

FORMACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA LABORAL INDIVIDUAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

FORMATION AND ESTABLISHMENT OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN U.S. LABOR LAW

MARCOS LÓPEZ ONETO*
Abogado

Resumen: En este artículo se hace una descripción de la formación del contrato individual de trabajo en el Derecho Individual del Trabajo de los Estados Unidos de Norteamérica y se muestran algunos de los casos típicos de configuración del mismo cuando una de las partes niega su existencia. Asimismo se describen situaciones de continuidad de las obligaciones laborales en casos de fusiones, compra de activos y contratación de los trabajadores de la competencia. Se presentan también algunas notas comparativas con el Derecho del Trabajo chileno.

Palabras Clave: trabajador; empleador; contrato individual de trabajo; configuración de la relación jurídica laboral; principio de continuidad de la empresa.

Abstract: This article gives a description of the formation of the employment contract in U.S. Employment Law and it shows some of the typical cases of configuration of the same when one of the parties denies its existence. It also describes situations of continuity of labor obligations in cases of mergers, sales of assets and hiring of workers from the competition. It also gives some comparative notes with Chilean Employment Law.

Key Words: employee; employer; employment contract; establishment of the employment relationship; successorship.

Introducción¹

En U.S.A., la rama del derecho que regula las relaciones individuales del trabajo y en la cual se discuten los temas relativos a la formación y configuración de la relación jurídica individual de trabajo, se denomina *Employment Law* (Rothstein y otros, 2005: 5-87

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Magíster en Derecho con mención en Derecho privado y Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Ex Director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Andrés Bello. Dirección de correo electrónico: mlopezoneto@gmail.com.

Este trabajo fue recibido el 06 de octubre de 2017 y aprobado el 19 de noviembre de 2017.

¹ Se utilizarán las siguientes abreviaturas y términos: para Estados Unidos de Norteamérica, U.S.A.; para Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, U.S. Law; Derecho Federal, Federal Law; Derecho Estadual, State Law; Derecho Federal Individual del Trabajo, Federal Employment Law; Derecho Individual del Trabajo, Employment Law; contrato individual de trabajo, employment contract; para Corte Suprema de los Estados Unidos, Supreme Court. Otras veces en el cuerpo del escrito y entre paréntesis, se propone la traducción al inglés jurídico de algunos términos y conceptos propios de nuestra cultura jurídica. Aunque en este artículo se asume que el lector tiene una idea general del funcionamiento U.S. Law, igualmente se presentan referencias sobre algunas de sus instituciones.

y Covington, 2009: 1-20). El término *Labor Law*, cuyo foco ciertamente está puesto en las organizaciones sindicales (*union organization*) y la negociación colectiva (*collective bargaining*), se reserva para lo que en Chile y en el derecho continental se conoce como Derecho Sindical o Colectivo del Trabajo (Cox y otros, 2011) (Gorman y Finkin, 2004).

Suele definirse el *Employment Law* como el conjunto de regulaciones federales y estatales que fijan las obligaciones y derechos entre el empleador (*employer*) y el trabajador (*employee*) (Covington, 2009: 5). Como todos los sistemas jurídicos laborales del mundo occidental², el *Employment Law* ha evolucionado desde una etapa liberal, caracterizada por una conceptualización civilista de la relación laboral³, hasta una etapa social, cuyo eje es la intervención protectora del Estado hacia los trabajadores en pos de la reproducción material e ideológica del sistema capitalista. Esta etapa marcadamente social del *Employment Law*, arranca con el *New Deal* del Presidente Roosevelt y tiene su correlato jurisdiccional con el fin de la era *Lochner* de la *Supreme Court*⁴.

² Para una visión panorámica de la evolución de los sistemas jurídicos laborales, consúltese Bronstein, 2010: 1-27; Ojeda, 2010: 23-106.

³ El caso más representativo de este período (*leading case*), es *Lochner v. New York (1905)*, en cuya virtud la *Supreme Court* dejó sin efecto por 5 votos contra 4, una ley del Estado de New York que prohibía a los trabajadores de las panaderías prestar servicios por más de 10 horas al día y 60 horas a la semana. La *Supreme Court* estableció que el límite horas fijado por la Ley de *New York* violaba la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución sobre la igual protección de derechos (*Equal Protection*). La mayoría de los jueces estimaron que el derecho a la libertad contractual estaba implícito en la cláusula del debido proceso (*due process clause*) contenida en la Décimo Cuarta enmienda. *Lochner* ha sido considerado uno de los fallos más controvertidos de la *Supreme Court* e inauguró la denominada era *Lochner*, período de tiempo durante el cual la *Supreme Court* invalidó leyes federales y estatales que regulaban las condiciones de trabajo. El juez redactor del fallo fue Rufus Peckham. Los jueces de la disidencia fueron encabezados por John Marshall y Oliver Wendell Holmes. Generalmente se considera que la era *Lochner* del *Supreme Court* termina en 1937 con el caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* que revocó *Lochner*, y que coincidió con un anuncio del Presidente Roosevelt en cuanto a ampliar el número jueces de la *Supreme Court*, para así poder llevar adelante el *New Deal* y la superación de la crisis económica creada tras el *Wall Street Crash* de 1929. El anuncio y/o incidente para ampliar el número de jueces se conoce con el nombre de *Court-packing plan* (plan para rellenar el Tribunal) a través de un proyecto de ley (*Judicial Procedures Reform Bill of 1937*). En general, sobre *Lochner* y la evolución del *Employment Law*, puede consultarse: Rothstein et al. (2005) pp. 1-4; Covington (2009) pp. 372-374. Sobre *Lochner* y su trascendencia en el plano constitucional: Choudhry (2004) pp. 1-55; Maggs y Smith (2015) pp. 553-561. Sobre *Lochner* y el debate entre liberales y conservadores en la *Supreme Court*, se ha tenido presente a Colby y Smith (2015) pp. 527-602. Para una visión general y crítica del rol de la *Supreme Court* durante el *New Deal*: Cushman (1998).

⁴ En efecto, suele datarse el inicio de la etapa social del *Employment Law* en 1937, con el caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, que revocó *Lochner*, destrabando definitivamente la oposición judicial al *New Deal*. A partir de ese momento comienza un proceso sostenido de promulgación de leyes federales orientadas a la regulación de la relación jurídica laboral y a la protección de los trabajadores. Entre las más relevantes, podemos mencionar: *Fair Labor Standards Act (1938)*, *Taft-Hartley Act (1947)*, *Fair Labor Standards Act amendments (1949)*, *Landrum-Griffin Act (1959)*, *Fair Labor Standards Act amendments (1961)*, *Equal Pay Act (1963)*, *Title VII of the Civil Rights Act (1964)*, *Service Contract Act (1965)*, *Age Discrimination in Employment Act (1967)*, *Federal Mine Safety and Health Act (1969)*, *Occupational Safety and Health Act (1970)*, *Longshore and Harbor Workers' Compensation Amendments (1972)*, *Private Act (1974)*, *Employee Retirement Income Security Act (1975)*, *Civil Service Reform Act (1978)*, *Workers Adjustment and Restraining Notification Act (1988)*, *Drug Free Workplace Act (1988)*, *Employee Polygraph Protection Act (1988)*, *American with Disabilities Act (1990)*, *Civil Rights Act (1991)*, *Family and Medical Leave Act (1993)*, *Ticket To Work and Work Incentives Improvement Act (1999)*, *Pension Protection Act (2006)*, *ADA Amendments Act (2008)*, *Genetic Information Nondiscrimination Act (2008)*, *Lilly Ledbetter Fair Play Act (2009)*, Cfr. Covington (2009) pp. 33-36. Con anterioridad a 1937, la ley más importante en materia de

La investigación se ha centrado en el *Federal Employment Law* que está constituido por el conjunto de leyes, jurisprudencia y doctrinas de alcance federal sobre el tema. Si bien es cierto que cada Estado tiene su particular *Employment Law*, no lo es menos que estas regulaciones Estaduales no pueden contravenir las disposiciones Federales que rigen la materia, en virtud de la doctrina constitucional denominada *Preemption*⁵, todo lo cual ha llevado a que los *Employment Laws* de cada Estado, sean bastante parecidos o relativamente compatibles en muchas materias entre ellos, por el efecto de alineamiento con el *Federal Law* que la *Preemption Doctrine* genera (sin perjuicio por supuesto del concurso de muchos otros factores sociales, históricos, en general culturales, que por la naturaleza jurídica de este trabajo no se pueden abordar aquí).

Sin pretender extendernos en demasía en esta introducción, no está de más recordar que desde muy temprano en la tradición jurídica del *common law*, las relaciones laborales han sido consideradas con cierto nivel de sistematicidad por los juristas. Ya Blackstone, en su famosa obra *Commentaries on the Laws of England (1765)*, resuelve afirmar que éstas, junto con las que constituyen el matrimonio y la paternidad, son las que dan forma a la vida privada⁶.

No hay duda que el *Employment Law*, como en general el *U.S. Law*, reconoce sus raíces más antiguas en el *common law* y en lo que tradicionalmente se conocía desde tiempos de Blackstone, como *Law of Master and Servant*. Dicha denominación, *Master and Servant*, fue la terminología que por mucho tiempo se usó en los inicios del *U.S. Law* para referirse a los empleadores (*employers*) y a los trabajadores (*employees*), respectivamente. Pero como se indicó, el *Employment Law* ha evolucionado. Ahora las denominaciones *Employer* y *Employee* son de uso más común y general que las de *Master and Servant*, claramente en desuso⁷; existe una compleja red de leyes federales y estaduales que regulan

promoción de los derechos laborales de los trabajadores que había sido promulgada (y que, con sus reformas, continua siéndolo hasta el día de hoy), fue la *National Labor Relations Act* de 1935, considerada una de las leyes más avanzadas en materia social del *New Deal* (Arroyo, 2002, 377) y producto evolutivo de un proceso histórico legal complejo (Cox et al., 2011, pp 5-77).

⁵ Esta doctrina enseña que el *federal law* tiene preeminencia sobre el *state law*. Por consiguiente en caso de conflicto o de colisión de leyes, la ley federal debe aplicarse por sobre la estadual. La fuente de esta doctrina es la *Supremacy Clause* contenida en el artículo VI de la Constitución de U.S.A., que preceptúa. «U.S. Constitution, Article VI, Clause 2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding», (Barron y Dienes, 1999, pp. LXXVII-LXXVIII). En profundidad: Maggs y Smith (2005) pp. 275-284, 289-295; Barron y Dienes (1999) pp. 128-129.

⁶ Textualmente lo dice así: «The three great relations in private life are, 1. That of *master and servant*; which is founded in convenience, whereby a man is directed to call in the assistance of others, where his own skill and labor will not be sufficient to answer the cares incumbent upon him. 2. That of *husband and wife*; which is founded in nature, but modified by civil society: the one directing man to continue and multiply his species, the other prescribing the manner in which that natural impulse must be confined and regulated. 3. That of *parent and child*, which is consequential to that of marriage, being its principal end and design: and it is virtue of this relation that infants are protected, maintained, and educated», (Blackstone, 1915, p. 422).

⁷ Expresamente el *Restatement of The Law, Employment Law*, se refiere al tema terminológico y señala que en lo sucesivo se usarán los términos «*employer*» y «*employee*», más que los términos «*master*» and «*servant*», usados en el *Restatement Second, Agency*, ya que esto refleja el propósito específico del *Employment Law*, cual es establecer derechos y deberes entre las partes de la relación laboral, más que delimitar las fronteras de las

protectoramente las relaciones laborales; también existen agencias del mismo nivel que controlan el sistema; el *Employment Law* se enseña en todas las Escuelas de Derecho y su importancia es tal, que *The American Law Institute*,⁸ ha publicado recientemente, un *Restatement of Employment Law*⁹.

Pues bien, el trabajo que se presenta en esta ocasión es básicamente descriptivo, ya que solo pretende mostrar, a un nivel muy general y no exhaustivo, las etapas de formación del contrato individual de trabajo (*employment contract*) y los problemas y soluciones que se han creado cuando se discute la naturaleza jurídica laboral del mismo y, por tanto, se demanda su configuración en sede judicial.

Para describir las instituciones del *Employment Law*, se ha utilizado –en parte- el método comparativo en relación con el Derecho Individual del Trabajo chileno. Por tal motivo, un objetivo secundario y por cierto muy modesto de la investigación, ha sido presentar algunas notas comparativas y traducciones de las instituciones del *Employment Law* al lenguaje español del Derecho Individual del Trabajo chileno.

La exposición de los temas la hemos realizado en el orden tradicional que se suele utilizar en los *Hornbook* y *CaseBook* de *Employment Law*¹⁰. Así es como, en la sección I, nos referiremos a la formación de la relación jurídica laboral (*Formation of the Employment Relationship*); en la sección II a la configuración de la relación jurídica laboral (*determining or identifying responsible parties: who are «employees» and «employers»*) para, finalmente, en la sección III, proponer algunas conclusiones.

I. La formación de la relación jurídica laboral en el employment law (formation of the employment relationship).

Se utiliza el término formación de la relación jurídica para describir todos los casos en que ésta nace a la vida del derecho por la voluntad expresa o tácita de las partes. Vale decir, no incluye los casos en que alguna de las partes niega la existencia de la relación jurídica laboral (generalmente el aparente *employer*), lo cual conducirá a la parte que sí le interesa que se reconozca jurídicamente dicha relación (*employee*), a demandar su configuración en sede judicial.

En el *Employment Law*, como en todos los sistemas occidentales de Derecho, la forma típica de formación de la relación jurídica laboral es mediante el *employment contract*, el

responsabilidad por hechos de terceros. Asimismo, este cambio de terminología refleja la actual situación social del mundo del trabajo cuyo eje es la libertad de las personas, *vid.* American Law Institute (2015) p. 1.

⁸ Es una organización privada y autónoma fundada en 1923 con el objetivo de promover la clarificación, modernización y el mejoramiento del *U.S. Law*. Lleva a cabo esta misión a través de diversos proyectos, siendo el más destacado, la elaboración de *Restatements* de las diversas áreas del *U.S. Law*, que son considerados verdaderas fuentes del *U.S. Law*. Para más información, puede consultarse: <https://www.ali.org/>
⁹ American Law Institute (2015).

¹⁰ Generalmente en las escuelas de Derecho de *U.S.A.*, donde la enseñanza del derecho se orienta mediante el *case method*, se utilizan dos tipos de libros: *CaseBook* y *HornBook*. En los primeros, se presenta una institución; para luego ilustrarla con una serie de casos, seguida de una serie de notas críticas sobre el tema y problemas a debatir. Los *HornBook*, en cambio, se ajustan más al modelo de nuestros Manuales de Derecho, donde de entrada se intenta explicar y sistematizar la materia.

cual puede ser oral o escrito (*written*); expreso (*express*) o tácito (*implied*) (Rothstein y otros, 2005: 76)¹¹, unilateral o bilateral¹².

La doctrina del *Employment Contract*, es tributaria de la doctrina general de los contratos en el *U.S. Law*, conforme la cual se define generalmente al contrato como una promesa o un set promesas para cuyo incumplimiento la ley provee los medios para hacerla cumplir o cuyo cumplimiento es reconocido como un deber («*a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*») (Farnsworth y otros, 2013: 1)¹³. Suele sintetizarse la definición del siguiente modo: un contrato es un acuerdo legalmente coercible («*a contract is a legally enforceable agreement*») (Pérez García, 2003: 133). Así es como se acostumbra decir que el estudio de los contratos, esencialmente es el estudio de las promesas cuyo cumplimiento puede exigirse legalmente (Scott y Kraus, 2003: 1).

Como es sabido, para que exista un contrato (*contract*) en el *U.S. Law* se requiere la concurrencia de tres elementos: *Offer* (oferta), *Acceptance* (aceptación) y *Consideration* (consideración). Llevados estos elementos al *Employment Contract*, se expresan materialmente del siguiente modo:

1. *Offer*. Debe consistir en una propuesta de pago por la prestación de servicios personales. La oferta puede ser oral o escrita y puede ser enviada a través de diversos medios o procedimientos: mediante cartas ofertas de trabajo; avisos publicitarios (*advertisement o adds*) o incluso remitiéndose a las políticas de contratación de la empresa o al contenido de sus reglamentos internos o políticas de contratación y reclutamiento (*handbook or Employment Policy Documents*). Incluso la oferta puede ser inferida de la conducta del oferente (*offeror: may be implied through the conduct of the employer*). Pero como mínimo, la oferta debe ser clara y definida.

¹¹ El término exacto es: *contract implied in fact* (contrato implícito en el hecho y/o los hechos). Existe un mutuo acuerdo que no consta en palabras escritas, pero que sí se infiere indiscutiblemente de los hechos, de las conductas y acciones de las partes. A propósito de los beneficios que un hombre recibe de otro y del hipotético deber de contraprestación o de restitución, sin que medie un acuerdo entre las partes, algunos han opuesto a esta figura, el *contract implied in law* o la más discutida figura del *quasi-contract*. Al respecto Atiyah, comentando el desarrollo de la historia de estas teorías jurídicas, señala: «*Promises "implied in law" were purely fictitious, inventions of the judges, created to impose a duty with no semblance of genuine promise or consent*». Agrega sin embargo que en siglo XIX la distinción adquiere otra connotación: «*A contract "implied in fact" at this time generally meant no more than a contract (or duty) found by a jury while a contract "implied in law" was a contract (or duty) found by the Court*». (apud Scott y Kraus, 2003, pp. 11-12). Y confirmado en Atiyah (1979) pp.149-150.

¹² En el contrato unilateral solo una parte promete una prestación. En cambio, en los bilaterales, cada parte promete a la otra alguna, *vid.* Farnsworth *et al.* (2013) p. 40. Hay que tener presente eso sí, que en el *U.S. Law* el carácter unilateral o bilateral del contrato resulta de la circunstancia que las prestaciones quedan pendientes para su cumplimiento en una época posterior, más o menos cercana a la fecha de formación del contrato. En los unilaterales, la contraprestación se ejecuta de inmediato quedando pendiente el cumplimiento de la promesa de la otra parte; será entonces esa circunstancia, el que quede pendiente el cumplimiento de una de las obligaciones, la que lo tornará unilateral, *vid.* Rodríguez (1959) p. 62. Una comprensión similar de la distinción, destacando la dificultad y complejidad de la misma, en el famoso texto de Treintel, 2003, pp.37-38.

¹³ Dicha definición es la que entrega *The Restatement of Contracts, Second*; y es ampliamente aceptada como tópico de inicio al estudio de la teoría de los contratos en *U.S.A.*

2. *Acceptance*. No es necesario que la aceptación venga en la misma forma que la oferta. La aceptación puede realizarse expresamente formulando una promesa en tal sentido y en tal caso se estaría eventualmente en presencia de un *bilateral employment contract*; o bien, por el hecho de ejecutar el aceptante el trabajo prometido (*implied through the conduct of the employee; employee accept by performance*) ante lo cual según algunas Cortes de U.S.A., estaríamos eventualmente en presencia de un *unilateral employment contract* (Rothstein y otros, 2005: 77; Farnsworth y otros, 2013: 71).

3. *Consideration*. Sin perjuicio de los embates que ha sufrido la doctrina de la *consideration* (Farnsworth y otros, 2013: 90-91), es generalmente aceptado que en *el U.S. Law* no toda promesa puede ser compelida legalmente a su cumplimiento. Solo las que conllevan el elemento de la *consideration* pueden llegar a serlo (Farnsworth y otros, 2013: 31-52). Los contratos a título gratuito no existen –como tales– en el *U.S. Law*, lo cual no significa que las donaciones no puedan ser exigidas al promitente (*promisor*), pero no bajo la lógica del contrato, sino de las promesas *under seal* (bajo sello) (Rodríguez, 1959: 66).¹⁴

En general y utilizando nuestras categorías continentales de análisis jurídico, la *consideration* podría ser definida como «la contraprestación que justifica el carácter obligatorio de una promesa contractual» (Pérez, 2003: 150). Vale decir, la doctrina de la *consideration* «sostiene que una promesa de A a B es contractualmente válida sólo si B (el beneficiario de la promesa) ha hecho o promete hacer algo en beneficio de A (el promitente) como contrapartida» (Pino Emhart, 2014: 240). Sin duda que dicha doctrina puede ser comparada con la doctrina de la causa del *civil law* pero como ha destacado Guzmán Brito, «a veces se concluye en que tienen estructuras tan disímiles, que no hay manera de conciliarlas y, menos aún, de reducirlas a unidad conceptual» (Guzmán Brito, 2003: 375).

En el *Employment Contract* la *consideration* se traduce en la remuneración o salario (*wages*) que promete pagar el *employer* y en el beneficio que fluye de los servicios que prestará el *employee* (Covington, 2009: 17). La importancia de la *consideration* surge a propósito del tipo de *employment contract* de que se trate, específicamente si es *at-will*¹⁵ (a voluntad) o terminable por *term* o *cause*¹⁶ (cumplimiento de plazo o por motivo).

¹⁴ Algo similar acontecería en el Derecho Inglés de los contratos según Pino Emhart (2014) pp. 240-241.

¹⁵ Esta clase de contrato puede ser terminado por el empleador o el trabajador en cualquier tiempo, sin aviso previo y por cualquier razón. La regla general en el *Employment Law* es que los contratos orales y de duración indefinida se presumen *at-will*, *vid.* Rothstein *et al.* (2005) p. 76; Covington (2009) pp. 38-44; 51-53. Por cierto que hay importantes excepciones en razón de ciertas políticas públicas (*Public Policy Exception*); por revisión judicial en casos de configuración de la relación jurídica laboral como no *at-will* (*implied Contract Exception*), así como por razones de buena fe (*Covenant of Good Faith Exception*) o porque las partes así lo han pactado; excepciones que son reconocidas, con diversos matices e intensidades, en la gran mayoría de los Estados. Por otra parte también hay Estados de la Unión que pueden ser calificados como pro *at-will*, tal sería el caso de Florida, Georgia, Louisiana y Rhode Island, puesto que no son proclives a reconocer excepciones a la regla, frente a otros que no sustentan con la misma fuerza o vigor dicha doctrina. Una situación ejemplar, es el interesante caso de Montana, que ha eliminado completamente la presunción *at-will* y ha dictado una ley especial: *Wrongful Discharge From Employment Act* (WDFEA). En detalle: Roseman (2008); Stone (2006); Muhl (2001); Hopkins y Robinson (1985).

¹⁶ Las partes pueden pactar por escrito otras condiciones y así eliminar la presunción de existencia de contrato *at-will*.

En efecto, el *employment contract at-will* usualmente es unilateral¹⁷, puesto que el empleador hace una oferta y el trabajador acepta ejecutando el trabajo. La acción del trabajador, pues, es suficiente *consideration* para tornar válida y obligatoria la relación. Sin embargo, en los terminables por alguna causa, pueden presentarse situaciones en las cuales surja una *consideration* adicional. Así ocurriría en el caso de un contrato sin duración específica, el cual podría ser considerado como un contrato de terminación por causa o motivo (o no *at-will*), si el trabajador durante el curso del contrato proporciona una *consideration* adicional e independiente de la primera por la vía de realizar prestaciones o cumplir deberes no especificados o más allá de los pactado inicialmente. Lo mismo acontecería cuando la relación cambia a través de incorporar nuevos acuerdos como pagar indemnizaciones por término de contrato o nuevas cláusulas de no-competencia. La circunstancia de seguir prestando servicios por parte del trabajador, sería suficiente *consideration* (Rothstein y otros, 2005: 77-78).

Ahora bien, y adelantando un poco lo que será analizado en la sección II sobre configuración de la relación jurídica laboral, la promesa de prestar servicios por parte del trabajador (en caso de un *bilateral employment contracts*) o la prestación misma de los servicios (en caso de un *unilateral employment contract*), debe ser brindada en beneficio del empleador, siendo éste, también, quien mantiene el control sobre la forma como se realiza la prestación (The American Law Institute, 2015: 1-21; Covington, 2009: 21-32; Rothstein, 2005: 607-611). Vale decir, el trabajador no promete prestar servicios como un *independent contractors* o *self-employed* (prestador de servicios independiente o autónomo).

Como se ha indicado ya, en el *U.S. Law* la distinción entre empleador y trabajador, cobra significado práctico cuando se discute la existencia de la relación laboral y, en tal clase situaciones, las Cortes frecuentemente utilizan las definiciones derivadas conceptualmente del *Restatement (second) of Agency*¹⁸, en particular las contenidas en las secciones 2 y 220. En este orden normativo se entiende por empleador (*master*) «al principal que emplea a un agente para que le preste servicios en sus asuntos, quien controla o tiene el derecho a controlar la conducta física del otro en la realización o desempeño del servicio» (American Law Institute, 1959: 12)¹⁹; y por trabajador (*servant*) «un agente contratado por el Master para que le preste servicios en sus asuntos, cuya conducta física en el desempeño del servicio está controlada o está sujeta al derecho de control por parte aquél» (American Law Institute, 1959: 12)²⁰ o bien: «una persona empleada para prestar servicios en los asuntos de otro y que con respecto a la conducta física en el desempeño de

¹⁷ Volvemos sobre esto. Por lo general en los contratos bilaterales una promesa es suficiente *consideration* (*por cumplirse*). En los unilaterales, la *consideration* es ejecutada (cumplida) de inmediato, no quedando pendiente.

¹⁸ *vid.* The American Law Institute (2015) pp. 1.-2; Covington (2009) pp. 23; Rothstein (2005) pp. 607.

¹⁹ Traducción personal del autor del texto original en inglés, cuyo tenor es el siguiente: «a master is an principal who employs an agent to perform service in his affairs and who controls or has the right to control the physical conduct of the other in the performance of the service».

²⁰ Traducción personal del autor del texto original en inglés, cuyo tenor es el siguiente: «an agent employed by the master to perform service in his affairs whose physical conduct in the performance of the service is controlled or is subject to the right to control by the maste».

los servicios está sujeta al control del otro o a su derecho de control» (American Law Institute, 1959: 485)²¹.

En base a estos elementos de análisis, es posible intentar la siguiente definición general de *employment contract*, a saber: un conjunto de promesas recíprocas entre dos partes, en cuya virtud una de ellas, el *employee*, promete prestar servicios personales en beneficio de otra denominada *employer*, quien mantiene el control sobre la forma y contenido de la prestación, prometiendo por esto, el pago de un salario o remuneración (*wages*).

Ahora bien, una vez formado el contrato, pueden suscitarse algunas situaciones que algunos autores (Covington, 2009: 50-61; Rothstein y otros, 2005: 78-82) agrupan bajo los siguientes ítems: (a) *Statutory Disclosures*, (b) *Employee Handbooks, Manuals and Policy Statements*, (c) *Statute of Frauds* y (d) *Promissory Estoppel*.

A continuación nos referiremos, muy sucintamente a ellos:

(a) *Statutory Disclosures* (divulgación de condiciones de trabajo). Algunas legislaciones estatales obligan al Empleador a revelar y poner en conocimiento del trabajador en su propio idioma (ejemplo, español o chino mandarín) las condiciones de trabajo. Generalmente se hace esta exigencia cuando más del 10% de la fuerza de trabajo se comunica en una lengua distinta al inglés (Rothstein y otros, 2005: 78).

(b) *Employee Handbooks, Manuals and Policy Statements* (reglamentos internos, manuales y políticas del empleador). El empleador puede cambiar las condiciones del trabajo por vía de la modificación de sus Reglamentos Internos si éste contiene cláusulas de reserva en tal sentido. Si no existe tal reserva, será necesaria una *consideration* por parte del Trabajador para que éstas le sean legalmente oponibles.

(c) *Statute of Frauds* (estatuto de fraude). Esta institución viene del Derecho Inglés. En 1677 una ley inglesa titulada *An Act for the Prevention of Frauds and Perjuries* declaró que ciertos contratos no pueden ser compelidos a cumplirse si no constan por escrito y han sido firmados por la parte obligada (Garner, 2004: 1450; Pérez García, 2003: 153-156). En actualidad, bajo ese término se engloban las formalidades que deben cumplirse para que ciertos contratos y sus cláusulas, gocen de fuerza obligatoria. Así, en materia laboral opera una regla contractual general conforme a la cual si una promesa del contrato no se ejecuta dentro de un año, ésta debe constar por escrito para poder ser compelida a su cumplimiento. Asimismo si un empleador y trabajador acuerdan un contrato por el término de un año u otro plazo fijo, éste debe constar por escrito para que pueda ser obligatorio (Rothstein y otros, 2005: 79).

(d) *Promissory Estoppel*. Conceptualmente la figura más próxima en el *civil law* al *Estoppel* es la denominada teoría de los actos propios, sobre cuya aplicación en el campo laboral chileno algunos autores han presentado diversas aproximaciones y concepciones (López Oneto, 2016: 547-571). En el *Employment Law* la doctrina del *Promissory Estoppel* puede crear una relación jurídica laboral u obligaciones laborales, en la medida que se presenten los siguientes elementos derivados de las promesas de los empleadores: (i) una promesa sin ambigüedades (*an unambiguous promise*); (ii) confianza o dependencia en la

²¹ Traducción personal del autor del texto original en inglés, cuyo tenor es el siguiente: «*a person employed to perform services in the affairs of another and who with respect to the physical conduct in the performance of the services is subject to the other's control or right to control*».

promesa (*reliance on that promise*); (iii) que la confianza o la dependencia era previsible (*that the reliance was expected and foreseeable*) y (iv) perjuicio derivado o como resultado de haber confiado en la promesa (*detriment resulted from that reliance*) (Rothstein, 2005: 79). El elemento más importante del *estoppel* es la confianza. El empleador promete algo que, en el contexto de la relación, parece razonable; lo cual induce una acción de parte del trabajador; acción que no se habría ejecutado sin mediar la promesa. En tal caso, pues, la promesa debe ser cumplida al amparo de la doctrina del *promissory estoppel*, expresamente, además, consagrada en el *Restatement Second, Contracts, & 90* y en *Restatement of The Law, Employment Law* (The American Law Institute, 2015: 61). Caso típico de *promissory estoppel* es la promesa de nueva posición o cargo que se le formula al *employee*, quien en virtud de ésta renuncia a la que tenía. Si el empleador no cumple, entonces el *employee* podrá compeler el cumplimiento mediante la acción derivada del *promissory estoppel*.

i.a Breve nota comparativa sobre formación de contrato individual de trabajo: employment law y derecho individual del trabajo chileno.

Los límites de extensión y profundidad a que se encuentra sometido este artículo, solo permitirán que se destaquen los siguientes aspectos: (1) etapa de formación del contrato o formación del consentimiento, (2) conceptos de contrato de trabajo, empleador y trabajador, y, (3) modificaciones tácitas al contrato de trabajo.

I.A.1. Formación del contrato y del consentimiento. En ambos casos se distingue claramente las etapas de oferta y aceptación de la oferta. Sin duda que la gran diferencia y que, por cierto, constituye el elemento característico del derecho de los contratos del *U.S. Law* (y del *common law* general), es la *consideration*; institución que, como hemos expuesto precedentemente, permite distinguir cuando las promesas o acuerdos entre las partes podrán ser compelidos a cumplirse y/o brindarles fuerza legal obligatoria. En nuestro sistema, dicha finalidad se obtendría en el contexto de la teoría general del acto jurídico mediante el concurso del objeto y la causa (Pino Emhart, 2014: 240-243) , sin dejar de tener presente –por cierto– las dificultades conceptuales de tal operación expuestas Guzmán Brito (Guzmán Brito, 2003: 375).

En el *Employment Law* no existe una norma perentoria de escrituración del contrato de trabajo como la que sí existe en el ordenamiento jurídico laboral chileno (art. 9 del Código del Trabajo.) que impone al empleador la obligación de hacerlo constar por escrito bajo los estrictos apercibimientos que se indican en dicha disposición. Es por esto que puede distinguirse ahí, en ese punto normativo, una diferencia. En el *Employment Law* los contratos orales no están prohibidos o sancionados en detrimento del empleador, como si lo están en Derecho Individual del Trabajo chileno, sino que se presumen *at-will*.

No mediando contrato escrito u oral, en ambos sistemas la relación jurídica laboral puede ser constituida fácticamente por la ejecución de las prestaciones recíprocas. En el caso del *Employment Law* tal fenómeno surge cuando la *consideration* consiste en la ejecución o realización de la prestación (dando origen doctrinariamente un *unilateral employment contract* o a un *implied in fact contract*). Un efecto jurídico similar está expresamente consagrado en el inciso primero del artículo 8 del Código del Trabajo, con la regulación de la presunción de laboralidad de las prestaciones de servicios que en el plano

fáctico, se ejecutan bajo subordinación y dependencia a cambio de un estipendio en dinero o especie (Rojas Miño, 2015: 19-31).

Sin duda una diferencia sustancial entre ambos sistemas, la introduce la figura del contrato *at-will* cuya existencia se presume en el caso de los contratos orales. Esta clase de contratos no existe en Chile, pues siempre debe invocarse una causa legal para poder ponerle término a los contratos individuales de trabajo. Sin embargo, como se ha mostrado, la circunstancia de ser el *U.S. Law*, por regla general, una *at-will* jurisdicción, no significa necesariamente que en la actualidad no existan importantes excepciones al respecto.

I.A.2 Conceptos de contrato de trabajo, empleador y trabajador. Tanto el concepto de empleador como el de trabajador, en ambos derechos, son similares, pues en el caso del trabajador la nota distintiva está puesta en la prestación de servicios bajo las órdenes del empleador y en el caso de éste, la nota se fija en el control de las prestaciones brindadas por el trabajador.

En lo relativo al concepto de contrato individual de trabajo, estimamos que, sin perjuicio de la particularidad que la *consideración* impone al *employment contract*, ambos conceptos son similares, pues las notas distintivas, con diversas denominaciones, (por ejemplo, promesa v. obligación), atienden al mismo fenómeno sociológico jurídico laboral, a saber: prestar servicios bajo el control o subordinación de otra parte, a cambio de dinero o especies.

I.A.3 Modificaciones tácitas al contrato de trabajo. En ambos sistemas se observa bastante coincidencia en cuanto a que las conductas de las partes pueden modificar el contrato individual de trabajo, sin que sea necesario para la generación de tal situación jurídica, la existencia de documentos o escritos modificatorios. Por cierto que el límite siempre serán los derechos irrenunciables que los respectivos sistemas de derecho del trabajo reconozcan a los trabajadores. Por ejemplo, salarios mínimos, jornadas de trabajo o condiciones de higiene seguridad en el trabajo, que son áreas fuertemente reguladas en ambos sistemas laborales.

En síntesis, la consensualidad contractual está presente en los dos sistemas, pudiendo afirmarse que la existencia de la relación laboral no se sujeta a formalismos, primando la realidad o *facticidad* de ésta²².

²² En este trabajo se deduce y define operacionalmente el concepto *facticidad* del principio de primacía de la realidad ampliamente reconocido en la doctrina y jurisprudencia chilena, y se lo utiliza para representar la tendencia ontológica-jurídica del Derecho del Trabajo hacia la constitución fáctica o de hecho de algunas de sus instituciones en la sociedad (como es el caso del contrato de trabajo y de sus partes). Se aclara que no se pretende vincular tal concepto, al desarrollo que HABERMAS hace del mismo en su teoría del derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez, sin perjuicio de que el Derecho del Trabajo pudiera ser un ejemplo de esa mediación. Para una lectura en español de Habermas, puede consultarse: Habermas (2010). Para una revisión en detalle de la aplicación del principio de realidad en el derecho del Trabajo chileno, López (2013) pp. 80-89.

II. De la configuración de la relación jurídica laboral en el employment law (determining or identifying responsible parties: who are «employees» and «employers»).

Utilizamos el término configuración de la relación jurídica para describir todos los casos en que la existencia de ésta es controvertida por alguna de las partes y su determinación, por consiguiente, es fijada mediante resolución judicial que la establece señalando quien es el trabajador y quien, por cierto, el empleador.

La configuración de la relación laboral es un problema que con frecuencia debe ser resuelto judicialmente en el *Employment Law*, porque los términos «*employee*» y «*employer*» no se encuentran claramente definidos en las leyes federales y estatales de U.S.A. (Rubinstein, 2012: 612-613). Esta situación ha posibilitado también –como señalaremos más adelante– que algunas agencias federales vinculadas directa o indirectamente al tema laboral, definan los términos o los utilicen, en función de sus propios intereses fiscalizadores derivados de sus leyes orgánicas²³.

El problema de la configuración de la relación laboral se ha abordado aplicando básicamente tres test: el del *common law test* de agencia (*common law agency test*), el test de la realidad económica (*economic realities test*) y el test híbrido (*hybrid test*). En esta materia no hay que perder de vista que así como algunos autores agregan un cuarto test, a saber, el del estatuto primario (*statutory or primary purpose test*) (Es el caso de Rubinstein, 2012: 617 y 622-626), también hay otros que lo limitan a los primeros tres mencionados (Smith y otros, 2009: 4-10; Mulh, 2002: 3-11; Befort y Schanfield, 1995: 49-53) y otros, que sin desconocer –por cierto– la importancia de la existencia de variados test para casos particulares, sin embargo le asignan mayor trascendencia al primero (*common law agency test*) (Covington, 2009: 21-30; Rothstein, 2005: 604-610).

Pues bien, se ha circunscrito la descripción de situaciones de configuración de la relación laboral, a las dos más comunes que son generalmente consideradas por los autores: (1) Trabajadores independientes o autónomos (*independent contractors o self-employed*) y (2) Cambio en la propiedad de la empresa (*successorship*), ya que en definitiva lo que se discute en esa sede, es la imputación de obligaciones a la empresa sucesora que, por cierto, niega tal vinculación, es decir, niega ser el empleador. Será con ocasión de la descripción de estos fenómenos jurídicos laborales, que se presentarán las ideas fundamentales que constituyen los aludidos primeros tres test.

²³ A diferencia de Chile, donde existe básicamente un gran órgano fiscalizador de la legislación laboral, la Dirección del Trabajo; en el *U.S. Law* existen varias agencias federales en función de las diversas leyes laborales y previsionales vigentes (se hace presente asimismo que no existe un Código del Trabajo como en Chile, *vid.* Walker, 2003, pp. 9-10). Así por ejemplo, la administración y fiscalización de la *National Labor Relations Act* (que regula las relaciones laborales colectivas), está entregada al *National Labor Relations Board (NLRB)*; tratándose de la *Occupational Safety and Health Act*, existe el *Occupational Safety and Health Administration (OSHA)* que le reporta al *Secretary of Labor*; la *Fair Labor Standards Act (FLSA)*, es administrada y fiscalizada por la *Wage and Hour Division (WHD)* del *U.S. Department of Labor*; las leyes de igualdad de oportunidades y no discriminación en el trabajo, por su parte, son fiscalizadas y compelidas a cumplir (*enforcing*) por la *U.S. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*. Y así, se podría seguir ampliando la lista. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que el *Department of Labor (DOL)*, es una Secretaría de Estado con múltiples funciones y agencias dependientes, constituyéndose en el órgano público administrativo laboral más extenso y poderoso.

1. Trabajadores independientes o autónomos (independent contractors o self-employed).

1.1 Common Law test, right-of-control.

En U.S.A., tradicional y primariamente para determinar la existencia de la relación laboral en situaciones donde ésta no se presenta formalmente como la de un trabajador sujeto a un *employment contract*, sino como un *seld-employed*, se ha utilizado el test para imputar responsabilidad por daños (*tort*) a un *master*, bajo la doctrina del responsable superior (*respondeat superior for the tortious activity of an individual performing services*). Este es el denominado *common law agency test*.

En virtud de este *test* el superior responde por los daños de su personal (*servants-employees*), siempre y cuando haya tenido el control de las actividades de aquéllos (*right-of-control*). El test se ubica en *Chapter 7 «Liability of principal to third person; Torts, Topic 2., section 220»*, del *Restatement (second) Agency*. Textualmente señala:

«Al determinar si uno que actúa para otro es un servidor o un contratista independiente, se consideran, entre otros, los siguientes asuntos de hecho: (a) el grado de control que, según el acuerdo, el Master puede ejercer sobre los detalles del trabajo ; (b) si el empleado está o no involucrado en una ocupación o negocio distinto; (c) el tipo de ocupación, con referencia a si, en la localidad, el trabajo generalmente se realiza bajo la dirección del empleador o por un especialista sin supervisión; (d) la habilidad requerida en la ocupación particular; (e) si el empleador o el trabajador suministra los instrumentos, herramientas y el lugar de trabajo para la persona que hace el trabajo; (f) el período de tiempo durante el cual la persona está empleado, (g) el método de pago, ya sea por el tiempo o por el trabajo; (h) si el trabajo es parte del negocio regular del empleador; (i) si las partes creen o no que están creando la relación de amo y sirviente; y (j) si el principal está o no en el negocio», (American Law Institute, 1959: 485-486)²⁴.

Ante la ausencia de definiciones claras de trabajador o *employee*, las jurisdicciones Federales o Estatales, utilizan este test, otorgándole preponderancia al factor señalado en la letra (a), que corresponde al *right-of-control*. Sin embargo la *Supreme Court* no pierde de vista los otros factores, a los cuales también les asigna importancia en el análisis contextual. Así en *Nationwide Mutual Ins Co. v. Darden, 503 U.S. 318 (1992); Community for*

²⁴ Traducción personal del autor del original en inglés, cuyo tenor es el siguiente: «In determining whether one acting for another is a servant or an independent contractor, the following matters of fact, among others, are considered: (a) the extent of control which, by the agreement, the master may exercise over the details of the work; (b) whether or not the one employed is engaged in a distinct occupation or business; (c) the kind of occupation, with reference to whether, in the locality, the work is usually done under the direction of the employer or by a specialist without supervision; (d) the skill required in the particular occupation; (e) whether the employer or the workman supplies the instrumentalities, tools, and the place of work for the person doing the work; (f) the length of time for which the person is employed; (g) the method of payment, whether by the time or by the job; (h) whether or not the work is a part of the regular business of the employer; (i) whether or not the parties believe they are creating the relation of master and servant; and (j) whether the principal is or is not in business».

Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730 (1989) (Covington, 2009: 25; Smith y otros, 2009: 4-5).

Para distinguir judicialmente quien tiene el control del proceso laboral se buscan factores tales como supervisión, nivel de habilidad, método de pago; si la relación está en curso, quién provee las herramientas y materiales para el trabajo, si la relación entre el trabajador y el empleador son exclusivos, y la intención de las partes, así como otros factores relacionados (Muhl, 2002: 6).

Por lo general el *common law test* es utilizado por las diversas Cortes de U.S.A. para determinar el estatus de trabajador en casos bajo la regulación de la siguientes leyes: *Employee Retirement Income Security Act*, *National Labor Relations Act*, *Federal Insurance Contributions Act* y *Federal Unemployment Tax Act* (Smith, 2009: 4-5).

En síntesis, puede afirmarse que las Cortes y agencias gubernamentales se aproximan primariamente al problema de la configuración de la relación jurídica laboral mediante el primer factor señalado en el *Restatement (second) Agency*: «el grado de control que, según el acuerdo, el Master puede ejercer sobre los detalles del trabajo» (American Law Institute, 1959: 485)²⁵. El *Restatement of Employment Law*, así lo ratifica a propósito de las definiciones de *employee* y *employer* contenidas en capítulo 1 titulado *Existence of Employment Relationship* (The American Law Institute, 2015: 1-47). Sin embargo, esto no significa que las Cortes y agencias gubernamentales adopten soluciones doctrinales y jurisprudenciales más complejas y plásticas a partir del *right-of-control*²⁶

1.2 Economic Reality Test.

La jurisprudencia de la *Supreme Court* también ha vinculado la existencia de la relación laboral a la dependencia económica que el putativo *employer* ejerce sobre los prestadores de servicios o hipotéticos *employees*. Se trata del denominado *Economic Reality Test*, que fue desarrollado por la *Supreme Court* en el famoso caso *NLRB v. Hearst Publication* (1944)²⁷, conocido popularmente como el caso de los «*newsboys*». En dicho caso la *Court* juzgó que los vendedores de diarios de las esquinas que distribuían los periódicos de *Hearst Publications, Inc.*, bajo las regulaciones de la *National Labor Relation Act* (NLRA) debían ser considerados *employees* (no, *independent contractors*) y que, por tanto, tenían derecho negociar colectivamente, porque ellos carecían de cualquier real poder para guiar el destino de su negocio y en tales condiciones, necesitan unirse como grupo para negociar con la empresa²⁸.

²⁵ Traducción personal del autor del texto original en inglés, cuyo tenor es el siguiente: «the extent of control which, by the agreement, the master may exercise over the details of the work».

²⁶ Así es como en materias tributarias también se usa pero con un nivel de detalle, quizás, aún mayor. Se trata de los famosos 20 factores de distinción contenidos en la *Rev. Rul.* 87-41, 1987-1 CB 296 de U.S. *Internal Revenue Service*, *vid.* Juffras (2008); Joint Commitee of Taxation (2007); Simmons (1988).

²⁷ En la misma línea de darle importancia a los factores económicos como factor de terminación de la relación jurídica laboral, a propósito de las leyes de seguridad social, *United States v. Silk* (1947).

²⁸ En el U.S. Law la NLRA es la ley matriz en materia de organizaciones sindicales y negociación colectiva. Llamada también Ley *Wagner* (por el senador *Robert F. Wagner*, que fue su promotor). Fue promulgada en 1935 bajo el mandato del Presidente *Roosevelt* y su *New Deal*. Esta ley distingue entre *Employees* e *Independent contractor*. Los *Employees* tienen derecho a negociar colectivamente, mientras que los *Independent contractor*, no. Sin embargo, originalmente esta Ley no excluía expresamente a los *Independent contractor* ni definía específicamente el término *Employee*, lo cual indudablemente generaba problemas de

La *Supreme Court* también razonó en ese caso, que la interpretación administrativa, que en virtud de sus potestades legales había realizado el *National Labor Relations Board*²⁹ en cuanto a considerar *employee* a los «*newsboys*» y conferirles el derecho a organizarse y negociar colectivamente, siendo razonable y viniendo del Gobierno, debía de aceptarse, aunque el Tribunal discrepare de tal interpretación. Es decir, fue también un caso fundado en razones de deferencia judicial hacia el ejecutivo (Pérez Alonso, 2011: 325-348).

En la actualidad el *Economic Reality Test* incluye factores tales como: (i) el grado de control ejercido por el presunto empleador sobre el trabajador, (ii) la oportunidad de lucro o pérdida del trabajador, (iii) la continuidad de la relación laboral, (iv) el grado de habilidad para realizar el trabajo y (v) la medida en que el trabajo es parte integral del negocio o de las operaciones del presunto empleador. Como puede advertirse el *Economic Reality Test* comprende un multitud de factores, pero siempre teniendo como telón de fondo, la dependencia económica; circunstancia que produce el efecto de restarle peso al factor control (Smith, 2009: 6).

Las Cortes de U.S.A. y el *Department of Labor* suelen aplicar el *Economic Reality Test* en casos gobernados por la *Fair Labor Standards Act* (FLSA, que regula entre otras materias, jornadas de trabajo máximas y remuneraciones mínimas)³⁰; por la *Occupational Safety and Health Act* (OSH) y la *Employee Polygraph Protection Act* (EPPA). También las Cortes han aplicado el *Economic Reality Test* en el contexto de casos del título VII de la *Civil Rights Act*; de la *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) y a propósito de casos bajo el amparo de la *Americans With Disabilities Act* (ADA), (Smith y otros, 2009: 9).

1.3 Hybrid test.

El *hybrid test* combina elementos del *common law test* y del *economic reality test*. Fue descrito por la *Eighth Circuit Court of Appeals*, en los siguientes términos: «según la

interpretación. Así, la determinación del rango de acción de la ley (*scope*) quedaba entregado al *National Labor Relations Board*, agencia administrativa creada por la misma Ley para fiscalizar su cumplimiento. La aplicación de la NLRA contribuyó al aumento de la sindicalización, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho a la huelga. Posteriormente sus efectos expansivos fueron morigerados con la *Ley Taft Hartley* (*Labor-Management Act*) de 1947; la cual, en definitiva, para limitar cuantitativa y cualitativamente sus efectos, excluyó la realidad económica como factor de determinación de la existencia de *employees*, por la vía de focalizar el análisis de la distinción en el «*right-of-control test*», ya que, entre otras cosas, se decía que el *Board* lo había olvidado y el Senador Taft, por su parte, arguía «*that question wheter or not a person is an employee is always a question of law, since the ter mis not embrace persons outside that category under the general principles of the law of agency*», citado por Motomura (1977) p. 286. En detalle sobre la historia de la evolución jurídica del método de distinción entre *employee* y *independent contractor* bajo la NLRA, puede consultarse Motomura (1977) pp. 278-307.

²⁹ Cumple un rol similar a la Dirección del Trabajo de Chile, pero circunscrita a temas sindicales.

³⁰ Los autores citan varios casos. Uno interesante y que se repite en la bibliografía consultada, es *Donovan v. DialAmerica Marketing, Inc.* donde la *Third Circuit Court of Appeals* resolvió que los renovadores de suscripciones de una revista, labor que desempeñaban desde sus casas y por teléfono, y aun cuando habían suscrito contratos de *independent contractor*, debían ser considerados *employee* para los efectos previstos en la FLSA, *vid. Smith et al.*, 2009, pp. 6-8; Muhl, 2002, pp. 7-8). En un sentido similar, *Brock v. Superior Care, Inc.*, decidido por la *U.S. Court of Appeals for ther Second Circuit*, en cuanto a considerar también *employee* bajo la FLSA, a las enfermeras que eran contratadas como *independent contractor* para prestar sus servicios en los domicilios de los pacientes de una clinica, *vid. Muhl*, 2002, pp. 8-9).

prueba híbrida, el término «empleado» se interpreta a la luz de los conceptos generales del common law, teniendo en cuenta las realidades económicas de la situación» (Befort y Schanfield, 1995: 53)³¹. Para algunos autores, en la práctica, la realidad económica es el factor crítico del *hybrid test*, pero sin dejar de considerar el factor control por parte del empleador como determinante (Muhl, 2002: 9). Otros en cambio, basados en que las Cortes le asignan un peso particular al control del proceso laboral por parte del putativo empleador, opinan que la distinción resulta borrosa y tiende a desdibujarse (Smith y otros, 2009: 10). Como fuere, el *hybrid test* es aplicado por muchas de las Cortes en casos de discriminación regulados por el título VII de la *Civil Rights Acts* y la *ADEA*.

2. Cambio en la propiedad de empresa (*successorship doctrine*).

Las fusiones y adquisiciones de empresas (*mergers and acquisitions*, conocidas también por su acrónimo en inglés *M&A*) constituyen un fenómeno complejo que trasciende el *Corporate Law* (derecho de sociedades o de empresas), ya que impacta un conjunto de zonas normativas, entre ellas las reguladas por el *Employment* y el *Labor Law*.

Las controversias en el *Employment* y el *Labor Law* se suscitan cuando como resultado de una operación de *M&A*, los nuevos controladores desconocen los derechos individuales y colectivos de los trabajadores adquiridos previamente con la empresa vendida o fusionada, alegando que se trata de una nueva entidad completamente distinta a la predecesora. Estas controversias han encontrado respuesta en la *Successorship Doctrine*.

Desde ya advertimos que los temas y controversias laborales que se generan en casos de *successorship* son mayormente estudiados en sede *Labor Law* que de *Employment Law*, por haberse desarrollado esta doctrina en disputas entre empresa y sindicatos.

El tema es bastante complejo³². Por lo mismo, y siendo además esta una primera presentación, será simplificado mostrando primeramente la regla general de la *Successorship Doctrine*, a saber: cuando una empresa, por ejemplo, una sociedad de capital (*corporate ownership*) es transferida ya sea por fusión o venta total de sus activos, la empresa sucesora (*sucesor corporation*) se considera responsable por los actos de la predecesora (*liable for the acts of its predecessor*), y por tanto, debe respetar los derechos laborales individuales y colectivos de los trabajadores de esas empresas cuya estructura propietaria ha variado.

El eje de la *Successorship Doctrine* ha sido construida por la *Supreme Court* en tres grandes casos que se conocen como «*The successorship trilogy*», a saber: *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston* (1964); *NLRB v. Burns International Security Services* (1972) y *Howard Johnson Co. v. Hotel and Restaurant Employees* (1974) (Russo, 2013: 9-16; Landau, 1989). También se suele incluir un cuarto caso: *Golden State Bottling Co., Inc. v. NLRB* (1973).

En general, la *successorship* es una doctrina que ha evolucionado en torno a casos que giraban sobre al deber un empleador de negociar o de resolver disputas mediante

³¹ Traducción personal del autor del texto original en inglés, cuyo tenor es el siguiente: «Under the hybrid test, the term “employee” is construed in light of general common-law concepts, taking into account the economic realities of the situation».

³² Algunos autores distinguen diversos efectos dependiendo si se trata de una *Merger* (fusión), *Stock Sale* (venta de stock), *Sale of assets* (venta de activos) o *Shift of Work* (cambio de trabajo), *vid.* Rock y Wachter (1993).

arbitraje con un sindicato que representaba a los trabajadores de la empresa predecesora (Landau, 1989: 405).

En un bosquejo general, puede señalarse que en *Wiley*, la *Supreme Court* le imputó a la empresa sucesora el deber de arbitrar las controversias laborales con el Sindicato de la empresa predecesora; en *Burns*, el deber de negociar colectivamente, aun cuando no medie fusión ni compra de activos físicos; en *Golden*, le imputó responsabilidad por prácticas desleales a la sucesora por hechos o actos de la predecesora y, finalmente, en *Howard Johnson*, the *Supreme Court* sostuvo que no podía aplicarse la doctrina del caso *Wiley* en situaciones de compra y venta parcial de activos, en la cual el empleador original (*Hotel and Restaurant*) no desaparecía como en *Wiley* y continuaba como una empresa viable; luego no era posible distinguir en el caso *sublite*, que el comprador continuara substancialmente con los negocios de la vendedora y, en consecuencia, no podía aplicarse la *Successorship Doctrine* (Landau, 1989: 405-412).

A continuación comentaremos, con algún nivel de detalle, algunos de estos casos.

El primer caso significativo en la materia fue *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston* (1964). En *Wiley, Interscience Publishers, Inc.*, se fusionó con *John Wiley & Sons, Inc.*, dejando jurídicamente de existir *Interscience* como una empresa individualmente considerada. Frente a esta situación el Sindicato (*unions*) de *Interscience* asumió que continuaba representando a los trabajadores que fueron contratados por *Wiley* y que ésta, debía reconocer los derechos colectivos de los trabajadores negociados y pactados en contratos colectivos suscritos (*collective bargaining agreement*) con su anterior empleador, *Interscience*. Así fue como *Wiley* se negó a reconocer al Sindicato y al contrato colectivo, argumentando que la fusión había puesto término al contrato colectivo, incluidas, por cierto, las cláusulas de arbitraje. Pues bien, la *Supreme Court* concluyó que la empresa sucesora (*Wiley*) tenía el deber de resolver vía arbitraje sus diferencias con los trabajadores de la empresa fusionada en virtud de lo pactado en el contrato colectivo negociado con ésta. La *Court* introdujo el concepto de «*substantial continuity of identify in the business enterprise*» (continuidad esencial de los negocios). Dado que *Wiley*, en la práctica, continuaba substancialmente los negocios de la fusionada, debían respetarse los acuerdos colectivos contraídos con el empleador predecesor (*Interscience Publishers, Inc.*)

Esta doctrina se refinó en *Golden*, estableciéndose que cuando se compra una parte de la empresa o de sus activos y, en la realidad, esta empresa continúa substancialmente los negocios de la predecesora, pues entonces debe responder de las obligaciones laborales individuales y colectivas (*substantial continuity doctrine*), incluidas las sanciones por prácticas antisindicales (Furfaro y Salins, 2013). En la actualidad, para determinar la continuidad substancial se acostumbra a aplicar un test elaborado por la *U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit* en el, por algunos considerados, *seminal case*: *EEOC v. Macmillan Bloedel Containers (1974)* (Furfaro y Salins, 2013).

Pero la *Supreme Court* ha incorporado otras aristas a la *Successorship Doctrine*. En el famoso caso *NLRB v. Burns International Security Services (1972)* introdujo otra categoría de responsabilidad en temas de *successorship*. Se trata del fenómeno jurídico laboral denominado «*the shif of work case*» (caso de cambio de trabajo). Aquí el Tribunal impuso el deber de negociar colectivamente a *Burns*, cuando para desplazar al competidor *Wackenhut* en la licitación de un contrato de seguridad con la empresa *Lockheed Aircraft Service Co.*, contrató a gran parte de los trabajadores de *Wackenhut*, pero no compró los

activos ni se fusionó con esa empresa (Cox y otros, 2005: 809-812; Rock y Wachter, 1993: 212-213).

En dicho caso,

«*Wackenhut*, que había proporcionado el servicio de protección de plantas para una fábrica de *Lockheed Aircraft Service Co.*, había celebrado un acuerdo de negociación colectiva con la Unión de Trabajadores de la Guardia de Plantas (UPG), el sindicato certificado por la *National Labour Relations Board* (NLRB) como el representante de la mayoría de los guardias de *Wackenhut* en la planta. Unos meses más tarde, el contrato de servicio de *Wackenhut* expiró y fue reemplazado por *Burns*, que conocía el convenio colectivo de negociación. *Burns* empleó a 27 de los 42 guardias de *Wackenhut* pero se negó a reconocer a UPG, a cumplir el acuerdo, y negó cualquier obligación de negociar con UPG, reconociendo al sindicato rival de la UPG, la *American Federation of Guards* (AFG), que representaba empleados de *Burns* en otros lugares de trabajo. El NLRB dictaminó que *Burns* violó las secciones 8 (a) (5) y 8 (a) (1) de la *National Labor Relation Act* al no reconocer y negociar con UPG y al negarse a cumplir el convenio colectivo de negociación y ordenó a *Burns* cumplir con los términos del acuerdo y dar efecto retroactivo a todas las cláusulas de dicho contrato y, con un interés del 6 por ciento, integrar a sus empleados por cualquier pérdida sufrida por razón de la negativa del demandado (*Burns*) para honrar, adoptar y hacer cumplir dicho contrato. La *Supreme Court* consideró que un cambio en la propiedad o en la administración no era suficiente para alterar el reconocimiento de la UPG como representante de la negociación colectiva cuando la mayoría de los trabajadores después del cambio de titularidad o dirección habían sido ocupados por el predecesor en la unidad de negociación original para continuar realizando el mismo trabajo»³³.

II.A Breve nota comparativa sobre configuración de la relación jurídica laboral en el *Employment Law* y en el Derecho Individual del Trabajo.

Como ha dicho Larenz, la fertilidad de las investigaciones jurídico-comparadas se basan en que las soluciones que un ordenamiento jurídico ha encontrado son, «con frecuencia, respuestas a problemas jurídicos generales, que se plantean de la misma o similar manera en todos o en la mayor parte de los órdenes jurídicos» (Larenz, 2009: 181). La protección de la configuración de la relación individual de trabajo y la protección de los derechos colectivos en procesos de cambio de dominio de la empresa, son problemas presentes tanto en el *U.S. Law* como en el Derecho del Trabajo Chileno y las soluciones que se han elaborado en ambos sistemas son, en algunos casos, parecidas en sus resultados.

³³ Párrafo Extractado del *Syllabus* del fallo. Traducción personal.

II.A.1 Trabajadores independientes o autónomos (*independent contractors*).

En ambos Derechos Individuales del Trabajo se advierte la consideración de la primacía de la realidad o de la *facticidad* de la relación de trabajo subordinado o dependiente como elemento de constitución de la relación jurídica laboral. Es decir, en ambos ordenamientos jurídicos laborales, cuando se controvierte la naturaleza jurídica laboral de una relación de prestación de servicios personales, los Tribunales resuelven constituir o reconocerla, prestando esencialmente atención –como elemento definitorio en un concurso de situaciones- al hecho de si acaso en la realidad se han prestado con subordinación o dependencia, en el caso Chileno, o bajo el control del empleador, en el caso del *Employment Law*.

La categoría jurídica «subordinación» que utilizamos en el Derecho Individual del Trabajo chileno es, en gran medida, conceptualmente equivalente a la de *right-of-control* que se utiliza en el *Employment Law*.

En efecto. Hoy en día, desde la perspectiva del trabajador, la subordinación es comprendida en el Derecho Individual del Trabajo Chileno como la obligación de éste de prestar los servicios bajo el poder jurídico de dirección y disciplinario del empleador. Y es que en la era de los derechos fundamentales en el trabajo, la subordinación ya no se configura puramente en base a su carácter personal. Se trata de una subordinación estrictamente jurídica que evoluciona conforme evolucionan los sistemas de producción y de organización del trabajo (Thayer y Fuenzalida, 2008: 35; Rojas, 2015: 11-31). Llevada a su frontera o límite crítico de constitución, y dado además las diversas intensidades que admite según los tipos de trabajo que en el mundo globalizado y de la información se están dando; la subordinación, en última instancia, puede ser comprendida esencialmente como el derecho del empleador de controlar el proceso productivo y, por tanto, como el derecho a determinar la forma como la prestación personal de servicios debe llevarse a efecto; derecho de control que implica, lógicamente, el de dirección y también, el disciplinario.

El *right-of-control* que contempla el *common law test* enfatiza, precisamente, el poder del empleador para determinar la forma y la manera como se llevará a efecto el trabajo o prestación personal de servicios. Si, el principal solo está empoderado para especificar el producto final del trabajo, entonces generalmente se opta por clasificar la relación como *independent contractor* (Rothstein y otros, 2005: 607).

La particularidad que se observa en el *Employment Law* es la existencia de diferentes test para determinar la configuración de la relación laboral dependiendo de la ley Federal bajo cuyo imperio se discute el caso; particularidad que expresa la gran diferencia que, en esta materia, es posible distinguir en relación con el Derecho Individual del Trabajo chileno. Se trata de la apertura del *Employment Law* a la consideración de la realidad económica como factor a considerar en la configuración de la relación jurídica laboral, tal como se desprende del *Economic Reality Test* y parcialmente del *Hybrid Test*. En el Derecho del Trabajo chileno, los factores económicos no son considerados esenciales para determinar la existencia de una relación jurídica individual de trabajo. El elemento determinante, sigue siendo la subordinación y dependencia (Rojas, 2015: 11).

II.A.2 Cambio en la propiedad de empresa (*successorship doctrine*).

La *Successorship Doctrine* es la respuesta que el *American Legal System* ha desarrollado para solucionar el problema de la desprotección de los derechos laborales individuales y colectivos que se generan en los procesos de cambio en la estructura de dominio de las empresas, ya sea por fusiones, ventas de activos e, incluso, contratación de todo o gran parte de los trabajadores de una empresa, como aconteció en *Burns*.

La respuesta que el ordenamiento jurídico laboral chileno ha desarrollado para enfrentar problemas similares, es el principio de continuidad de la empresa, cuya fuente positiva se encuentra ubicada en el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo³⁴, reforzado normativamente por las últimas modificaciones introducidas al artículo 3° del mismo Código³⁵.

Se trata de un principio ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema (López, 2013: 73-76) que protege los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, ampliando en definitiva los límites conceptuales de lo que tradicionalmente, en derecho laboral, se entendía por empresa. Sin embargo, como se señalará en las conclusiones, la *successorship doctrine* propone efectos mucho más expansivos que el principio de continuidad de la empresa del Derecho del Trabajo chileno.

Conclusiones

La descripción parcial del *Employment Law* que se ha presentado, permite advertir que se trata un cuerpo normativo que regula la formación y la configuración del contrato individual de trabajo bajo una lógica de protección al trabajador y por tanto, también de protección al trabajo considerado en sí mismo, ya que éste es inseparable del que lo ejecuta. Al igual que en el ordenamiento jurídico laboral chileno, la protección se concretiza normativamente mediante el reconocimiento de la *facticidad* de la relación laboral como elemento esencial de su configuración, pues se establece la existencia de ésta en la misma medida que los diferentes test prueben que el empleador controla en la realidad de los hechos, la manera y sentido en que el individuo presta los servicios (más allá de lo que puedan probar instrumentos formales, como serían escrituras donde constan supuestas contrataciones en calidad de *independent contractor*).

Pero el *Employment Law*, al incorporar el *Economic Reality Test* y *Hybrid Test*, definitivamente amplía los factores de configuración de la relación jurídica laboral, en relación con los efectos protectores ciertas leyes federales. Este orden normativo constituye un ventaja comparativa para los trabajadores de los U.S.A., que es inexistente en el Derecho Individual del Trabajo chileno, donde el elemento que tipifica la relación jurídica laboral es la subordinación, descartándose la dependencia económica o integración completa y continua en el tiempo del prestador de servicios a los negocios del empleador, como factor cualificante esencial.

La *facticidad* también juega un rol decisivo en la *successorship doctrine*. La continuidad substancial (*substantial continuity*) de los negocios de la empresa predecesora

³⁴ «Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con él o nuevos empleadores».

³⁵ Por el artículo único de la Ley N° 20.760.

que ejecuta la empresa sucesora, como elemento decisivo en la imputación de obligaciones laborales colectivas a esta última empresa, nos muestra la importancia que la realidad de los hechos juega en esta rama del *U.S. Law*.

Más que en las fusiones de empresas donde la continuidad substancial de los negocios de la empresa predecesora en el nuevo ente corporativo, podría ser menos controvertida por lo que implica una fusión en el plano jurídico y económico, todo el poder normativo de la *facticidad* se muestra con paradójica claridad, en los casos *penumbrales*, tales como imputación de alguna clase de responsabilidad laboral como efecto de la compra de los activos de una empresa o incluso más, por contratación del personal de la empresa de la competencia que sigue prestando servicios en el mismo lugar y realizando las mismas labores, como ocurrió en *Burns*.

No hay duda alguna que el principio de continuidad de la empresa de nuestro Derecho del Trabajo, soluciona los casos de fusión y cambio de la titularidad del dominio empresa. ¿Pero los casos de compra de los activos de la empresa o la contratación de los trabajadores de la empresa de la competencia en las condiciones que se dieron en *Burns*, podrían ser solucionados protegiendo los derechos laborales colectivos de los trabajadores, bajo la forma como nuestra doctrina y jurisprudencia ha comprendido el principio de continuidad de la empresa? Hasta el momento no se conocen casos en los cuales se haya aplicado el principio de continuidad de la empresa o se haya brindado protección a los derechos individuales y colectivos en el sentido que propone la pregunta. Al parecer, también en este aspecto, el *Employment* y el *Labor Law*, han encontrado soluciones más protectoras que las desarrolladas por el sistema jurídico laboral chileno.

Está por verse, por consiguiente, si se podría obtener en Chile una solución tipo *Burns* o *Golden State*.

Referencias

- Anglim, Christopher (1999). *Labor, Employment, and the Law. A Dictionary*. Santa Barbara, California: ABC-CLIO, Inc.
- Arroyo Vázquez, María Luz (2002). «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner», *Espacio, tiempo y forma*, N° 15, pp. 351-378.
- Atiyah, Patrick S. (1979). *The rise and Fall of freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press.
- Barron A., Jerome y Thomas Dienes (1999). *Constitutional Law in a nutshell*. Fourth Edition. St. Paul, Minnesota: West Group.
- Befort, Stephen F. y Karen G. Schanfiel (1995). *Employment Law and Practice*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Blackstone, Sir William, KT (1915). «Commentaries on the Laws of England», Volume I containing books I and II, edited by William Carey Jones, Director of the School of Jurisprudence, University of California. San Francisco: Bancroft-Whitney Company.
- Bronstein, Arturo (2010). *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos Actuales*. Madrid-Ginebra: Plaza y Valdés Editores-Oficina Internacional del Trabajo.
- Colby, Thomas y Peter Smith J. (2015). «The return of Lochner», *Cornell Law Review*, Vol. 100:527, pp. 527-602; GWU Legal Studies Research Paper N° 2015-10.

- Covington. N., Robert (2009). *Employment Law in a nutshell*. Third edition Minnesota: West a Thomson Reuters business.
- Cox, Archibald, Derek Curtis Bok, Robert A. Gorman, y Matthew W. Finkin (2011). *Labor Law. Cases and Materials*. New York: Thomson Reuters-Foundation Press.
- Choudhry, Sujit (2004). «The Lochner era and comparative constitutionalism», *Berkeley Law, Berkeley Law Scholarship Repository*, 1-1-2004: pp. 1-55.
- Cushman, Barry (1998). *Rethinking the New Deal Court: The structure of a Constitutional Revolution*. New York-Oxford: Oxford University Press.
- Epstein, Richard A. y Catherine M. Sharkey (2012). *Cases and material son Torts*. 10ª ed. Frederick, Maryland: Wolters Kluwer.
- Farnsworth, E, Allan, Carol Sanger, Beil B. Cohen, Richard R.W. Brooks, y Larry T. Garvin (2013): *Contracts. Cases and materials*. 8ª ed. St. Paul, Minnesota: Foundation Press.
- Garner, Bryan A. (2004). *Black's Law Dictionary*. Bryan A. Garner Editor in Chief. Eighth Ed. St. Paul, Minnesota: Thomson West.
- Gorman, Robert A. y Matthew W. Finkin (2004). *Basic Text on Labor Law unionization and Collective Bargaining*. Second Ed. St. Paul, Minnesota: Thomson West.
- Guzman Brito, Alejandro (2003). «La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” en el “ius commune”», *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, XXV, pp.375-406.
- Furfaro, John P. y Risa M. Salins (2013). «Successor liability in Labor And Employment Cases», *New York Law Journal*, vol. 250, N° 68. Disponible en: goo.gl/GcGAAb.
- Habermas, Jurgen (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*. 6ª Ed. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta.
- Hopkins, Shelley A. y Donald C. Robinson (1985). «Employment At-Will, Wrongful Discharge, and the Covenant of Good Faith and Fair Dealing in Montana, Past, Present, and Future», *Montana Law Review*, Vol. 46, pp.1-24.
- Juffras, Diane M. (2008). «Independent Contractor or Employee? The legal distinction and Its consequences», *School Law Bulletin (spring)*, School of Government, The University of North Caroline at Chapel Hill, pp.1-22.
- Landau, Jeffrey M. (1989). «Successorship Doctrine, the Courts and Arbitrators: Common sense or Dollars and Cents?», *University of Miami Law Review*, vol. 44, pp. 403-441.
- Larenz, Karl (2009). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. M. Rodríguez Molinero, 1ª edición (de la 4ª alemana definitiva), 3ª reimp.). Barcelona: Editorial Ariel.
- López Oneto, Marcos (2016): «La teoría de los actos propios en el derecho del trabajo chileno», *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 43 , N° 2: pp. 547-571.
- Maggs E., Gregory y Peter Smith J. (2015). *Constitutional Law. A Contemporary Approach*. St. Paul Minnessota: West Academic Publishing.
- Motomura, Hiroshi (1977). «Emplomes and Independen Contractor under the Nacional Labor Relation Act», *Berkeley Journal of Employment & labor Law*, vol. 2, Issue 2, Summer 1977, pp. 278-307.
- Muhl, Charles J. (2001). «The employment-at-Will doctrine: three major exceptions», *Monthly Labor Review, Bureau of Labor Statistics, United States Department of Labor*. Disponible en: goo.gl/erhHKm.

- Muhl, Charles J. (2001). «What is an employee? The answer depends on the Federal law», *Monthly Labor Review, Bureau of Labor Statistics, United States Department of Labor*. Disponible en: goo.gl/y8hDBw.
- Ojeda Avilés, Antonio (2010). *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer España.
- Pérez Alonso, Jorge (2011): «¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo», *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid, pp. 325-348.
- Pérez García, Matías (2003). «Los elementos del contrato en la common law americana», *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, Num. 118, pp. 127-158.
- Pino Emhart, Alberto (2014). «Una aproximación continental al derecho inglés de los contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp 233-253.
- Rock, Edward B., Wachter (1993): «Labor Law Successorship: A corporate Law Approach», *University of Pennsylvania Law School, Penn Law: Legal Scholarship Repository*, pp. 203-260.
- Rodríguez, Fausto E. (1959). «Causa y Consideration», *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México de la UNAM*, N° 35, pp. 55-70.
- Rojas Miño, Irene (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.
- Roseman, Barry D. (2008). «Just Cause in Montana: Did the Big Sky Fall?», *American Constitution Society for Law and Policy*. Disponible en: goo.gl/No43fk.
- Rothstein, Mark A., Charles B. Graver, Elinor P. Schroeder y Elaine W Shoben (2005). *Employment Law*. Third Ed. Minnesota: Thomson-Wedst, Hornbook series.
- Rubinstein, Mitchell H. (2012): «Employee, Employers, and Quasi-employers: An analysis of Employees and Employers Who Operate in the Borderland Between An Employer-And-Employee Relationship», *U.of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol.14:3, pp. 605-659.
- Russo, Christopher M. (2013): «Navigating the Labor Successorship Doctrine: Why “Substantial Continuity” is Insufficient to Find a Duty to Arbitrate Under a Preexisting Collective Bargaining Agreement», *Law School Student Scholarship*, paper 371, Seton Hall University, pp. 1-31. Disponible en: goo.gl/HwpFuQ.
- Scott, Robert E. y Jody S. Kraus (2002). *Contract and Theory*. Revised Third Ed. LexisNexis.
- Simmons, Sharon L. (1988). «Determining Status as an Employee Rev. Ruling 87-41», *Akron Tax Journal, The University of Akron*, vol. 5, article 14, pp. 255-258.
- Smith, Peggie R., Ann C. Hodges, Susan J. Stabile y Rafael Gely (2009). *Principles of Employment Law*. Minnesota: Thomson Reuters.
- Stone, Katherine V.W. (2006). «Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace», *University of California, UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper N° 06-38.
- Thayer Arteaga, William y Patricio Novoa Fuenzalida (2008). *Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III, Derecho Individual de Trabajo*. 5ª ed. Santiago: Editorial Jurídica.
- The American Law Institute (1959). *Restatement of the law, Second, Agency 2d*. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers.

- The American Law Institute (2006a). *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, Agency, Volume 1* §§ 1.01 to 5.02. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers.
- The American Law Institute (2006b). *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, Agency, Volume 2* §§ 6.01 to 8.15. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers.
- The American Law Institute (2015). *Restatement of the Law. Employment Law*. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers, Student Edition.
- Treintel, Sir Guenter (2003). *The law of contract*. Eleventh ed. Thomson-Sweet&Mawwell.
- Walker Errazuriz, Francisco (2003). *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo.

Normas Citadas U.S. Law

- National Labor Relations Act (1935).
Fair Labor Standards Act (1938).
Taft-Hartley Act (1947).
Landrum-Griffin Act (1959).
Equal Pay Act (1963).
título VII de la Civil Rights Act (1964).
Service Contract Act (1965).
Age Discrimination in Employment Act (1967).
Occupational Safety and Health Act (1970)
Longshore and Harbor Workers` Compensation Amendments (1972).
Private Act (1974).
Employee Retirement Income Security Act (1975).
Civil Service Reform Act (1978).
Rev. Rul. 87-41, 1987-1 CB 296 de U.S. Internal Revenue Service.
Wrongful Discharge From Employment Act (1987, Montana State).
Employee Polygraph Protection Act (1988).
Workers Adjustment and Restraining Notification Act (1988).
Drug Free Workplace Act (1988).
Americans With Disabilities Act (1990).
Civil Rights Act (1991).
Family and Medical Leave Act (1993).
Ticket To Work and Work Incentives Improvement Act (1999).
Pension Protection Act (2006).
ADA Amendments Act (2008).
Genetic Information Nondiscrimination Act (2008).
Lilly Ledbetter Fair Play Act (2009).

Normas Citadas Derecho Chileno

- Código del Trabajo, arts. 3,4,8 y 9.
Ley N° 20.760.

Jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)
West Coast Hotel Co. v. Parrish 300 U.S. 379 (1937).
NLRB v. Hearst Publications, Inc. 322 U.S. 111 (1944).
United States v. Silk, 331 U.S. 704 (1947).
John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston, 376 U.S. 543 (1964).
NLRB v. Burns Interenational Security Services, Inc., 406 U.S. 272 (1972).
Golden State Bottling Co., Inc. v. NLRB 414 U.S. 168 (1973)
Howard Johnson Co. v. Hotel and Restaurant Employees 417 U.S. 249 (1974).
Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730 (1989).
Nationwide Mutual Ins Co. v. Darden, 503 U.S. 318 (1992).

Jurisprudencia citada de Cortes de Apelaciones de Circuito Federales de los Estados Unidos de Norteamérica

EEOC v. Mac Millan Bloedel Containewres, Inc., and Local 544, United papersworkers International Union, AFL-CIO, United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, (1974).
Donovan v. DialAmerica Marketing, Inc. United States Court of Appeals for the Third Circuit 757 F.2d 1376 (3d Cir. 1985).

Webpages

JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2007): Present law and Background Relating to Worker Classification for Federal Tax Purposes, (JCX-26-07), May 7, 2007. Disponible en goo.gl/kuVj5K.

NATIONAL CONFERENCE of STATE LEGISLATURES. Disponible en goo.gl/BPeq5Q.

THE UNITED STATES CODE. Disponible en goo.gl/j2mQap.