

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS EN EL DERECHO CHILENO*

SOME CONSIDERATIONS ON THE CONSTITUTION OF THE COMPANY OF TRANSITORY SERVICES IN THE CHILEAN LAW*

ANDRÉS VARELA FLECKENSTEIN**

RESUMEN

La empresa de servicios transitorios ha sido formalmente incorporada en nuestra legislación por la Ley 20.123, a propósito de la regulación del suministro de trabajadores. La reglamentación que ha determinado el legislador para este tipo de entidades supone considerar ciertos mecanismos de protección para los trabajadores que ella contrata y que inciden o complementan las normas civiles o mercantiles que deben tenerse a la vista al momento de formar una empresa. En el presente trabajo nos referimos al ropaje jurídico de la empresa de servicios transitorios, a su objeto, su nombre o razón social, a la garantía de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que debe constituir, a la obligación de inscribirse en un registro especial y público y a la prohibición de relación con la empresa usuaria.

Palabras claves: *Empresa de servicios transitorios, suministro de trabajadores.*

* El presente artículo corresponde a la versión editada de la ponencia voluntaria presentada por el autor en la "Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", realizada en Montevideo Uruguay el 6 de junio de 2008. Por lo anterior es que se trata de un trabajo principalmente descriptivo del régimen legal nacional e incluye la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo sobre el tema.

** D.E.A. "Droit des Contrats d'Affaires", Universidad de Moutpellier I, Francia. Profesor de Derecho Comercial y Derecho del Trabajo Universidad San Sebastián Concepción – Chile; Profesor de Derecho Comercial Universidad Católica de la Santísima Concepción – Chile, avarela@uss.cl.

ABSTRACT

The company of transitory services has been formally incorporated in our legislation by the Law 20.123, about the regulation of the workers' supply. The regulation that the legislator has determined for this type of entities supposes considering certain mechanisms of protection for the workers contract by that companies and that affect or complement the civil or commercial procedure that must be at sight at the moment of forming a company. In the present work we refer to the juridical apparel of the company of transitory services, to its object, to Its name or trade name, to the guarantee of fulfillment of labour and welfare obligations that must constitute, to the obligation to register in a special and public record and to the prohibition of relation with the user company.

Key words: *Company of transitory services, workers supply.*

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La Ley 20.123, publicada en el D. O.¹ el 16 de octubre de 2006, estableció un nuevo estatuto jurídico para el trabajo en régimen de subcontratación y para el suministro de trabajadores.² El principal objetivo del legislador en materia de subcontratación fue, a nuestro juicio, reforzar la responsabilidad de la empresa principal. En cuanto al suministro de trabajadores, el legislador optó por aceptar este régimen, pero en forma excepcional, lo que supone la adopción de medidas para resguardar los derechos de los dependientes.

Esta ley laboral estableció un conjunto de reglas que alcanzan los ámbitos del Derecho Civil y Comercial. Solo abordaremos en el presente trabajo lo relativo al ropaje jurídico de la empresa de servicios transitorios (en adelante "EST") (2.1.), su objeto (2.2.), su nombre o razón social (2.3.), el establecimiento de una garantía de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales (2.4.), la obligación de inscribirse en un registro especial y público (2.5.) y la prohibición de relación con la empresa usuaria (en adelante "EU") (2.6.).

2. LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS (EST)³2.1. *Ropaje jurídico de la EST*

La empresa en Chile puede constituirse como una persona natural o jurídica y así lo reconoce el C. del T. que la define en su art. 3 inc. penúltimo como *"toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada."*

Por su parte, el C. de Com. dispone que el comerciante puede actuar como un empresario individual (con o sin personalidad jurídica) o a través de una sociedad.

¹ Abreviaciones: D.O.: Diario Oficial, C. del T.: Código del Trabajo; C. de Com.: Código de Comercio; LSA: Ley de Sociedades Anónimas, DT: Dirección del Trabajo; ord.: ordinario.

² Sobre este tema, véase por ejemplo Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Subcontratación y suministro de trabajadores*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.

³ El art. 183 F a) del C. del T. la define como *"toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos."*

Con todo, el art. 183-F a) del C. del T. exige que la EST sea una persona jurídica. La restricción no existe para las empresas contratistas⁴ o para un empleador tradicional⁵ (aquel que ejerce la subordinación y dependencia y que se beneficia directamente del trabajo de sus dependientes). Es más, si la EST actuare como persona natural, lo que supone en sí un ilícito, podrá aplicársele la sanción del art. 183-L del C. del T.,⁶ a saber, una multa a beneficio fiscal que puede variar entre 80 y 500 unidades tributarias mensuales.

Téngase además presente que el art. 183-A del mismo cuerpo legal, a propósito del concepto de trabajo en régimen de subcontratación, prescribe en su inc. 2° 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 art. 478.”*⁷

Las principales opciones que la legislación chilena ofrece para estos efectos son la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada⁸ y las sociedades, sean estas colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita, por acciones o anónimas. Además, al tenor de lo prescrito en el art. 183-F a) del C. del T., no podrían descartarse a priori otras formas como las corporaciones, fundaciones y cooperativas, aunque en la práctica no es común que ellas se dediquen a los fines de suministrar trabajadores.

Señalemos finalmente que la sociedad colectiva y la en comandita están prácticamente en desuso en Chile. Ello debido al régimen de responsabilidad solidaria que la ley establece para los socios de una sociedad colectiva comercial⁹ y para los gestores de una en comandita¹⁰ por obligaciones

⁴ El art. 183-A del C. del T. señala que *“es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica...”* Si la norma define al contratista como un empleador habrá que remitirse a la definición legal del art. 3 a) del C. del T. que acepta que éste sea persona natural o jurídica. (subrayado nuestro)

⁵ El art. 3 a) del C. del T. define al empleador como *“la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”* (subrayado nuestro).

⁶ La sanción consignada en esta norma se aplica en general a *“toda persona natural o jurídica que actúe como empresa de servicios transitorios sin ajustar su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en este Código”* (C. del T.). La multa se aplica mediante resolución fundada del Director del Trabajo y es reclamable ante el Juzgado del Trabajo competente, dentro de quinto día de notificada.

⁷ Art. 478 del C. del T.: *“Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se registró por lo dispuesto en el art. 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación.*

El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este Libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.

El empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores quienes podrán demandarlas, en juicio ordinario del trabajo, junto con la acción judicial que interpongan para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso segundo.

El plazo de prescripción que extinga las acciones y derechos a que se refieren los incisos precedentes, será de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles.”

⁸ La posibilidad de que la EST sea una empresa individual de responsabilidad limitada fue reconocida por la D. T. en ord. N°1195/27 de 29 de marzo de 2007.

⁹ Art. 370 del C. de Com.: *“Los socios colectivos indicados en la escritura social son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social.*

En ningún caso podrán los socios derogar por pacto la solidaridad en las sociedades colectivas.”

¹⁰ Art. 483 del C. de Com.: *“Los socios gestores son indefinida y solidariamente responsables de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad.*

Los socios comanditarios sólo responden de unas y otras hasta concurrencia de sus aportes prometidos o entregados.”

que contraiga la compañía, así como por su complicado régimen de funcionamiento en el caso de las sociedades en comandita.

2.2. Objeto de la EST

El art. 183-F a) del C. del T. exige que la EST tenga por objeto social exclusivo *“poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.”*

Si bien la norma anuncia como objeto exclusivo de la EST la cesión temporal de trabajadores, permite que se incluya en su giro la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

El objeto social restringido no es una novedad en el Derecho ni tampoco en el Derecho del Trabajo Chileno. Así por ejemplo el inc. 1° del art. 12 de la Ley N° 19.518¹¹, que fija el nuevo estatuto de capacitación y empleo, dispone que las acciones de capacitación podrán realizarse a través de los organismos técnicos de capacitación y que podrán constituirse como tales las personas jurídicas cuyo único objeto social sea la capacitación.^{12,13} Y a propósito de esta norma convengamos que el legislador bien podría haber autorizado a las EST a constituirse como organismos técnicos de capacitación.

En relación al objeto de la EST la DT ha dictaminado en ord. N° 1189/026 de 29, de marzo de 2007, que se trata de *“un giro exclusivo, en cuanto las empresas de servicios transitorios pueden dedicarse sólo a las actividades económicas expresamente señaladas en la ley, pero no es un giro único, en cuanto se permite realizar diversas actividades en las mismas, siempre a condición de que se trate de aquellas señaladas en la normativa legal.”*

Agrega el dictamen que *“de dichas actividades permitidas a las empresas de servicios transitorios, sólo constituye una actividad regulada por la normativa del Párrafo II, del Título VII, del Libro I del C. del T., denominado “De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”, aquella que consiste en la puesta a disposición de trabajadores transitorios en la empresa usuaria, suscribiendo los contratos de trabajo con los respectivos trabajadores cedidos, siendo las demás actividades señaladas en la ley de naturaleza complementaria y accesorias a dicho giro principal, no quedando ellas reguladas en su ejecución por la normativa legal recién citada.”*

Concluye también que el giro de la EST es, *“además de exclusivo, excluyente, en cuanto impide que otros sujetos de derecho se dediquen a la actividad”* de suministro de trabajadores, debiendo aplicarse en caso de contravención la sanción contemplada en el art. 183-L del C. del T.

Termina señalando que *“las actividades de selección, formación y capacitación de trabajadores, y otras afines a la gestión de recursos humanos efectuados por agencias o empresas de empleo no constituidas como empresas de servicios transitorios, y que no implican en caso alguno la puesta a disposición de trabajadores, no constituye una vulneración al contenido de la norma del art. 183-L del C. del T.”*

Que el objeto sea exclusivo no significa que debe incluirse esta expresión en el estatuto de la EST, ni que deban hacerse coincidir las facultades del administrador con el objeto social exigido

¹¹ Publicada en el D. O. el 14 de octubre de 1997.

¹² Art. 12 inc. 1° de la Ley 19.518.- *“Las acciones de capacitación se realizarán directamente por las empresas o a través de los organismos técnicos de capacitación. Podrán ser organismos técnicos de capacitación las personas jurídicas cuyo único objeto social sea la capacitación y las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica reconocidos por el Ministerio de Educación, las municipalidades, registrados para estos efectos en el Servicio Nacional en conformidad a los arts. 19 y 21 de la presente ley, los que podrán prestar servicios de capacitación sin estar sujetos a la limitación señalada precedentemente.”*

¹³ En el mismo sentido el art. 21 de la Ley 19.518 prescribe: *“Para solicitar la inscripción en el Registro a que se refiere el art. 19 de esta ley, los organismos deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

1° Contar con personalidad jurídica, la que deberá tener como único objeto social la prestación de servicios de capacitación...”

por la ley. Así lo resolvió la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia de 25 de julio de 2007,¹⁴ autos rol 22-2007, pronunciándose sobre una reclamación en contra de la autoridad del trabajo de dicha jurisdicción que negó lugar a la inscripción de una EST por no cumplir con las exigencias antes aludidas.

La práctica consistente en incluir en el estatuto un listado de facultades para el administrador de una compañía tiene por objeto determinar a priori que aquél podrá actuar válidamente por su representada en la realización de los actos enumerados. La finalidad es proteger al administrador, a los socios no administradores y a terceros, frente a eventuales reclamos de extralimitación de facultades que puedan suscitarse. En ningún caso la citada enumeración de facultades de administración importa ampliación o restricción del objeto social.

2.3. Nombre o razón social de la EST

El nombre o razón social es el atributo de la personalidad que permite la identificación del sujeto. El profesor Álvaro Puelma Accorsi señala que *“no es concebible una obligación personal sin que se pueda conocer quién es su sujeto pasivo, por carecer éste de nombre.”*¹⁵ La ley chilena establece diversas fórmulas para construir el nombre o la razón social. Así por ejemplo el art. 365 del C. de Com. dispone que la razón social de una sociedad colectiva *“es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de alguno de ellos, con la agregación de estas palabras: y compañía.”* La Ley N° 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada señala en su art. 4 inc. 1° que *“La razón o firma social podrá contener el nombre de uno o más de los socios, o una referencia al objeto de la Sociedad. En todo caso deberá terminar con la palabra “limitada”, sin lo cual todos los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones sociales.”* La Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas establece en su art. 8 que *“el nombre de la sociedad deberá incluir las palabras “Sociedad Anónima” o la abreviatura “S.A.”.* El art. 425 N° 1 del C. de Com. establece que el nombre de la sociedad por acciones debe concluir con la expresión “SpA”. El art. 4 b) de la Ley N° 19.857 sobre empresas individuales de responsabilidad limitada prescribe que el nombre de la empresa, contendrá *“al menos, el nombre y apellido del constituyente, pudiendo tener también un nombre de fantasía, sumado al de las actividades económicas que constituirán el objeto o el giro de la empresa y deberá concluir con las palabras “empresa individual de responsabilidad limitada” o la abreviatura “E.I.R.L.”*

En virtud de lo dispuesto en el art. 183-K del C. del T., a las fórmulas antes referidas deberá agregarse la expresión “Empresa de Servicios Transitorios” o la sigla “EST”.

Además del nombre o razón social, las personas jurídicas suelen emplear un nombre de fantasía, sigla o sigla comercial, fórmula enunciativa a la que nuestra legislación no hace mayor referencia, salvo en el art. 4 b) ya citado de la ley sobre empresas individuales de responsabilidad limitada.

La duda legítima que se ha presentado a los operadores es si la expresión “Empresa de Servicios Transitorios” o la abreviación “EST” debe también incluirse en el nombre de fantasía y si esta omisión es causal de rechazo de la inscripción de la EST en el registro público que debe llevar al efecto la DT.

La respuesta de la DT ha sido afirmativa. El ord. 2997/067, de 13 de agosto de 2007, señala en su parte medular que: *“si bien es cierto el tenor literal del precepto en análisis establece la inclusión de la expresión de que se trata o la sigla EST en el nombre o razón social de la empresa respectiva, lo que a la luz del inc. 1° del artículo 19° del Código Civil, debería bastar para interpretar que dicha exigencia sólo está referida a él, no lo es menos que como existe una práctica comercial de convenir en la constitu-*

¹⁴ Base de datos de acceso restringido Lexis Nexis, N° Legal Publishing: 36794; véase también en www.poderjudicial.cl [consultado el 30 de mayo de 2008].

¹⁵ Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades, Tomo I, Generalidades y principios comunes, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad de responsabilidad limitada*, Tercera Edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pág. 194.

ción de sociedades de responsabilidad limitada, un nombre de fantasía, que como en la especie, habilita a la sociedad para usarlo para todos los efectos legales, se hace necesario precisar si dicha obligación legal alcanza también al nombre de fantasía convenido por los socios...”

“Para ello, cabe acogerse al inc. 2º del mismo art. 19 citado, que permite recurrir, para interpretar una expresión oscura de la ley, a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Pues bien, en el Primer Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, de 23 de julio de 2003. Cuenta en Sesión 15, Legislatura 349 dirigido al Honorable Senado, se consigna una indicación del Senador Sr. Boeninger para sustituir el art. 152-K del Proyecto (art. 183-K actual) proponiendo que en la redacción del inc. 1º quedara establecido que al solicitar su inscripción en el registro la empresa respectiva debería acompañar los antecedentes que acreditaran su personalidad jurídica y su objeto social el cual debería expresarse en su denominación como Empresa de Trabajo Transitorio y la individualización de sus representantes legales.

En el análisis del inciso referido, la Comisión da cuenta, que teniendo en vista el texto del mismo “y las respectivas indicaciones del Ejecutivo y del Honorable Senador señor Boeninger, en relación con aquél, constató que la diferencia de fondo que plantea la indicación del aludido señor Senador está en la oración que se refiere al objeto social de la empresa, y que dice: “el cual deberá expresarse en su denominación como Empresa de Trabajo Transitorio”, decidiendo considerar esto último separadamente”.

Sobre este particular, el Honorable Senador señor Parra expresó que ello tiene que ver con la exigencia de que estas empresas tengan objeto social exclusivo, cuestión que ya se zanjó en el art. 152 F, letra a), por lo que la oración en análisis sería redundante.

La señora Directora del Trabajo manifestó que el Ejecutivo ha analizado la propuesta del Honorable Senador señor Boeninger, estimando que podría ser interesante recogerla, pero de una forma distinta a la planteada, ya que en relación con el objeto social, ésta resulta confusa. Así, sería mejor que el nombre o razón social de la empresa incluyera los términos “empresa de servicios temporarios”, y, de esta forma, todos sabrían con quién están contratando”.

Posteriormente, la referida Comisión dio cuenta de que el Ejecutivo propuso una redacción para todo el artículo, en cuyo texto aparece el inc. 1º con el agregado “Su nombre o razón social deberá incluir las expresiones “Empresa de Servicios Temporarios” o la sigla “EST”.”

Cabe agregar que el estudio de la historia de la Ley Nº20.123 permite establecer que las expresiones en comento han guardado relación con la circunstancia de que las empresas de servicios transitorios tengan un objeto social exclusivo, determinado en la letra a) del art. 183-F del mismo Código, de manera que ellas sólo pueden desarrollar como giro social el definido por dicha norma legal, a diferencia de lo que sucede con el resto de las sociedades comerciales reguladas por nuestra legislación.

Ello, autoriza para afirmar que en el caso en estudio la referencia al tipo de empresa de que se trata, esto es, empresa de servicios transitorios, resulta absolutamente indispensable consignarla, tanto en la razón social como en el nombre o nombres de fantasía que ella tenga, de forma tal que no quepa duda alguna del giro o actividad comercial que desarrolla la sociedad, cumpliéndose así el espíritu tenido en vista por el legislador al reglamentar las empresas que nos ocupan.”

La interpretación de la DT tiene por objeto informar y proteger a los terceros que contratan con la EST, especialmente a los trabajadores. Con todo, cabe preguntarse si la DT tiene las facultades para crear requisitos no contemplados en la ley. Lo cierto es que esta exigencia adicional no resulta, a nuestro juicio, de vital trascendencia para la protección del trabajador suministrado, ni menos de la EU. En efecto, el trabajador tendrá certeza que prestará servicios a un sujeto distinto del empleador formal ya que celebrará con este último un “contrato de trabajo de servicios transitorios” que sí está regulado en el C. del T. -arts. 183-R y siguientes-. En lo que respecta a la EU, el otro tercero que contratará habitualmente con la EST, tampoco tendrá dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de su contraparte, ya que requerirá la cesión de trabajadores, por regla general

estudiará los títulos sociales de la EST y celebrará finalmente con ésta “un contrato de puesta a disposición de trabajadores” -arts. 183-N y siguientes del C. del T.-.

2.4. *Obligación de constituir una garantía*

Por regla general, no existe en Chile la obligación de efectuar un aporte mínimo para conformar el capital social ni de mantener cierto patrimonio, por lo que es probable que, en caso de incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de la EST, los trabajadores queden en la más absoluta desprotección. Por ello es que el art. 183-J establece la obligación para la EST de constituir una garantía permanente a nombre de la DT, cuyo monto será de 250 unidades de fomento, aumentada en una unidad de fomento por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; 0,7 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200. Este monto se ajusta cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento.

El legislador define esta garantía como un patrimonio de afectación para los fines de responder por las obligaciones legales y contractuales de la EST con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las EUs, y luego por las multas que se le apliquen por infracción a las normas del C. del T.¹⁶ Además estará excluida del derecho de prenda general de los acreedores, lo que reviste especial importancia en caso de cesación de pagos o quiebra declarada de la EST.

En cuanto a la forma de constituir la, la ley propone la boleta de garantía pero acepta otro instrumento de similar liquidez, que en todo caso deberá estar a nombre de la DT y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y su devolución se efectúa dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.

Por ord. N°4786/090 de 2 de noviembre de 2006, la DT determinó que “*por “instrumento de similar liquidez”, debe entenderse todo aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo.*” Producto de ello declaró además que “*la póliza de seguro no constituye un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata.*”

Este ord. fue complementado por el N°0265/008 de 17 de enero de 2007 el cual precisa que, “*si la póliza de seguro que se pretenda incorporar para estos fines al Depósito de Pólizas, que al efecto mantiene la Superintendencia de Valores y Seguros, en conformidad a lo dispuesto en la letra e) del artículo 3° del D.F.L. N°251, de 1931, es de aquellas de ejecución inmediata, vale decir, no tenga un procedimiento de liquidación y se pague contra el sólo requerimiento del asegurado o beneficiario de la misma, que en este caso sería la Dirección del Trabajo, este Servicio es de opinión que no existiría inconveniente en considerarla como instrumento idóneo para los efectos que se han indicado.*”¹⁷

También se considera como instrumento idóneo en este dictamen, “*los depósitos bancarios, específicamente,*” ..., “*el depósito a plazo tomado en unidades de fomento*”, porque “*en conformidad con la*

¹⁶ El mismo art. establece en su inc. 6° que “*La sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, así como la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, se podrá hacer efectiva sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo, que ordene los pagos a quien corresponda. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno.*” Por otra parte “*En caso de término de la empresa de servicios transitorios el Director del Trabajo, una vez que se le acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad social pertinentes, deberá proceder a la devolución de la garantía dentro del plazo de seis meses, contados desde el término de la empresa.*” (inc. 7°)

¹⁷ Por ord. N°465/011, de 01 de febrero de 2007, la DT declaró que “*la “Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresa de Servicios Transitorios” inscrita en los registros de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 07 004, puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del C. del T.*”

normativa que regula la materia, entre otras, la Recopilación de Normas sobre Captaciones e Intermediación emanada del Banco Central de Chile y Recopilación de Normas de Bancos y Financieras, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, los citados depósitos, ya sea, a plazo fijo, a plazo renovable o a plazo indefinido, no presentan inconvenientes para su liquidez.”

Se precisó igualmente en este ord. que respecto de *“la glosa y/o título que debería tener la boleta bancaria, cabe manifestar que esta Dirección estima innecesario preestablecerlo.”*

Además, la DT resolvió en ord. Nº2158/042, de 12 de junio de 2007, que no existe inconveniente para que la garantía sea constituida por un tercero, siempre que dicho tercero no sea la EU; ello en razón de lo dispuesto en el art. 183-I del C. del T.

2.5. Obligación de inscribirse en un registro especial y público

La obligación de inscribirse en un registro -en este caso a cargo de la DT-, contenida en el art. 183-K del C. del T., no es una novedad. Así lo reconoce la doctrina mercantil al consignarla como una de las obligaciones de los comerciantes.^{18,19}

Llama la atención que el legislador no haya incorporado una norma que prohíba la inscripción de personas jurídicas cuyos socios, directivos, gerentes o administradores hayan sido condenados por quiebra culpable o fraudulenta o que hayan participado activamente en una EST cuya inscripción haya sido cancelada. Lo anterior teniendo en consideración que el art. 183-M del C. del T. contempla como causales de cancelación del registro el incumplimiento reiterado y grave de la legislación laboral o previsional y la quiebra de la EST, salvo que se decrete la continuidad de giro.^{20,21}

La inscripción en este registro permite a la Dirección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que la ley laboral establece para la constitución de la EST. Queda una vez más pendiente el tema de la verificación del correcto cumplimiento de los requisitos de constitución de la personalidad jurídica consignados por la ley civil y mercantil, función entregada en la práctica a los co-contratantes, en este caso de la EST y, en especial, dentro de éstos, a los bancos que operan con ellas.

2.6. Prohibición de relación con la EU

Las EST no pueden ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con las EUs que contraten sus servicios (art. 183-I del C. del T.).

¹⁸ Véase por ejemplo Sandoval López, Ricardo, *Derecho Comercial, Organización Jurídica de la empresa Mercantil, parte general, Tomo I*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 175.

¹⁹ En el ámbito del Derecho del Trabajo señalemos que el art. 19 de la Ley 19.518, que contiene el estatuto de capacitación y empleo exige la inscripción en un Registro Nacional a cargo del Servicio de Capacitación y Empleo a las entidades que quieran actuar como organismos técnicos de capacitación. Similar exigencia se establece para los organismos técnicos intermedios para capacitación.

²⁰ La solución es diversa en la Ley 19.518 que contiene el estatuto de capacitación y empleo, pues en ella el art. 22 prescribe: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21, no podrán inscribirse ni permanecer en el Registro las personas jurídicas que tengan como socios, directivos, gerentes o administradores a:*

a) Las personas que hayan sido condenadas o estén procesadas por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva. Esta inhabilidad sólo durará el tiempo requerido para la prescripción de la pena, señalado en el artículo 105 del Código Penal. El plazo de prescripción empezará a correr desde la fecha de la comisión del delito. Asimismo, los fallidos o los administradores o representantes legales de personas fallidas procesadas o condenadas por delitos de quiebra culpable o fraudulenta y demás establecidos en los artículos 232 y 233 de la Ley de Quiebras. La inhabilidad a que se refiere esta letra cesará desde que el procesado fuere sobreseído o absuelto;

b) Los funcionarios públicos que tengan que ejercer de acuerdo a la ley, funciones de fiscalización o control sobre las personas jurídicas inscritas en el Registro, y

c) Los que hayan sido administradores, directivos o gerentes de un organismo técnico de capacitación sancionado con la revocación de la inscripción conforme a esta ley.

Para los efectos de este artículo se entenderá por administradores, directivos y gerentes a las personas que tengan poder de decisión y facultades de administración.”

²¹ El juicio de quiebra y los convenios de acreedores se encuentran actualmente regulados en el Libro IV del C. de Com.

Los conceptos de “matriz”, “filial” y “coligada” están contenidos en los arts. 86 a 93 de la LSA y en su Reglamento,²² arts. 61, 100 y 101.

Según el art. 86 de la citada ley *“es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores.”*

Agrega la norma que *“la sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor.”*

El art. 87. dispone que *“es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma.”*

La norma señala también que *“la sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza.”*

En relación con el sentido y alcance de las expresiones “empresas relacionadas”, “interés directo o indirecto” y “participación o relación societaria de ningún tipo” podría tenerse en consideración, además del concepto de holding u unidad económica establecido por la jurisprudencia y doctrina ius laboralista nacional, algunas normas de la Ley 18.045 sobre mercado de valores y de la LSA (Ley 18.046).

De la ley 18.045 rescatamos en primer lugar el art. 96 que contiene el siguiente concepto de “grupo empresarial”: *“conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.”*²³

Por su parte los arts. 97, 98 y 99 de la misma ley definen las expresiones “controlador”, “acuerdo de actuación conjunta” e “influencia decisiva en la administración o gestión”.²⁴

²² Decreto Supremo N°587 del Ministerio de Hacienda de 1982.

²³ Luego del concepto transcrito, la norma enumera diversos casos, señalando que:

“Forman parte de un mismo grupo empresarial:

a) Una sociedad y su controlador;

b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y

c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:

1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;

2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;

3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y

4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial.”

²⁴ Art. 97.- *“Es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:*

a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.

En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor.”

Art. 98.- *“Acuerdo de actuación conjunta es la convención entre dos o más personas que participan simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico*

Además el art. 100 enumera las “personas relacionadas con una sociedad”, a saber:

- a) *Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;*
- b) *Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N°18.046;*
- c) *Quienes sean directores, gerentes, administradores o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y*
- d) *Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.*

La Superintendencia podrá establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que:

1. *Por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad;*
2. *Sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés;*
3. *Su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica, o*
4. *Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad.*

No se considerará relacionada a la sociedad una persona por el sólo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad.”²⁵

interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma.

Se presumirá que existe tal acuerdo entre las siguientes personas: entre representantes y representados, entre una persona y su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, y entre una sociedad y su controlador o cada uno de sus miembros.

La Superintendencia podrá calificar si entre dos o más personas existe acuerdo de actuación conjunta considerando entre otras circunstancias, el número de empresas en cuya propiedad participan simultáneamente, la frecuencia de votación coincidente en la elección de directores o designación de administradores y en los acuerdos de las juntas extraordinarias de accionistas.

Si en una sociedad hubiere como socios o accionistas, personas jurídicas extranjeras de cuya propiedad no haya información suficiente, se presumirá que tienen acuerdo de actuación conjunta con el otro socio o accionista, o grupo de ellos con acuerdo de actuación conjunta, que tenga la mayor participación en la propiedad de la sociedad.”

Art. 99.- *“Se entenderá que influye decisivamente en la administración o en la gestión de una sociedad toda persona, o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, controla al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, con las siguientes excepciones:*

- a) *Que exista otra persona, u otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor;*
- b) *Que no controle directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 40% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, y que simultáneamente el porcentaje controlado sea inferior a la suma de las participaciones de los demás socios o accionistas con más de un 5% de dicho capital. Para determinar el porcentaje en que participen dichos socios o accionistas, se deberá sumar el que posean por sí solos con el de aquellos con quienes tengan acuerdo de actuación conjunta;*
- c) *Cuando así lo determine la Superintendencia en consideración de la distribución y dispersión de la propiedad de la sociedad.”*

²⁵ Sobre el particular téngase además presente lo dispuesto en la circular 574 de 30 de diciembre de 1985 de la Superintendencia de Valores y Seguros que es del siguiente tenor:

“I. De las personas jurídicas relacionadas.

Se entenderá que son personas jurídicas relacionadas con la entidad fiscalizada, las siguientes:

1. Sus sociedades filiales o coligadas, así como sus matrices o coligantes, todas definidas en los artículos N°86 y 87 de la Ley N°18.046. Estos conceptos serán aplicables a todo tipo de sociedades.

2. Aquellas que, aún sin tener relación patrimonial o administrativa con la entidad fiscalizada tengan en común con ésta una matriz, una coligante, o una persona natural que por sí o en conjunto con su cónyuge o parientes pueda designar, directamente o a través de personas jurídicas, por lo menos un miembro del directorio o de la administración en cada una de las entidades así relacionadas.

3. Las sociedades en que los directores y administradores de la entidad fiscalizada, en conjunto con sus cónyuges o parientes, controlen directamente o a través de personas jurídicas, acciones o derechos que representen a lo menos el 10% del capital suscrito; o pueden designar, directamente o a través de personas jurídicas, por lo menos un miembro del directorio o de la administración en cada una de las entidades así relacionadas.

Otra norma que puede facilitar la interpretación sistemática del art. 183-I del C. del T. es el art. 44 de la LSA, que se refiere a los “actos en los que un director pueda tener interés”. El inc. 2º señala que “*se presume de derecho que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir el mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital o las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas, sea director o dueño directo o indirecto del 10% o más de su capital; y las personas por quien el director actúe como representante.*” El inc. 11º de la misma norma establece una segunda presunción de derecho en los términos siguientes: “*... un director tiene interés cuando éste o personas relacionadas con él presten asesoría para la celebración de tal acto o contrato.*”

Advirtamos en todo caso que la fórmula del art. 183-I del C. del T. es tan amplia que quizás nuestras disquisiciones sean innecesarias.

Finalmente, debemos señalar que la infracción a la prohibición de vinculación societaria entre la empresa usuaria y la EST importa una doble sanción. Para la usuaria, una multa de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado y para la EST su cancelación en el Registro de EST. Estas sanciones se aplican mediante resolución fundada del Director del Trabajo y la afectada podrá pedir reposición, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva.²⁶

3. CONCLUSIONES

Muchos son los puntos de encuentro entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil y Civil, siendo el caso de la regulación de ciertos aspectos de la EST una manifestación más. Se produce en la especie una intervención del Derecho del Trabajo en las citadas disciplinas que dice relación con la creación de restricciones y requisitos adicionales en la organización y funcionamiento de la empresa.

No cabe duda que, esta justificada intromisión, tiene por objeto resguardar principalmente los derechos de los trabajadores que serán cedidos a la EU, así como los de esta última.

Habrà que destacar de entre todas las fórmulas de protección, el establecimiento de la garantía de rápida realización a favor de los trabajadores transitorios, ya que nadie podrá discutir que los grandes problemas se generan para el dependiente cuando el empleador deja de cumplir con sus

Cuando la entidad que vincule personas jurídicas sea el Estado, aquéllas no se entenderán como relacionadas entre sí.

II. De las personas naturales relacionadas.

Se entenderá que son personas naturales relacionadas con la entidad fiscalizada, las siguientes:

1. Sus directores, administradores, gerentes, liquidadores y cualquiera otra persona que desempeñe similares funciones; y respecto de todos los mencionados, los cónyuges y parientes y los mandantes y mandatarios con poder general de la administración le bienes.

2. Sus accionistas mayoritarios o sus socios principales, así como sus respectivos cónyuges, curadores, albaceas y representantes. Para estos efectos son accionistas mayoritarios o socios principales todas aquellas personas naturales que controlen directamente o a través de personas jurídicas, acciones o derechos que representen a lo menos el 10% del capital suscrito de una sociedad. Las personas naturales que por sí solas posean menos de dicho porcentaje serán consideradas accionistas mayoritarios o socios principales cuando en conjunto con su cónyuge o parientes controlen el 10% o más del capital suscrito, ya sea directamente o a través de personas jurídicas. Esto sin perjuicio de que se considere accionista mayoritario o socio principal a una persona natural que por sí sola o en conjunto con su cónyuge o parientes controle, directamente o a través de personas jurídicas, un porcentaje menor que aquél, pero tenga el poder de hacer elegir al menos un miembro del directorio o de la administración de la sociedad cuyas acciones o derechos posee.

3. Los directores, administradores, gerentes, liquidadores y cualquiera otra persona que desempeñe similares funciones, y sus respectivos cónyuges, de entidades relacionadas según lo definido en el numeral I de esta circular.

III. Para efectos de esta circular se entenderán por parientes aquellos hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, incluyendo padres adoptantes respecto de sus hijos adoptivos.”

²⁶ Art. 183-I incs. 2 y 3 del C. del T.

obligaciones contractuales y legales (remuneraciones, cotizaciones previsionales, indemnizaciones por término de contrato, etcétera). Aunque resta por determinar si el monto de la misma es el adecuado.

BIBLIOGRAFÍA

- Gamonal Contreras, Sergio y Prado López Pamela, "El suministro de trabajadores en la nueva ley 20.123: Acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación", *Derecho Mayor*, Revista Académica de la Escuela de Derecho de la Universidad Mayor, Año VI, N°6, 2007, pág. 299.
- Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo José Luis, *Subcontratación y suministro de trabajadores*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.
- Palavecino Claudio, *Subcontratación Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades, Tomo I, Generalidades y principios comunes, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad de responsabilidad limitada*, Tercera Edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- Sandoval López, Ricardo, *Derecho Comercial, Organización Jurídica de la empresa Mercantil, parte general, Tomo I*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.