del Trabajo), la continuidad jurídica de la relación laboral y despersonalización del empleador en favor de la empresa (artículo 4º inciso 2º), que permiten cumplir cabalmente su rol regulatorio y tutelar.

d) Más aún, incorpora ésta cuestionada interpretación una visión completamente desfigurada de la “teoría institucional” de la empresa, propia del iuslaboralismo, pues, en vez de cumplir su finalidad básica de servir de contrapeso y limitación de los poderes del empleador-empresario-propietario (al hacerlo confluír en un espacio jurídico que, con regulaciones integradoras, aúna los factores capital y trabajo), válida, como se dijo, su unilateral y discrecional voluntad, hasta el nivel de la arbitrariedad que incluye el fraude.

e) Además, desoye sistemáticamente la clarísima habilitación legislativa para la competencia administrativa en el combate del fraude societario, renunciándola a favor de un órgano y procedimientos judiciales que, aunque ahora mejor que antes, no están en condiciones de afrontarlo en forma masiva y oportuna, de tal manera que, aún siendo los tribunales más efectivos y directos en el develamiento y sanción del fraude, quedan en virtual indefensión las masivas y mayoritarias prácticas fraudulentas que se producen durante la vigencia de la relación de trabajo, habitualmente sin acceso a la justicia laboral.

f) En fin, y como resumen crítico, esta doctrina administrativa, en vez de contribuir a la aplicación efectiva del concepto de empresa y empleador a objeto de cumplir los precisos y delicados fines que son propios del Derecho del Trabajo –relativos a identificar al principal sujeto obligado de toda la normativa laboral-, produce, insólitamente, el efecto inverso, es decir, permitir el refugio del empleador-propietario fraudulento, en la empresa, entendida ésta como la maraña jurídica de su propia y unilateral creación simuladora.

6.- En un escenario de preponderancia del actuar de la Dirección del Trabajo en sus diversas y amplísimas competencias administrativas en el ámbito de la fiscalización, la difusión de ley o, en especial, de la interpretación, el fuerte influjo de esta cuestionada jurisprudencia administrativa es el que explica que, aun habiendo sucesivas y específicas intervenciones legislativas destinadas a corregir la falta de efectividad de la operatoria jurídica en la persecución y sanción del fraude societario –en particular a través de las Leyes 19.250, de 1993, 19.759, de 2001, y 20.123, de 2006-, ellas no haya tenido mayores efectos y el problema subsista y se agrave cotidianamente.

7.- Como otras, esta es una de las materias que se alojan en la institucionalidad y en la generalidad de la opinión pública como problemas objetivos y de largo arrastre, pero en la que aquella no ha sido capaz de formular las soluciones correctivas que son procedentes. La tensión social que ello provoca ha hecho que, preventivamente, algunas de las grandes empresas cuyo actuar pudiera ser tachado de fraudulento, hayan decidido, por propia iniciativa, modificar y simplificar su organización empresarial. Pero ello, lejos de ser visto como un aminorar del problema, debe entenderse como la antesala de la llegada de una solución largamente esperada y ya comprometida por parte del sistema jurídico laboral.

8.- Este curso de solución consiste, más que en nuevas intervenciones legislativas - sin perjuicio del necesario perfeccionamiento de la coordinación de competencias administrativa y judicial previstas en el artículo 507 del Código del Trabajo, o de la señal que quiera darse al ámbito administrativo-, en el profundo rediseño de la jurisprudencia administrativa que se ha cuestionado, bajo orientaciones como las que se deducen de estas conclusiones y que se sugerirán, a mayor abundamiento, más abajo. Por cierto, sirviendo estos criterios, previstos en la ley y en el actuar administrativo, como orientaciones para el conocimiento y resolución judicial de los casos más complejos o de incumplimiento recalcitrante.

9.- Esta solución jurídica, teniendo a mano más que suficiente habilitación legal (y constitucional), y creciente apoyo doctrinario y jurisprudencial, con la participación coordinada tanto de los ámbitos administrativo como judicial, debiera ser capaz de distinguir con facilidad y solvencia técnica, la legitimidad y validez de la libertad empresarial para mejor organizar la empresa en un escenario de optimización de mercado, del simple y pedestre fraude societario, efectuado para escamotear derechos laborales, validando sin más al primero, y persiguiendo y sancionando eficientemente a éste último.

Para los efectos señalados cabe tener presente que la regulación y control, del fraude, como la evasión torcida del cumplimiento normativo que es, no es posible concebirla, en ningún especio normativo y menos en el laboral, con el establecimiento de fórmulas normativas que se pretenden de interpretación cierta, precisa o automática, resultando inevitable, para su debida contención, dar lugar a habilitaciones relativamente abiertas a las diversas hipótesis de incumplimiento insincero que puedan darse en los hechos.

Así, el desafío jurídico es, junto con las garantías sustanciales para otorgar certeza jurídica y protección en sus derechos a todos quienes se ajustan a las disposiciones, contemplar instituciones y mecanismos efectivos para, respetando tales derechos y ateniendo la posibilidad de errores, identificar y sancionar con efectividad a quienes se apartan de ellas, en especial a quienes lo hacen de modo torcido por la vía del fraude.

Por último, resumiendo las sugerencias y propuestas, es posible terminar con la siguiente enunciación, también resumida, de las mismas:

1.- En cuanto a modificaciones legales se refiere:

De acuerdo a lo expuesto, la promoción de nuevas modificaciones legales no debiera ser el centro de la solución a la problemática analizada, pues, contrariamente a lo que se afirma en una parte importante de las opiniones vertidas en el debate -en especial, influidas por las del órgano administrativo, que se encuentra atrapado en la necesidad de justificar su cuestionable doctrina que iguala empresa con razón social y RUT-, el actual marco normativo contiene los elementos necesarios para, con una adecuada y sistemática interpretación y aplicación, dar cuenta razonable del mismo.

Es más, se comparten las aprehensiones de quienes, cualesquiera sea su posición o interés en el debate, advierten sobre la inconveniencia de promover eliminar el concepto de empresa previsto en el artículo 3º del Código del Trabajo, más por razones de desconfianza y conflictividad, y por lo tanto inviabilidad, a que tales esfuerzos están dirigidos, que por fundamentos propiamente técnicos, pues, como se dijo, si no hubiera un concepto de empresa establecido expresamente en la ley, éste sería prontamente suplido, y quizás en forma análoga al actual, por la jurisprudencia administrativa y judicial, que lo requieren para aplicar un conjunto de disposiciones particulares, por ejemplo, las relativas a la negociación colectiva a nivel, precisamente, intra o subempresa.

Respecto de la eventual eliminación de la última parte de la actual definición legal de empresa del artículo 3º inciso final del Código del Trabajo, esto es, la referencia de la “individualidad legal determinada”, la opinión es similar a la anterior. Desde el punto de vista de la técnica jurídica propiamente tal, estimamos no significaría un cambio sustantivo. Sin perjuicio de lo cual, se reconoce al altísimo valor simbólico y la carga que tal modificación implicaría debido, precisamente, a las confusiones terminológicas y al clima enrarecido de recelo y carga de valores e intereses en juego, a partir de la

interpretación virtualmente caprichosa que la cuestionada jurisprudencia administrativa ha efectuado de tal expresión.

Por ello, una eventual modificación de este tipo, en el fondo está destinada, con lo paradójico que ello implica, a impulsar, por la vía legislativa, una especie de derogación de una mera interpretación administrativa que, no obstante tratarse de una fuente de Derecho de muy inferior jerarquía en comparación a la ley, se ha demostrado recalcitrante y a la vez muy influyente.

De otra parte, hemos señalado en varias ocasiones la sí procedencia y conveniencia de una modificación legal que despeje la doble habilitación simultánea que entrega tanto al ámbito administrativo como al judicial el artículo 507 del Código del Trabajo, para perseguir el fraude societario en general, permitiendo la superación de los aún episódicos conflictos de competencia producidos entre ambas instancias de la intervención estatal y, por ende, una mejor coordinación y más eficientes resultados.

En efecto, el defecto anotado es evidente cuanto las expresiones simulación y subterfugio son completamente equivalente entre sí y respecto de la referencia genérica al fraude y, por lo tanto, los intentos explicativos de diferenciar una figura de la otra resultan ilusorios o gravemente defectuosos hasta el punto que la propia jurisprudencia administrativa, con toda su masividad y frecuencia, ha omitido casi por completo tal labor³. Lo mismo sucede con el ámbito de la doctrina, o con la jurisprudencia judicial para la que, ya solicita su intervención inexcusable, resulta estéril.

A priori no es posible descartar que la solución de tal defecto en la correcta asignación de competencias pudiera resolverse, al menos en abstracto, a favor exclusivo de los tribunales. Pero, en tal caso, y a objeto de atender de forma expedita, oportuna y eficiente la gran cantidad de casos de este tipo, en especial aquellos en los cuales la relación laboral se encuentra vigente o, es más, se refiere a colectivos de trabajadores,

³ Es más, este quizás es el único caso en el cual algunas de las reflexiones que han intentado fundar una diferenciación entre la simulación a que hace referencia el inciso 1º del artículo 507, y que se referiría “al empleador” –de un modo que no se determina con claridad pero podría tratarse de las infracciones sólo al trabajo suministrado (¿?) -; y el subterfugio, del inciso 2º del señalado artículo 507, que se referiría “a la empresa” y al fraude societario; han sido manifestadas por algunas de sus autoridades a título dígame “personal” si es que ello es posible, pero que no se conoce que se hayan traducido en dictámenes u otros actos administrativos. Ver por ejemplo, informe de la Directora del Trabajo, en el año 2010, ante Comisión de Trabajo y Seguridad Social del H. Senado en el Segundo Trámite Constitucional del proyecto de ley iniciado por moción, de que da cuenta el Boletín 4456-13, en la primera parte de este trabajo.

debería tratarse de un procedimiento especialísimo, breve y sumario y de gran contundencia resolutoria ⁴.

No obstante, la sugerencia que parece más razonable en atención a nuestra tradición jurídica y a la necesidad de optimizar recursos escasos en la prosecución de una actividad con resultados eficientes, es el establecimiento de una competencia sucesiva, en escala de intensidad, en la que la Administración Laboral tenga facultades para conocer de denuncias, fiscalizar, resolver y sancionar, a través del procedimiento sancionatorio general o de uno especial y que, luego de agotada tal competencia, en un sentido u otro, los interesados tengan posibilidad de recurrir de lo obrado ante el tribunal competente, incluso con efecto suspensivo de lo resuelto administrativamente –hasta que se produzca la resolución judicial a firme- si así se determinare.

Tal distribución de competencia, reiteramos, garantiza el buen y ordenado empleo de los recursos institucionales y, además, su direccionamiento casuístico sólo respecto de los casos concretos denunciados por eventual fraude societario, sin necesidad de alterar la conceptualización general de empresa o empleador, aplicable, por cierto, a la generalidad de los emprendimientos, que se estima ajustan a la legalidad.

2.- Respetto al ámbito administrativo, en especial de su jurisprudencia.

Conforme las conclusiones expuestas, éste sí es el aspecto central a intervenir, modificando de manera sustancial la muy discutible interpretación que hemos identificado y cuestionado.

Ello será necesario aún en el evento que, conforme al tema tratado precedentemente, se llegase a modificar la definición legal de empresa del artículo 3º o, incluso, resolver, enm contra de nuestra principal sugerencia, la incompetencia administrativa para pesquisar y sancionar, al menos en primera sede, el fraude laboral, en especial el societario.

⁴ Podría tratarse, por ejemplo, del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Además, conforme lo ha declarado la Ministra del Trabajo y Previsión Social en el curso del año 2011, quizás podría tratarse de tribunales laborales especiales. Por último, aún en esta lógica de favorecimiento de la competencia jurisdiccional, es esperable que, igualmente, se asigne un rol relevante a la Dirección del Trabajo, ya sea de auxiliar en la investigación judicial, de fiscalía u otro similar, en la línea ya prevista en el ámbito de los derechos fundamentales.

En efecto, para aplicar las diferentes instituciones y normativas laborales que requieren de una conceptualización laboral de empresa, será siempre indispensable abordarla, cuidando al menos los siguientes aspectos:

En primer término, debe cuidarse de efectuar una interpretación sistemática y coherente de los conceptos de empleador, empresa, propietario y representante del empleador, al tenor de lo efectuado en la experiencia comparada más avanzada y, en nuestro caso, tras una interpretación igualmente sistemática y contextual de toda la normativa laboral relacionada, haciendo concurrir, a lo menos, los artículos 3º, en todos sus incisos; 4º, incisos 1º y 2º; 7º, 8º, 9º y 507.

Desde el punto de vista laboral, no todos estos conceptos son equivalentes ni pueden interpretarse bajo los parámetros de otros órdenes normativos, ni en forma aislada, artículo por artículo, menos aún desvirtuando el criterio de apreciación de la literalidad.

Así, por ejemplo, una empresa, desde el punto de vista laboral, necesariamente se debe identificar, en forma preponderante, a partir de la operatoria de los propios y particulares institutos iuslaboralistas, entre los cuales destaca con nitidez la manifestación de la dirección o poder de mando del empleador, a la cabeza de la relación de subordinación y dependencia.

Hecho el anterior ordenamiento, todo lo demás resulta fácil y natural.

Por ejemplo, aún cuando dos o más entidades compartan fuertes o completos vínculos propietarios (son de un mismo propietario), pero se constituyen en forma civilmente independiente (distintas razones sociales que segregan la responsabilidad patrimonial) y, lo más relevante, se gestionan efectivamente en forma independiente (no en los papeles ni en la formalidad, si no que en la realidad fáctica, por cierto), con especial mención a la gestión propiamente laboral (contratar, pagar, instruir, controlar, sancionar, despedir, etc.), se tratará de emprendimientos –empresas-, qué duda cabe, distintos.

Es lo que sucede, por ejemplo, con el holding de empresas a que hacíamos mención, en el que, aún cuando existen instancias de coordinación propias del vínculo propietario, se gestionan, cada una de ellas, con un mando directivo independiente. Por el contrario, si se llegare a identificar la existencia de una dirección única, especialmente en las facultades de administración propias de lo laboral, se establecerá, consecuentemente, la identidad empresarial, cuestión de hecho que, nuevamente

habitual en cualquier orden normativo, nacional o comparado, deberá determinarse a través de los medios de verificación establecidos para dicho efecto (fiscalización administrativa o prueba judicial, según los casos).

Igual cosa en el caso de la subcontratación. Si la empresa externalizada con la cual se contrata tiene una dirección efectivamente independiente y autónoma, en especial en lo que al mando laboral se refiere, se está ante empresas auténtica e incuestionablemente distintas. Y, si no era así, y se apreciara una dirección común detrás de un previsible vínculo patrimonial, obviamente habrá solo una apariencia de subcontratación que pretende esconder la figura del fraccionamiento fraudulento de la que era en realidad una sola empresa.

Del mismo modo con la variante de externalización consistente en el suministro de trabajadores de una empresa a otra que, después de su reconocimiento legal –antes el reproche era de simple ilegalidad por estar proscrita la triangulación del trabajo dependiente⁵–, pues, nuevamente, si se trata de una empresa suministradora con efectivo mando independiente y autónomo –en este caso, además por el giro único que exigió la normativa habilitante–, respecto de la receptora del personal, no hay posibilidad jurídica de sostener una hipótesis de fraude por fraccionamiento artificial, como si lo hay en la hipótesis de hecho contraria.

Como podrá deducirse, esta primacía fáctica de la apreciación del poder de mando laboral para definir a la empresa, permite que jueguen con coherencia tanto la centralidad de la relación de subordinación y dependencia, en nuestro derecho reconocida en los artículos 8º y 9º del Código del Trabajo, y el principio de primacía de la realidad, que hace entender existente un contrato de trabajo en cada caso en que comparezca una relación de subordinación y dependencia, aún cuando aquél no se formalice, como lo reconoce nuestro derecho positivo en el artículo 9º.

Para los efectos predichos deseablemente debiera optarse por la “teoría institucional” de la empresa correctamente entendida, esto es, corrigiendo la grave desviación de la jurisprudencia cuestionada, que pretende radicar al trabajador al devenir descontrolado para él de una razón social individual y discrecionalmente resuelta y modificada a su antojo por el empleador-empresario-propietario.

⁵ A diferencia de la opinión de quienes, fuera del iuslaboralismo e influidos por la noción civil de amplio facultamiento en todo lo que no esté expresamente prohibido, estimaban, a lo sumo, que se trataba de una figura “alegal”, esto es, carenciada de regulación.

En contrario, una empresa, institucionalmente entendida, como lo hace la generalidad de la legislación comparada, es el basamento para, impidiendo la discrecionalidad arbitraria del empleador-empresario-propietario, permiten el correcto funcionamiento de, por ejemplo, el sustancial principio de la continuidad de la relación laboral -conocido también como de despersonalización de aquél sujeto con capacidad de mando y dirección- que, reconocido en nuestro derecho positivo en el artículo 4º inciso 2º del Código del Trabajo, permite que la vida patrimonial, civil y comercial de las empresas, no afecte la pervivencia de los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores adscritos a ella.

Del mismo modo, dicha teoría institucional de la empresa permite sustentar con sencillez y claridad el principio de representación forzada del empleador previsto, con el mismo objetivo precedente, también en nuestra norma positiva, en el inciso 2º del artículo 4º del Código del Trabajo.

Por último, los incumplimientos, infracciones y fraudes, siempre previsibles y presentes, deben ser claramente enfrentados, en forma decidida y eficiente, conforme la clara habilitación del artículo 507 del Código del Trabajo, más aún si fuere mejorada la asignación de competencias conforme la recomendación de más arriba.

Como puede apreciarse, visto de este modo, todas las piezas parecen calzar fácilmente entre sí y armar el mismo todo armónico con que el conjunto de los ordenamientos jurídicos comparados cuentan, en su madurez, para resolver la problemática largamente analizada y aún pendiente de solucionar en el nuestro, con el agravante de estar diagnosticada, y contemplada tal solución, en diversos programas y proyectos políticos a través de muchos años.