CAP. 1—4
PAG. 9-186.

90

Dº INDIVIDUAL DEL TRABAJO.

PROF. SERGIO GAMONAL.

CAPITULO I

EL DERECHO DEL TRABAJO

Sumario

1. Derecho del trabajo y del trabajador. 2. La regulación del trabajo a través de la historia. 3. Definición y estructura. 4. Naturaleza jurídica. 5. Relaciones con otras ramas jurídicas.

1. DERECHO DEL TRABAJO Y DEL TRABAJADOR

El derecho laboral nace en los últimos ciento cincuenta años. Los factores que justifican la estructuración de esta nueva rama del derecho son múltiples y variados, y no siempre conscientes.

Los principales fundamentos que originaron el derecho del trabajo dicen relación con la revolución industrial y sus consecuencias.

En el siglo pasado la humanidad experimentó muchos cambios, siendo uno de los principales la plena consolidación de la Revolución Industrial, la cual incorporó nuevas formas de trabajo, de producción y de vida, ocasionando problemas y dificultades distintos a los conocidos, como la creciente concentración urbana o la contaminación del planeta.

Se habla de la "doble liberación del obrero asalariado" (1), en cuanto deja de ser un siervo de la gleba, ya no depende de un noble y se encuentra libre

(1) MARX citado por DAUBLER, WOLFGANG, *Derecho del Trabajo*, p. 87.

para disponer de su capacidad de trabajo y venderla según sus intereses. Por otra parte, el obrero se encuentra libre de los medios de producción que precisaba para su trabajo, ya que los siervos de la gleba tenían sus propios utensilios y ganado, e, inclusive, un derecho limitado al suelo que trabajaban. (2)

A los cambios en el mundo del trabajo provocados por la Revolución Industrial se une un segundo factor, consistente en la aplicación del derecho común a las relaciones laborales surgidas producto de las nuevas formas de producción.

Como se sabe, el derecho del siglo pasado se fundamentaba en una concepción jurídica individualista surgida desde la Revolución Francesa y orientada hacia un hombre que se suponía era, en abstracto, igual a los demás, y cuyo exponente jurídico era el concepto de persona (3). Este individualismo se manifestaba en el derecho civil de la época, en el rigor con que se aplicaba el principio de negociación, donde se consagra el libre juego de fuerzas de las partes, situadas ambas en un plano de igualdad. (4)

En la noción de persona se centra la igualdad jurídica, la libertad de ser propietario, igual para todos, y la libertad de contratación (5). Dichas concepciones implicaron que el sujeto económicamente más fuerte disponía de las cosas y de los hombres, toda vez que quien mandaba sobre los medios de producción lo hacía también sobre las posibilidades de trabajo (6) de la gran mayoría de las personas no propietarias, cuyo único capital era su "fuerza de trabajo", que vendían por una determinada paga.

(2) DAUBLER, op. cit., p. 87.
(3) RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, pp. 108 y 109.
(4) Ibídem.
(5) RADBRUCH, op. cit., p. 160.
(6) Ibídem.

Lo anterior permitió abusos increíbles, como la utilización del trabajo de niños de hasta cinco años de edad, de mujeres embarazadas, de hombres de todas las edades, con jornadas laborales de hasta 16 horas diarias, de lunes a domingo, sin vacaciones, y con una paga miserable si es que no se les remuneraba sólo con un plato de comida.

Como consecuencia de lo anterior, muchos trabajadores empiezan a darse cuenta de sus necesidades e intereses comunes, y comienzan a organizarse, a agruparse y a luchar por sus derechos y mejores condiciones de vida. Esto conlleva trastornos sociales, luchas violentas y cambios políticos. Se trata del "movimiento obrero", tercer elemento determinante del derecho del trabajo.

En sus inicios, la organización obrera fue considerada un delito que atentaba contra el orden público. Posteriormente, el Estado tuvo una postura de indiferencia a su respecto y finalmente fue reconocida como legítima.

En el ámbito laboral, el movimiento obrero tendrá, a lo menos, dos consecuencias importantes: colabora con el nacimiento del derecho del trabajo y aporta un nuevo "sujeto jurídico laboral", el sindicato, actor trascendental en el derecho del trabajo y en la defensa de los trabajadores.

Finalmente, un cuarto elemento está dado por el rol pasivo del Estado, cuyo papel se limitaba al de árbitro que no intervenía en la economía.

En este contexto, de un capitalismo sin frenos donde el Estado era considerado un ente neutral y el derecho partía de la base de la igualdad de todos los sujetos, se produjeron múltiples abusos que llevarán al surgimiento de las doctrinas socialistas y a la irrupción de la acción del Estado en áreas donde antes le estaba vedado intervenir.

Del mismo modo, la sociedad liberal fue comprendiendo que no todos los hombres se ajustan a la imagen ficticia del individualismo, abriendo así el derecho social su primera brecha en la legislación contra la usura,

consolidándose con posterioridad por medio de las limitaciones que se establecieron a la libertad contractual a fin de proteger a la fuerza de trabajo, al individuo económicamente débil. (7)

Es así como a fines del siglo XIX y comienzos del actual el derecho del trabajo emerge con fuerza dejando atrás el esquema de libertad contractual del derecho civil, consagrando la intervención estatal en la relación laboral, protegiendo al trabajador y legitimando la acción colectiva de los mismos, por medio de sus sindicatos.

El derecho laboral se consolida como un "derecho del trabajo" y, a la vez, "del trabajador", por cuanto el trabajo como objeto de un contrato es inseparable del sujeto que lo produce.

Ya en 1880, el economista irlandés John Kells Ingram en un Congreso de Sindicatos Ingleses realizado en Dublín, manifestaba que el trabajo no es una mercancía, expresando que "La perspectiva en que los economistas e, inclusive, la misma opinión pública, consideran habitualmente la posición del trabajador es muy limitada y por lo tanto falsa. Se habla del trabajo como si se tratase de una entidad independiente, que puede ser separada de la persona del trabajador. Se lo trata como una mercancía, como grano o algodón, mientras el componente humano, las necesidades humanas, la naturaleza humana y los sentimientos humanos son casi completamente ignorados. Si desarrollamos mayormente nuestras abstracciones encontraremos, sin duda, semejanzas entre el contrato celebrado entre un empleador y un trabajador y la venta de una mercadería. Sin embargo, atender exclusiva o principalmente a esta analogía significará perder de vista los elementos realmente característicos y profundos de la recíproca relación entre

(7) RADBRUCH, op. cit., pp. 160 y 161.

empleador y trabajador, una relación en la cual se encuentran inseparablemente comprometidos contenidos éticos". (8)

En sentido amplio, el trabajo es "actividad, intelectual o física o, mejor, una y otra con recíproco y variado predominio; actividad humana apta para satisfacer una necesidad ajena que la torna necesaria" (9). Es una actividad que implica un gasto de energías, aunque sólo se trate de una labor de custodia, y que determina la necesidad de una compensación (10). Se ha definido al trabajo en un sentido estricto, como "energía física o intelectual que una persona pone al servicio de otra". (11)

El trabajador es quien pone sus propias energías de trabajo a disposición de otro sobre la base de un contrato que lo inserta en una organización dominada por el empresario (12). No es una simple prestación de servicios, se trata de un trabajo subordinado, dentro de una estructura jerárquica preestablecida, donde un sujeto se encuentra a disposición de otro bajo su mando, a fin de realizar una labor determinada.

Por otra parte, el trabajo puede analizarse desde diversos puntos de vista, como trabajo-actividad en cuanto actividad productiva, como aplicación o ejercicio de facultades humanas para la producción de medios y condiciones de vida; como trabajo-resultado, respecto del resultado, concreción o materialización de un esfuerzo laboral, y como trabajo-empleo, como sinónimo de ocupación o empleo. (13)

(8) O'HIGGINS, PAUL, "Il Lavoro non è una Merce. Un Contributo Irlandese al Diritto del Lavoro", pp. 296 y 297, cita las palabras de John Kells Ingram en su ponencia titulada "El trabajo y el trabajador", en el Congreso de Sindicatos Ingleses en Dublín, en 1880.

(9) BARASSI, LUDOVICO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 1, p. 278.

(10) BARASSI, op. cit., t. 1, p. 279.

(11) SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, p. 63.

(12) BARASSI, op. cit., t. 1, p. 278.

(13) MARTIN VALVERDE, ANTONIO, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, FERMIN y GARCIA MURCIA, JOAQUIN, *Derecho del Trabajo*, p. 26.

La especificidad del derecho del trabajo radica en que, mientras los demás contratos dicen relación con el haber de las partes, el contrato de trabajo dice relación con el ser del trabajador. (14)

En verdad, es imposible separar la persona del trabajador de sus energías, el ser del hacer (15). Recientemente, Supiot ha replanteado este problema al referirse al "oscuro objeto del contrato de trabajo" (16), y destacar "la concreta inseparabilidad del trabajo de la persona del trabajador, realidad que la regla jurídica no puede ignorar" (17), y de la cual no da cuenta la ficción de considerar al trabajo como un bien de mercado. (18)

Para el derecho, el trabajador no ofrece su cuerpo sino su profesionalidad, ya que en las relaciones jurídicas la persona sólo puede ser sujeto y no objeto de derecho. En el caso del trabajador, éste se obliga respecto de un empleador en cuanto sujeto de una obligación correlativa al derecho de la contraparte. Esta capacidad de ser "sujeto de deberes" preserva a la persona de la degradación de ser objeto de derecho. (19)

Por otra parte, es necesario considerar que no todo trabajo se encuentra comprendido en el ámbito del derecho laboral.

Desde sus inicios el elemento que caracterizó el trabajo regulado por el derecho laboral fue la "subordinación", definida como "el estado de li-

(14) SANTORO-PASSARELLI citado por GHEZZI, GIORGIO y ROMAGNOLI, UMBERTO, *Il rapporto di lavoro*, p. 1.

(15) BRUNO VENEZIANI, "Tre Commenti alla *Critique Du Droit Du Travail* di Supiot", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 67, p. 480.

(16) GINO GIUGNI, "Tre Commenti alla *Critique Du Droit Du Travail* di Supiot", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 67, p. 471.

(17) LUIGI MENGONI, "Tre Commenti alla *Critique Du Droit Du Travail* di Supiot", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 67, p. 474.

(18) Ibídem.

(19) MENGONI, op. cit., pp. 475 y 476.

mitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra persona, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa". (20)

Con el transcurso de este siglo, el derecho laboral ha ido ampliando su ámbito de cobertura, como ocurre con ciertos trabajadores independientes que a pesar de su situación se encuentran en un status de debilidad similar al trabajador subordinado, a los trabajadores del sector público y, desde la década de los ochenta, a algunos tipos de "trabajo flexible". Por ello algunos autores postulan que ya no es lo característico del trabajo regulado por el derecho laboral la "subordinación", sino la "ajenidad", noción menos precisa que la anterior pero que permite dar cuenta de la expansión realizada.

El trabajo por cuenta ajena implica que los frutos o resultados del trabajo no son adquiridos ni siquiera en un primer momento por el trabajador, sino que se radican en forma directa en el patrimonio de otra persona, que se beneficia de ellos desde el instante en que se producen (21). Por el contrario, el trabajo por cuenta propia implica que es el trabajador el que adquiere o se beneficia inmediatamente de los resultados productivos, ya sea para su utilización o consumo directo por él mismo o su familia, o bien para su transmisión o puesta a disposición de otras personas por uno u otro mecanismo jurídico, como la venta, la entrega de la obra encargada, la comunicación de los conocimientos o informaciones adquiridos, etc. (22)

(20) CABANELLAS citado por FERRARI COSTA, EDGARDO, *El Concepto de Subordinación*, pp. 38 y 39.

(21) ALONSO OLEA citado por MARTIN VALVERDE y otros, op. cit., p. 30.

(22) MARTIN VALVERDE y otros, op. cit., p. 30.

El principal objetivo del derecho del trabajo es proteger al trabajador, pero esta protección no puede ser de tal entidad que, en definitiva, impida el desarrollo de la vida económica o desincentive la creación de nuevos puestos de trabajo. Däubler destaca que el derecho laboral no sólo protege al trabajador sino que también cumple una "función pacificadora", a fin de "garantizar la situación social existente". (23)

Dicha función pacificadora se proyecta en las reglas del derecho laboral que establecen determinados límites al movimiento obrero, especialmente en orden a "impedir a priori toda perspectiva de «superar el sistema»". (24)

Muchas normas laborales protegen al trabajador pero también velan por ciertos intereses de los empresarios, como es el caso de la jornada de trabajo, donde los estudios científicos demuestran que el rendimiento laboral no aumenta proporcionalmente a la duración de la jornada laboral e, inclusive, después de cierto punto se produce una disminución del rendimiento, lo cual sumado al pago del salario y al funcionamiento de las máquinas e instalaciones puede ser poco rentable para el empleador, siendo más eficiente tener más trabajadores con jornadas menores (25). Otro caso es el del reglamento interno, el cual operó a principios de siglo como un límite al poder del empleador pero que, a la vez, le permite al empresario establecer las obligaciones, deberes y prohibiciones del trabajador.

Gran cantidad de trabajadores estiman que las leyes laborales mantienen el statu quo por la rigidez de sus disposiciones, que no se adaptan a los desarrollos sociales. (26)

(23) DAUBLER, op. cit., p. 93.
(24) Ibídem.
(25) DAUBLER, op. cit., pp. 94 y 95.
(26) DAUBLER, op. cit., p. 96.

Finalmente, como estudiaremos en el párrafo siguiente, con el derecho del trabajo no nace la regulación jurídica del trabajo, sino tan sólo el régimen jurídico del trabajo característico de la Revolución Industrial: el trabajo subordinado. Antes del siglo pasado existió el trabajo y el derecho lo contempló de diversas formas. La diferencia consiste en que no se elaboró un "derecho especial" como ocurre con el derecho laboral.

2. LA REGULACION DEL TRABAJO A TRAVES DE LA HISTORIA

Antes de entrar a definir el derecho del trabajo es importante que nos detengamos brevemente en el trabajo humano y su evolución histórica.

Aunque el trabajo ha estado presente en todas las culturas humanas sólo nos limitaremos a dar algunas breves nociones sobre el trabajo en Occidente, particularmente desde la época de los romanos.

En el mundo antiguo la mayor parte del trabajo se realizaba por medio de la esclavitud, considerándose al trabajo, en cuanto tal, como indigno y vil (27). En Roma, el trabajo estaba radicado fundamentalmente en los esclavos. La esclavitud fue regulada por los juristas institucionalmente, consistiendo en una situación permanente y que se adquiría por ser prisionero de guerra, por haber nacido de madre esclava y por ciertos delitos. El amo tenía un derecho de propiedad sobre el esclavo. Este era considerado un objeto y se podía disponer incluso de su vida.

Con el transcurso del tiempo, la esclavitud fue suavizándose y se establecieron ciertas fórmulas de liberación de los esclavos. Estos una vez liberados no eran considerados hombres libres, se los denominaba libertos y desempeñaban ciertas profesiones vedadas para los esclavos,

(27) CARRO IGELMO, *Curso de Derecho del Trabajo*, pp. 57 y 58.

como ocurría con los colonos, los cuales recibían tierras de los señores para que las trabajaran, quedando adscritos a la tierra. (28)

También existieron en la antigüedad trabajadores libres. En Roma encontramos el arrendamiento de cosas y después el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de los propios trabajadores. Nos hallamos ante un servicio personal de una determinada persona (locator), que bajo las órdenes e instrucciones de otra (conductor), realiza un trabajo por cuenta de ésta. Se trataba del germen del contrato de trabajo. (29)

Posteriormente, en la época medieval, se forman los gremios, institución básica que subsistió hasta la Revolución Francesa. El trabajo en el campo continuó bajo el régimen de la servidumbre y, especialmente, el colonato, que se basaba en una relación personal entre el señor y el vasallo.

A partir del siglo X comienzan a renacer los centros urbanos en Europa, se construyen ciudades, catedrales, edificios civiles y utensilios de todo tipo. Es así como resurgen los oficios de los artesanos, organizados en pequeños talleres, casi de tipo familiar, que poco a poco van formando a jóvenes para que aprendan el oficio, surgiendo los maestros artesanos que se asocian en agrupaciones denominadas Gremios, Gildas, Cofradías o Andas. (30)

La organización de los gremios consistía en un sistema tripartito jerarquizado en aprendices, oficiales y maestros. Los maestros eran los patronos, los aprendices no cobraban salario e, inclusive, a veces debían aportar dinero a cambio de aprender el oficio. Los oficiales recibían un salario por su trabajo, accediendo a tal posición después de años de aprendizaje. Los gremios eran una institución cerrada y muy pocos llegaban a la categoría de maestros.

(28) CARRO IGELMO, op. cit., p. 59.
(29) CARRO, op. cit., p. 63.
(30) CARRO, op. cit., pp. 64 y 65.

La relación profesional del oficial con el maestro era un auténtico contrato de servicios: libre, personal, retribuido.

Posteriormente, desde el siglo XV Europa comienza a vivir una serie de cambios culturales, científicos, tecnológicos, religiosos, políticos, artísticos y económicos, que influirán también en el trabajo y su organización. Con el pasar de los años, hacia los siglos XVIII y XIX se produce la revolución industrial, que facilitará el crecimiento económico y generará grandes transformaciones en el mundo del trabajo.

Cada vez los gremios fueron más ineficaces ante esta nueva realidad, el vasallaje dejó de tener vigencia y se fue requiriendo el trabajo de hombres libres, todo lo cual generará nuevos problemas laborales a raíz de jornadas excesivamente agotadoras, salarios insuficientes y condiciones de trabajo infrahumanas. El clima de conflictualidad que surge ante dicha situación se denominará problema social. (31)

Las relaciones laborales surgidas de la Revolución Industrial, principalmente en las minas de carbón y en las grandes empresas textiles, fueron enmarcadas por el derecho del siglo XIX dentro de las relaciones civiles, con absoluta libertad de trabajo y de contratación. Es así que pueden constatarse en el siglo pasado las siguientes situaciones:

a) Debido a la mayor demanda de trabajo en relación a la oferta del mismo, los trabajadores aceptan las condiciones impuestas por los empresarios.

b) Las jornadas laborales se prolongan, llegando habitualmente a las 16 ó 18 horas continuas.

c) Existe una gran insalubridad en las condiciones de trabajo imperantes en las fábricas.

(31) CARRO, op. cit., pp. 69 y 70.

d) Se propaga el empleo masivo de medias fuerzas, esto es, mujeres y niños de hasta 7 años, con salarios miserables. Las remuneraciones se cancelaban con un abusivo sistema de trueque. (32)

En este panorama irrumpe el derecho laboral a fines del siglo pasado y comienzos del actual, como derecho protector del trabajador emanado del Estado.

Asimismo, otro protagonista importante será la organización obrera, germen del sindicalismo, que representa los intereses comunes de los trabajadores asalariados. Este nuevo actor, el sindicato, será trascendental en el desarrollo y evolución del derecho del trabajo.

Con la evolución de los años, se reconoce que las reglas del derecho civil (arrendamiento de servicios) son insuficientes para regular una contratación como la laboral, comenzando a distinguirse dos tipos de actividad: el trabajo independiente y el por cuenta ajena. El primero se mantuvo en el ámbito del derecho civil y el segundo será regulado por el derecho laboral. (33)

3. DEFINICION Y ESTRUCTURA

Existen muchas definiciones del derecho laboral, de las cuales citaremos las siguientes:

(32) CARRO, op. cit., pp. 75 y 76.

(33) Sobre la historia del derecho del trabajo existe abundante bibliografía. Pueden consultarse, entre otras obras, el *"Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social"*, de ALFREDO GAETE; el libro *"Derecho del Trabajo"*, de GUIDO MACCHIAVELLO; la *"Introducción al Derecho del Trabajo"*, de WILLIAM THAYER; el libro *"Derecho del Trabajo y Relaciones del Trabajo"*, de FRANCISCO WALKER ERRAZURIZ, y el *"Esquema del Derecho del Trabajo"*, de FRANCISCO WALKER LINARES.

Macchiavello lo define de la siguiente forma: "el Derecho del Trabajo tiene por objeto regular, con principios propios, las relaciones jurídicas individuales y colectivas que emanan y se generan por el desarrollo de actividades laborativas retribuidas, subordinadas y privadas". (34)

Patricio Novoa y William Thayer señalan que "es la rama del derecho que, en forma principal, se ocupa de regular tuitivamente la situación de las personas naturales que obligan, de modo total o parcial, su capacidad de trabajo, durante un período apreciable de tiempo, a un empleo señalado por otra persona, natural o jurídica, que remunera los servicios". (35)

Luisa Riva Sanseverino define el derecho del trabajo como "la parte del ordenamiento jurídico relativa a la organización y acción del Estado y de las asociaciones sindicales, a fin de tutelar y valorizar en general a la clase trabajadora en cuanto tal y, en particular, para establecer el régimen jurídico de la relación individual de trabajo subordinado". (36)

Tomás Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos explican que el derecho individual del trabajo "estudia la normativa reguladora de las relaciones laborales individuales" (37). Asimismo, el derecho colectivo del trabajo "estudia la normativa reguladora de las relaciones laborales colectivas". Este último se centra en dos problemas esenciales:

1.- La organización obrera y patronal, y

2.- La acción colectiva obrera y patronal. (38)

(34) MACCHIAVELLO, GUIDO, *Derecho del Trabajo*, p. 45.

(35) THAYER, WILLIAM y NOVOA, PATRICIO, *Manual de Derecho del Trabajo*, t. 1, p. 25.

(36) RIVA SANSEVERINO, LUISA, *Elementi di Diritto Sindacale e del Lavoro*, p. 2.

(37) SALA FRANCO, TOMAS y ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO, *Derecho Sindical*, p. 14.

(38) Otro autor, como CARRO IGELMO, op. cit., pp. 57 y 58, dice que la doctrina define el derecho del trabajo desde distintas perspectivas:

En nuestra opinión, la esencia del derecho del trabajo comprende la regulación jurídica de las siguientes materias:

a) Del trabajo subordinado.

b) De las organizaciones colectivas de trabajadores y empleadores.

c) De las acciones colectivas de promoción, defensa y negociación de mejores condiciones de trabajo.

d) De las instituciones estatales como la Dirección del Trabajo o el Ministerio del ramo, encargados de fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, y de la elaboración y aplicación de las políticas del trabajo.

En cuanto a la estructura del derecho del trabajo, tradicionalmente se ha distinguido entre tres partes o ramas: (39)

Continuación Nota (38)

- Sistema teleológico en atención a sus fines: "el Derecho del Trabajo es una rama jurídica que tiene por objeto la tutela de los trabajadores". (LEVI)
- Criterio noxeológico basado en el contenido de la disciplina: "el Derecho del Trabajo es la ordenación de las bases que rigen las relaciones entre los sujetos del contrato de trabajo". (ANTOKOLETZ)
- Sistema mixto que aúna los dos anteriores: "el Derecho del Trabajo es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado a los efectos de protección y tutela del trabajo". (PEREZ BOTIJA)

(39) PERA, GIUSEPPE, *Compendio di diritto del lavoro*, p. 1, dice que hay que distinguir entre:

- Derecho sindical: relativo a la situación de los sindicatos en el ordenamiento jurídico, a la contratación colectiva, a la huelga y al cierre patronal.
- Derecho del trabajo en sentido estricto: relativo a la regulación de la relación jurídica entre las partes de la relación de trabajo (empleador y trabajador).
- Derecho previsional: relativo a la tutela de los sujetos ante las diferentes situaciones eventualmente lesivas de su capacidad de trabajo (accidentes, invalidez, vejez, desempleo, etc.), la cual es gestionada, principalmente, por medio de seguros sociales obligatorios.

1) derecho individual del trabajo: es aquel que estudia la normativa reguladora de las relaciones laborales individuales. (40)

2) derecho sindical o colectivo: aquel que comprende la normativa reguladora de las relaciones laborales colectivas. (41)

3) seguridad social: se la ha conceptuado como "la seguridad que proporciona la sociedad, a través de organismos apropiados, contra riesgos a que sus miembros están expuestos" (42), o como el "conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello". (43)

Esta última rama nace con el objeto de proteger al hombre de los riesgos de la vida social (44), denominados contingencias sociales. Dichas contingencias son las enfermedades, la maternidad, la invalidez total o parcial, la vejez, los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la muerte y el desempleo.

Se ha destacado como punto de unión de estas tres partes el hecho de la persona del trabajador subordinado.

En la actualidad se discute si la seguridad social forma parte del derecho laboral, debido a la expansión de su objeto, superando el antiguo marco de la denominada Previsión Social, la cual se afincaba exclusivamente en los seguros sociales. La Seguridad Social protege al ser humano en cuanto

(40) SALA Y ALBIOL, op. cit., p. 14.

(41) Ibídem.

(42) HECTOR ESCRIBAR MANDIOLA, *Derecho del Trabajo o Laboral o Prolegómeno*, p. 25.

(43) ALFREDO BOWEN HERRERA, *Introducción a la Seguridad Social*, p. 96.

(44) FRANCISCO WALKER ERRAZURIZ, *Introducción al estudio del derecho del trabajo*, p. 46.

tal y no únicamente como trabajador frente a la miseria e inseguridad económica. La etapa propiamente previsional restringe el reconocimiento de estos derechos a los trabajadores subordinados. Así las cosas, la seguridad social ha pasado de lo conmutativo a lo distributivo, considerando a la persona humana acreedora de la sociedad para exigirle, ejerciendo el Derecho a la Seguridad Social que le asiste, su protección y defensa adecuada y oportuna en sus "estados de necesidad". (45)

Aunque el derecho del trabajo y la seguridad social son ramas protectoras y tienden a garantizar a sus beneficiados un nivel mínimo de subsistencia, se diferencian en cuanto a los sujetos, ya que la seguridad social extiende sus prestaciones a personas que no son en absoluto sujetos del derecho del trabajo (46). Asimismo, la seguridad social emplea medios y técnicas distintos al derecho laboral y muchas veces sólo tiene como antecedente remoto a la relación de trabajo como en el caso de los seguros de cesantía. En otras situaciones la seguridad social puede prever prestaciones previas al contrato de trabajo como ocurre con los servicios de empleo, contemplando, además, prestaciones posteriores a la relación laboral, como en el caso de la invalidez, vejez o muerte, y muchas de sus prestaciones pueden derivar de contingencias sociales que no tienen relación alguna con el contrato de trabajo, como en los accidentes comunes o los seguros por enfermedad. (47)

(45) BOWEN, cita a JEAN-JACQUES DUPEYROUX, quien explica que la Previsión Social se asentaba en un fundamento conmutativo, protegiendo el trabajo de la persona humana y otorgando prestaciones correlativas, en cierta medida, a los aportes de los trabajadores respectivos en los seguros sociales. La Seguridad Social, por el contrario, en su aspecto distributivo, se fundamenta en la necesidad de la persona humana, sin atenerse estrictamente a los aportes de ella a las instituciones previsionales pertinentes y constituyendo, por ello, un sistema de garantía de un mínimo social.

En cuanto a los principios de la Seguridad Social, BOWEN enumera los siguientes: La universalidad, la seguridad social debe cubrir con sus beneficios a todo ser humano que los necesite en relación con los riesgos sociales (contingencias). Integridad, los beneficios y servicios deben ser preventivos y curativos, y con la debida suficiencia. Han de abarcar la totalidad de los riesgos sociales que amenazan a los hombres, tanto los que miran a la salud como al aspecto económico, social y cultural. Solidaridad, implica reconocer la obligación de todos a cooperar al cumplimiento de sus postulados y objetivos en cada hombre que lo requiera. Unidad, sentido orgánico y estructural que debe tener la Seguridad Social en el aspecto completo que abarca, con sus derechos, obligaciones e instituciones. Este principio no alcanza al campo administrativo de las organizaciones respectivas, donde la prudencia y experiencia aconsejan adecuar las organizaciones a la realidad ambiental. Internacionalidad, los convenios internacionales han colaborado para la propagación de la Seguridad Social.

(46) KROTOSCHIN, ERNESTO, *Manual de Derecho del Trabajo*, p. 5.

Sobre el particular, creemos que el desarrollo de la seguridad social ha sido de tal magnitud que es difícil negar su independencia y especialidad como rama del derecho, independiente del derecho del trabajo, con principios propios y con un ámbito de aplicación distinto –aunque no excluyente– del derecho laboral. Por lo anterior, en esta introducción excluimos las materias referentes a la Seguridad Social, con excepción de algunas menciones a las normas de protección de la maternidad, que si bien forman parte de la seguridad social consideramos que también pertenecen al conjunto de preceptos laborales destinados a la protección del trabajador, como parte débil de la relación laboral.

4. NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza jurídica del derecho laboral es un tema de profundo debate en la doctrina.

Por naturaleza entendemos la "esencia y propiedad característica de cada ser" (48). La naturaleza jurídica de una institución implica lo que ésta es en sí misma. Las dificultades sobre este punto se basan en factores políticos, sociales, jurídicos, económicos y técnicos. Para responder a esta pregunta debemos atender a los principios y normas del país de que se trate. En efecto, distinto es el caso actual de Occidente al de los países que tuvieron un régimen fascista o comunista.

(47) Ibídem.

(48) *Diccionario de la Lengua Española*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984.

Se han postulado diversas doctrinas respecto de la naturaleza jurídica del derecho laboral:

Doctrinas Clásicas: Podemos distinguir las siguientes:

1) El derecho del trabajo es de carácter privado, según la doctrina en boga a principios de siglo, cuando aún no se consolidaba suficientemente este nuevo ordenamiento. Los autores se basaban en que la institución fundamental del derecho laboral era el contrato o relación laboral entre el empresario o trabajador, contrato de naturaleza civil cuya esencia no se veía alterada por las normas de orden público que a su respecto pudieran existir. (49)

2) El derecho del trabajo es de derecho público, toda vez que para muchos autores (50) la relación laboral es de carácter público debido a que las limitaciones al contrato de trabajo han hecho que pierda su carácter privado.

   Para los defensores de esta doctrina, la intervención del Estado en la relación de trabajo hace cada vez más incierto el predominio de la autonomía de la voluntad en dicho ámbito. (51)

3) Postura ecléctica que postula un carácter mixto entre lo público y privado en el derecho laboral. Se habla de coexistencia entre ambos tipos de normas. (52)

(49) CARRO, op. cit., p. 37 cita a: RIVA SANSEVERINO, LUDOVICO BARASSI, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL y PEREZ LEÑERO.

(50) CARRO, op. cit., p. 38 menciona a: SOFIA SANGER, ROUAST, DURAND, GARCIA OVIEDO, MARTIN GRANIZO y GONZALEZ ROTHVOSS.

(51) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 42.

(52) CARRO, op. cit., p. 38 cita a: MOSSA, SINZHEIMER, MOLITOR, DEVEALI, y PEREZ BOTIJA.

Según esta teoría, las normas sobre contratos de trabajo son de derecho privado sin perjuicio de los preceptos de orden público. Lo referente a los contratos colectivos, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, sería de derecho público. Los sindicatos serían de derecho público cuando el Estado les delega parte de la soberanía. (53)

Doctrinas Modernas: Estas superan la división entre derecho público y privado al constatarse que las diversas áreas del derecho tienen una proyección pública y privada, a nivel constitucional y legal. En el fondo el derecho es uno solo.

Los autores (54) hablan de que el derecho del trabajo es un tertium genus –tercer género–, distinto del derecho público y privado, ya que se trata de un Derecho Social.

Se ha criticado esta teoría en el sentido de ser una posición cómoda, un tanto arbitraria y, sobre todo, ineficaz. Hablar de un derecho especial es como decir nada. Carro Igelmo sostiene esta crítica y explica que, en el fondo, "el Derecho del Trabajo es Derecho privado pero vive rodeado de instituciones de Derecho Público". (55)

Macchiavello, por el contrario, dice que se trata de un derecho cuyo epicentro es el contrato de trabajo, el cual se celebra entre privados, y que, no obstante ello, el Estado interviene ampliamente dicha relación a fin de proteger intereses públicos, lo cual hace que se trate de un derecho en que predominan las normas de orden público y de derecho público.

(53) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 42.

(54) CARRO, op. cit., p. 39 menciona a DE LA CUEVA, LEVASSEUR, PALACIOS, RIPERT, RADBRUCH y NIKISCH. Nosotros podemos citar a MACCHIAVELLO.

(55) CARRO, op. cit., p. 43.

Los rasgos esenciales del derecho laboral que le dan el carácter de derecho especial son:

1.- La presencia del principio de orden público detrás de todos sus preceptos.

2.- El hecho de que el Estado intervenga en la relación laboral sin ser parte en la misma.

3.- La existencia de organismos autónomos e independientes del Estado como los Sindicatos que no son asimilables a entidades regidas por el derecho privado. (56)

Nos parece que la tesis más satisfactoria es la del tertium genus, porque el derecho laboral no puede encuadrarse en el derecho privado o en el derecho público. Es un derecho social con caracteres muy especiales, donde coexisten en singular armonía la regulación heterónoma (preceptos constitucionales y legales) y la regulación autónoma (especialmente la colectiva), el ámbito individual (contrato de trabajo) y el ámbito colectivo (contrato colectivo); generando nuevos principios, los cuales pretendemos exponer en esta obra.

5. RELACIONES CON OTRAS RAMAS JURIDICAS

El derecho laboral tiene múltiples relaciones con otras disciplinas, siendo la más importante con el derecho constitucional, cuyo estudio abordaremos en el párrafo 7.

(56) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 43, dice que uno de los principales cultores de esta teoría es Cesarino Junior.

Con el derecho administrativo el derecho laboral se relaciona en todo lo relativo al Ministerio del Trabajo y Previsión Social y a la Dirección del Trabajo.

Con el derecho internacional público dicha relación se da en todo lo referente a los tratados internacionales en materia laboral y a la labor de la OIT.

Respecto del derecho civil, especialmente las normas sobre contratos, en todo aquello no regulado expresamente por nuestro derecho, sin que adhiramos por ello a la tesis de la naturaleza privada del derecho laboral. Tanto al contrato de trabajo como al colectivo les son aplicables ciertas reglas del derecho civil. Hay relaciones con el derecho común respecto de materias como la capacidad, las obligaciones, la resolución de contratos, la nulidad, la responsabilidad, etc. (57)

Con el derecho internacional privado se dan interrelaciones cada vez que se celebre un contrato de trabajo que vaya a surtir efectos en diversos países (58). Con el derecho penal cada vez que se incurra en una acción típica, antijurídica y culpable a fin de atentar contra la libertad sindical, la autonomía colectiva o en el transcurso de la relación laboral. Con el derecho procesal en lo relativo a los tribunales y juicios del trabajo.

Fuera del campo específicamente jurídico, el derecho del trabajo se vincula a la sociología laboral, la economía, la psicología social, la teoría de administración, la estadística, y otras ciencias sociales. (59)

(57) MACCHIAVELLO, GUIDO, op. cit., *Derecho del...*, p. 64.
(58) Ver arts. 198 y 197 del Código de Bustamante.
(59) THAYER Y NOVOA, op. cit., t.1, p. 32.

CAPITULO II

FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Sumario

6. Las fuentes del derecho laboral. 7. La Constitución. 7.1 La constitucionalización del Derecho del Trabajo. 7.2 Importancia de las disposiciones constitucionales. 7.3 El orden público laboral en la Constitución de 1980: hacia una nueva lectura de sus disposiciones. 7.3.1 El principio de la libertad de trabajo. 7.3.2 El principio de la justa retribución. 7.3.3 El principio de la no discriminación. 7.3.4 El principio de la negociación colectiva. 7.3.5 El principio de la libertad sindical. 7.3.6 El principio constitucional de autonomía colectiva o sindical. 7.4 Los derechos humanos en materia laboral y su consagración constitucional. 7.5 Preceptos sobre derechos humanos laborales contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. 7.6 Otros preceptos constitucionales. 8. Tratados internacionales. 9. Normas legales. 10. Autonomía colectiva. 11. Costumbre. 12. Jurisprudencia. 13. Reglamento interno. 14. Doctrina.

6. LAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL

Entendemos por fuentes del derecho del trabajo "los actos que contienen ordenamiento objetivo, con caracteres de imperatividad, abstracción y generalidad, sobre las relaciones del trabajo, individuales y colectivas". (60)

(60) MAZZONI citado por MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 58.

Estudiaremos las siguientes fuentes formales de derecho laboral:

1° La Constitución.

2° Los tratados internacionales.

3° Las normas legales.

4° La autonomía colectiva.

5° La costumbre.

Además veremos, aunque se discute su calidad de fuentes formales:

6° La jurisprudencia.

7° El reglamento interno.

Por último mencionaremos como fuente material o real:

8° La doctrina.

7. LA CONSTITUCION

7.1 La constitucionalización del Derecho del Trabajo.

Desde el siglo pasado podemos encontrar en los textos constitucionales disposiciones sobre la libertad de trabajo, la cual se consagraba más que por una significación laboral, como una ruptura con el antiguo régimen (61). La libertad de sindicación estaba contemplada como una especie del derecho de asociación, como una constatación

(61) DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE, GARCIA BECEDAS, GABRIEL y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, IGNACIO, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, p. 59.

de una realidad inevitable más que como un derecho natural, inalienable y sagrado del ser humano. (62)

A fines del siglo XIX y en el primer cuarto del XX, tanto la consolidación del movimiento obrero como la intervención estatal en la economía habrán de cambiar la perspectiva descrita, iniciándose un proceso denominado "constitucionalización del derecho laboral" el cual se consolidará con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. (63)

La constitucionalización del derecho laboral significa la incorporación de las cláusulas laborales a los textos constitucionales (64), donde el Estado plasma los principios esenciales del derecho laboral en la constitución. El derecho del trabajo, por su parte, alcanza su consolidación definitiva al adquirir rango constitucional. (65)

Debemos hacer presente que la constitucionalización generalizada del derecho del trabajo no implica un idéntico grado de recepción de los derechos laborales, ni siquiera una incorporación uniforme. (66)

Sobre el particular se ha observado que el grado de reconocimiento de los derechos laborales a nivel constitucional está en directa relación con la influencia de los trabajadores y de sus organizaciones sobre los constituyentes. La gran mayoría de las constituciones incorporan derechos básicos, tales como el de libertad sindical, de huelga y la seguridad social, los cuales trascienden su dimensión inmediatamente laboral para "contribuir a la definición de una forma democrática de organización social y de distribución del poder en su seno". (67)

(62) DE LA VILLA, GARCIA Y GARCIA-PERROTE, op. cit., pp. 59 y 60.
(63) DE LA VILLA, GARCIA Y GARCIA-PERROTE, op. cit., p. 60.
(64) ALONSO GARCIA, MANUEL, *Curso de Derecho del Trabajo*, p. 101.
(65) MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, p. 82.
(66) DE LA VILLA, GARCIA Y GARCIA-PERROTE, op. cit., p. 64.
(67) Ibídem.

Las primeras cartas constitucionales expresivas de este fenómeno fueron la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Esta última reconoce los derechos de asociación, protección de la maternidad, de aseguramiento contra los riesgos del trabajo, la protección del trabajo, la libertad de trabajo, el derecho al trabajo, la obligación de trabajar, y la libertad de coalición para la defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo y de producción. (68)

A partir de la Carta de Weimar es posible distinguir entre Constituciones clásicas y modernas. Las primeras consagran la libertad individual, la igualdad formal ante la ley y el derecho de propiedad. Las segundas contemplan el principio de igualdad sustancial ante la ley, lo cual requiere la igualdad de oportunidades y, por ende, no ya la lucha enérgica contra las discriminaciones, sino la ayuda al deficiente por cualquier causa; siendo obligación del Estado respecto de los ciudadanos el libertarlos de las angustias de la vida en la medida que ellas sean susceptibles de tratamiento comunitario; se reconocen además los grupos organizados de la sociedad civil, proclamándose el derecho y el deber al trabajo. (69)

Nuestro país desde la Constitución de 1925 contempló normas constitucionales en materia laboral.

En la Carta de 1925, el artículo 10 N° 14 establecía los siguientes derechos laborales: "La protección del trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado

(68) ALONSO GARCIA, op. cit., *Curso de...*, p. 102.

(69) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA, *Derecho del Trabajo*, p. 697.

a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.

El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad".

Después de la ley de reforma constitucional N° 17.398, de 9 de enero de 1971, el referido precepto quedó como sigue: "10 N° 14.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en su industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley.

Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así".

Posteriormente, el Acta Constitucional N° 3, de 1976 (70) estableció en su artículo primero N°s. 20 y 22 las siguientes normas:

"20.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo. Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena en los casos que ella determine.

Toda persona tiene, asimismo, derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución que asegure a ella y su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana.

La ley establecerá mecanismos que contemplen formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

La colegiación será obligatoria en los casos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria.

No se podrá exigir la afiliación a una organización sindical como requisito para desarrollar un determinado trabajo.

La ley establecerá los mecanismos adecuados para lograr una solución equitativa y pacífica de los conflictos del trabajo, los que

(70) Decreto ley N° 1.552 de 13 de septiembre de 1976.

deberán contemplar fórmulas de conciliación y de arbitraje obligatorios.

La decisión del conflicto, en caso de arbitraje, corresponderá a tribunales especiales de expertos, cuyas resoluciones tendrán pleno imperio, y velarán por la justicia entre las partes y por el interés de la comunidad.

En ningún caso podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado o de las Municipalidades, como tampoco las personas que trabajen en empresas que atienden servicios de utilidad pública, o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional".

"22.- El derecho a sindicarse en el orden de las actividades de la producción o de los servicios, en la respectiva industria o faena, en los casos y en la forma que señale la ley.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en un organismo autónomo en la forma que determine la ley.

La ley contemplará mecanismos que aseguren la autonomía de las organizaciones sindicales y su propio financiamiento".

Tres años más tarde, en 1979 (71), estos numerales fueron reemplazados por los siguientes:

"20.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo. Todos los trabajadores de la República, sin

(71) Decreto ley N° 2.755 de 5 de julio de 1979. El artículo 2° de este decreto derogó todas las disposiciones constitucionales que directa o indirectamente regulaban o permitían regular regímenes o estatutos laborales de excepción.

distinción alguna, cualquiera sea el rango de las normas que actualmente los rijan, quedarán sometidos a las leyes laborales generales o especiales, que se dicten en virtud de las presentes disposiciones constitucionales.

Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena en los casos que ella determine.

Toda persona tiene derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución que asegure a ella y su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana.

La ley establecerá formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

La colegiación será obligatoria en los casos expresamente exigidos por la ley, la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria.

No se podrá exigir la afiliación a una organización sindical o gremial como requisito para desarrollar una actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en ellos.

Toda persona tiene derecho al descanso y al disfrute de su tiempo libre, y todo trabajador a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas en la forma que determine la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores a quienes la ley les permita expresamente negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución equitativa y pacífica.

La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deberá someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado o de las Municipalidades, como tampoco las personas que trabajen en empresas cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atienden servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las empresas cuyos trabajadores estén sometidos a la prohibición que establece este inciso".

"22.- El derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de las organizaciones sindicales y su propio financiamiento.

Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.

Las organizaciones sindicales no podrán tener fines de lucro".

La Constitución Política de 1980 contiene varias normas sobre la materia que estudiaremos a continuación.

7.2 Importancia de las disposiciones constitucionales.

La Constitucionalización del derecho del trabajo representa la consolidación de esta rama del derecho por dos razones fundamentales: por una parte da cuenta de la valoración e importancia que la sociedad da a ciertas normas laborales básicas que se contienen en su texto constitucional, elevándolas al máximo nivel normativo y por otra, dichas normas laborales de rango constitucional son tuteladas por los mecanismos que la Carta Fundamental contemple a fin de asegurar la supremacía constitucional.

En cuanto a estos mecanismos debemos precisar, respecto de los principios y normas laborales de rango constitucional, que son procedentes todos los que la Constitución establezca.

En primer lugar debe considerarse el "principio de vinculación directa", esto es que todas las normas constitucionales, incluyendo las laborales, tienen efecto inmediato y directo respecto de todos los ciudadanos y de los tres poderes del Estado, artículos 6° y 7°.

En segundo lugar, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad será procedente respecto de las materias laborales estatuidas en la Constitución, artículo 80.

En tercer lugar, es aplicable a las materias laborales de nivel constitucional todos los mecanismos de control que sean pertinentes, tales como los del Tribunal Constitucional, artículos 82 y 83, y los de la Contraloría General de la República, artículo 88.

En cuarto lugar, respecto de las garantías constitucionales laborales, es plenamente procedente lo dispuesto en el artículo 19 N° 26, que establece la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán

afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

¿Cómo determinamos la esencia de un derecho? En esta materia, el Tribunal Constitucional ha dicho que "un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica". (72)

Asimismo, José Luis Cea expresa que para conocer la esencia de un derecho constitucional es necesario examinar su texto, a fin de determinar si sólo lo menciona o si, por el contrario, la Constitución contempla el núcleo del derecho o libertad de que se trate. (73)

El mismo autor explica que si la norma constitucional contiene el núcleo del derecho o libertad reconocido, éste debe ser interpretado para fijar su sentido, en forma extensiva respecto de su titular y restrictiva respecto de la autoridad legislativa que lo regula, complementa, limita o restringe (74). Agrega que cuando la Ley Fundamental sólo se limita a mencionar el derecho sin proporcionar elementos para configurarlo, la discrecionalidad del legislador no queda por ello legitimada, siendo "imperativo proceder a la integración o creación jurídica para colmar los vacíos mediante una interpretación teleológica congruente con los Principios Generales del Derecho y la Equidad. En otras palabras, no hay lagunas en la Constitución ni puede haber en ella resquicios". (75)

(72) Fallo Rol N° 43, considerando 21.
(73) CEA EGAÑA, JOSE LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, p. 295.
(74) Ibídem.
(75) CEA, op. cit., pp. 295-296.

Por lo tanto las normas legales en materia laboral no podrán afectar en su esencia a los derechos constitucionales laborales contemplados en diversos numerales del artículo 19 de la Constitución.

En quinto lugar, procede la acción de protección, artículo 20, respecto de las siguientes garantías constitucionales laborales:

a) Artículo 19 N° 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en su inciso cuarto.

b) Artículo 19 N° 19.

7.3 El orden público laboral en la Constitución de 1980: hacia una nueva lectura de sus disposiciones.

El orden público laboral tiene dos sentidos: uno sustancial, de contenido y otro funcional o procedimental. El primer sentido lo estudiaremos a continuación. El segundo lo revisaremos en las técnicas normativas del orden público laboral, en el párrafo 23.4.

Nuestra Constitución contempla diversos preceptos inspiradores del orden público laboral no desde una perspectiva de sus "técnicas de regulación", sino en cuanto al contenido sustancial de dicho orden público. De tal forma es procedente hablar de una "Constitución laboral" así como la doctrina constitucional se refiere a la "Constitución económica", entendiendo su finalidad como la participación de los trabajadores en la autodeterminación de sus destinos laborativos. (76)

(76) NEUMANNN citado por LUCA NOGLER, "Le Infruttuose Radici Weimariane della Libertá Sindacale", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 69, año XVIII, 1996, 1, p. 105.

Los principios constitutivos del Orden Público Laboral en la Constitución de 1980 son: el principio de la libertad de trabajo, el principio de la justa retribución, el principio de la no discriminación, el principio de la negociación colectiva, el principio de la libertad sindical y el principio constitucional de autonomía colectiva o sindical.

7.3.1 El principio de la libertad de trabajo.

El derecho laboral desde sus albores ha velado por la libertad de trabajo mediante la protección del trabajador dependiente que, por carecer de fuerza negociadora, debe someterse a las condiciones impuestas por el empleador. Esta tendencia protectora ha sido recepcionada en los textos constitucionales de los diversos países, los cuales consagran la libertad de trabajo y el derecho al trabajo.

Nuestro país no ha sido la excepción al respecto, ya en la Carta de 1925, en su artículo 10, N° 14, establecía la protección del trabajo (77). Posteriormente dicha norma fue reformada por la ley N° 17.398, de 1971, estatuyendo la libertad de trabajo y su protección, el derecho al trabajo y la libre elección del mismo.

El Acta Constitucional N° 3, de 1976, contemplaba los mismos derechos y libertades respecto de la libertad de trabajo, su protección y la libre elección del mismo.

La actual Constitución, de 1980, en su artículo 19, N° 16, incisos primero y segundo, asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, la libertad de contratación y la libre elección de trabajo. En las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución consta que nuestro constituyente enten-

(77) Ver párrafo 7.1.

dió que el trabajo es una expresión de la dignidad y actividad del ser humano, que merece la protección del Estado. (78)

Dentro de la libertad de trabajo analizaremos: 1) la libertad de trabajo; 2) la libertad de contratación; 3) la libre elección de trabajo, y 4) los trabajos prohibidos.

1) La libertad de trabajo habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por ley (79). A nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador. (80)

   Se ha concluido que la disposición citada no sólo ampara la libertad de trabajo sino el trabajo mismo (81). Los constituyentes y los legisladores chilenos se han mantenido en esta materia dentro de la evolución legislativa de los países occidentales (82). El citado precepto reconoce ampliamente el derecho individual de la libertad de trabajo, la cual debe ser entendida en su sentido más amplio no sólo respecto de los trabajadores dependientes sino también para los independientes. (83)

   Por otra parte, la Constitución ampara también al "trabajo en sí". Sobre el particular debemos recordar que la propuesta de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución incluía el "derecho al trabajo", el cual fue eliminado en el texto aprobado por el Consejo de Estado, supresión que no debe entenderse como una desprotección al trabajo, sino sólo como el producto de la inquietud de nuestros constituyentes en orden a evitar el establecimiento de derechos que no puedan ser exigidos efectivamente al Estado. (84)

   En ningún caso el Estado puede desentenderse de su deber de protección del trabajo, específicamente de los trabajadores. Refuerza esta conclusión el hecho de que la acción de protección –artículo 20– sólo procede al violentarse "la libertad de trabajo" sin comprender el resto del texto del primer inciso del N° 16 en comento, que dice: "su protección", debido a que el precepto constitucional protège la libertad laboral y también el trabajo concreto (85), pretensión que no podría exigirse al Estado por vía de la acción de protección al igual que el derecho al trabajo.

   Por todo lo expuesto la doctrina constitucional ha concluido que el legislador no podría dictar normas que atentaran contra la igualdad y la dignidad del hombre en materia laboral. (86)

   Fundamenta la conclusión anterior el "sentido polivalente" de la libertad. En efecto, al hablar de cualquier libertad es posible distinguir entre un sentido monovalente de los derechos de libertad fundamentales y otro polivalente. El primero dice relación con la defensa del particular frente al

(78) BULNES ALDUNATE, LUZ, *"La Libertad de Trabajo y su Protección en la Constitución de 1980"*, p. 210.
(79) EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, p. 216.
(80) Ibídem.
(81) BULNES, op. cit., p. 214.
(82) Ibídem.
(83) BULNES, op. cit., p. 215.
(84) Ibídem.
(85) BULNES, op. cit., p. 216.
(86) Ibídem.

poder del Estado quedando excluida de la misma el orden civil, considerando que las relaciones entre los particulares se centran en la autonomía contractual. (87)

Desde un punto de vista polivalente, la libertad implica derechos que se proyectan en dirección universal, no sólo respecto de los poderes públicos sino también en las relaciones jurídicas entre los privados. (88)

La libertad de trabajo establecida en nuestro texto constitucional debe ser entendida en un sentido "polivalente", respecto del Estado, los poderes públicos y las relaciones entre los privados.

Además, creemos que al estudiar la libertad de trabajo debemos dar un paso más. Si hablamos de libertad ésta debe ser real y no teórica, como expresa Bowen, toda vez que no es libertad aquella que, mantenida en la letra de la ley, tolera, no obstante, que en los hechos innumerables hombres se vean sujetos a la voluntad de unos pocos de quienes dependen para no morirse de hambre. (89)

La libertad de trabajo en los albores del siglo XXI no sólo debe ser interpretada como una "libertad negativa", sino también como una "libertad positiva". Por libertad negativa entendemos la posibilidad de obrar o no sin ser obligado a ello y sin que lo impidan otros sujetos (90), comprendiendo tanto la ausencia de impedimento, es decir, la posibili-

(87) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il rapp.*, p. 15.
(88) Ibídem.
(89) BOWEN, op. cit., p. 87.
(90) BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, p. 97.

dad de hacer, como la ausencia de constricción, es decir la posibilidad de no hacer (91). La libertad positiva implica la posibilidad de orientar la voluntad hacia un objetivo, adoptando las decisiones sin verse sometido a la voluntad de otros. (92)

Esta libertad positiva se denomina también "autodeterminación" o "autonomía", en orden a no estar determinados por otros o no depender para las propias decisiones de otros, o sea, determinarse sin ser determinados. (93)

La libertad negativa es una cuantificación de la acción y la libertad positiva es una cuantificación de la voluntad, la primera es una "libertad de obrar" como acción no impedida o constreñida, y la segunda es una "libertad de querer" como voluntad no heterodeterminada o autodeterminada. (94)

Ambas libertades son diferentes pero no incompatibles. Por ejemplo, no es contradictorio decir que una persona goza de libertad religiosa –libertad negativa– aunque no haya elegido libremente la religión –libertad positiva– que libremente profesa toda vez que era la religión de sus antepasados. Tampoco es redundante decir que una persona es libre respecto de la actividad religiosa en la medida que ha elegido libremente dicha religión –libertad positiva– y, a la vez, es libre –libertad negativa– de profesarla porque

(91) BOBBIO, op. cit., p. 98.
(92) BOBBIO, op. cit., p. 100.
(93) BOBBIO, op. cit., pp. 100 y 101. BOBBIO señala que la definición clásica de libertad positiva fue dada por ROUSSEAU, y que KANT y HEGEL también se refieren a ella.
(94) BOBBIO, op. cit., pp. 102 y 103.

vive en un Estado que reconoce y garantiza la libertad religiosa. (95)

Opinamos que la libertad de trabajo de nuestra Constitución debe ser entendida como una "libertad negativa" y como "libertad positiva", como posibilidad del trabajador de autodeterminarse sin que su voluntad quede sujeta a la del otro sujeto contratante: el empleador. El derecho laboral ha surgido ante la evidencia de la inexistencia de dicha libertad positiva en las relaciones laborales, lo que ha llevado al Estado a intervenir el contrato de trabajo a fin de amparar a la parte débil del mismo: el trabajador. Asimismo la libertad negativa opera sobre las normas legales que establecen mínimos de protección en favor del trabajador, mejorando dichos derechos mínimos, sin que preocupe al Estado si esta mejora obedece o no a una libertad positiva, ya que sólo puede consistir en una "mejora" de los derechos de la parte débil.

Por último, debemos aclarar que como la acción de protección ampara la "libertad de trabajo" excluyendo "su protección", no podría accionarse por esta vía a fin de velar por la estabilidad en el empleo. La jurisprudencia ha sido clara al respecto, pero con un matiz distinto al que postulamos en este trabajo al sostener que "Esta disposición en ninguno de sus incisos protege el empleo en sí mismo" (96). Creemos que se trata de "ninguno de los incisos contemplados en la acción de protección", ya que la "libertad de trabajo y su protección" comprende otros aspectos como ya enunciamos anteriormente, dentro de los cuales puede haber normas de estabilidad laboral, como las contempladas por nuestro actual Código del Trabajo en sus artículos 159 y siguientes. Otro problema es que esta materia no sea susceptible de protección, y a ello apunta el fallo citado.

(95) BOBBIO, op. cit., p. 104. Agrega, además, que tampoco es contradictorio decir que una persona ha elegido libremente –libertad positiva– la religión que profesa, pero no es libre –libertad negativa– de profesarla por vivir en un Estado confesional. Tampoco es redundante decir que una persona no es libre religiosamente porque la religión que profesa es la de sus antepasados –libertad positiva– y porque el Estado donde vive no le reconoce el derecho –libertad negativa– de profesarla.

(96) Corte Suprema, 16 de septiembre de 1985, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Constitución de 1980, p. 69.

Una postura interesante es la sostenida por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que dice que "el derecho del trabajador a gozar de un empleo estable mientras cumpla debidamente con sus obligaciones funcionarias, constituye una especie de propiedad sobre un bien incorporal, garantizado por el precepto contemplado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución, de forma tal que el trabajador sólo puede ser privado de su empleo por los medios que la propia ley establece". (97)

2) En cuanto a la libertad de contratación, debemos aclarar, asimismo, que no puede entenderse que el constituyente haya establecido el imperio de la autonomía privada en materia laboral, de forma tal que los empleadores pudieran contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo (98). Dicha autonomía opera sobre los mínimos establecidos en la ley para proteger a la parte débil de la relación laboral. (99)

Como veremos en su oportunidad, el constituyente no sólo protege la libertad de trabajo sino que además cautela

(97) Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de agosto de 1989, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, op. cit., p. 69.

(98) BULNES, op. cit., p. 217. Ver además, NOGUEIRA, HUMBERTO, PFEFFER, EMILIO y VERDUGO, MARIO, *Derecho Constitucional*, t. I, p. 281.

(99) NOGUEIRA, PFEFFER y VERDUGO, op. cit., p. 281.

ciertos aspectos del trabajo mismo, y de allí la expresión que ocupa al hablar de "justa retribución". (100)

3) La libertad de trabajo establecida en el artículo 19 N° 16 ampara no sólo la libertad de contratación, sino también la libre elección del trabajo, abarcando tanto al trabajo dependiente como al independiente. (101)

4) El texto constitucional junto con establecer la libertad de trabajo contempla la posibilidad de que existan trabajos prohibidos por oponerse a la moral, la seguridad o la salubridad públicas o el interés nacional. Esta disposición proviene de la Constitución de 1833 en términos muy similares a los actuales. (102)

Respecto de los trabajos prohibidos la Constitución Política no es del todo clara en su tenor literal (103), lo que ha llevado a parte de la doctrina constitucional a sostener que la prohibición de realizar un trabajo debe estar establecida por ley (104), postulando, por el contrario, otros autores, que sólo se requeriría una ley para prohibir un trabajo que se oponga al interés nacional (105) siendo innecesaria una disposición legal para

(100) BULNES, op. cit., p. 217.

(101) BULNES, op. cit., p. 218.

(102) BULNES, op. cit., p. 220.

(103) El artículo 19 N° 16°, inciso cuarto, primera parte, de la Constitución dispone: "Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.".

(104) NOGUEIRA, PFEFFER Y VERDUGO, op. cit., p. 283.

(105) EVANS, op. cit., p. 216. En idéntico sentido se han expresado nuestros Tribunales, ver fallo de Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de abril de 1983, Revista Gaceta Jurídica N°35, pp. 65 y ss., donde resuelve una acción de protección en contra del alcalde de Santiago, por una Ordenanza que había dictado prohibiendo la realización de actividades que atentaban contra la moral.

cuando el trabajo que se desea prohibir se oponga a la moral o a la seguridad o salubridad públicas.

Según esta última tesis, bastaría, por ejemplo, con un reglamento del Presidente de la República o la simple ordenanza de un alcalde (106), para prohibir un trabajo por oponerse a la moral, la seguridad o la salubridad públicas.

Opinamos que una lectura sistemática de nuestro texto fundamental avala una interpretación más estricta sobre el particular, en orden a que sólo por ley puede impedirse la realización de un trabajo. En efecto, el artículo 60, número 4), establece que son competencia de ley las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral. Creemos que la facultad de prohibir un trabajo forma parte de dichas materias.

Además, el artículo 61 inciso segundo de la Constitución, prohíbe que se deleguen facultades en el Presidente de la República para dictar materias propias de ley –decretos con fuerza de ley– en asuntos comprendidos en las garantías constitucionales del artículo 19. En consecuencia, el Presidente de la República no podría prohibir un trabajo en virtud de una delegación de facultades, ni el Congreso Nacional realizarla, pero, según la interpretación que no compartimos, sí lo podría realizar un alcalde por una simple ordenanza.

Respecto de la libertad de trabajo en general, que hemos desglosado en: 1) la libertad de trabajo; 2) la libertad de contratación; 3) la libre elección de trabajo, y 4) los trabajos prohibidos; los principales mecanismos tutelares son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecido en

(106) Ver fallo citado en nota anterior.

el artículo 80, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional en los casos que corresponda según el artículo 82, y el control de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República, artículos 87 y 88. Estos mecanismos son aplicables ante cualquier norma legal que transgreda la libertad de trabajo y sus diversas proyecciones.

Por su parte, la acción de protección, artículo 20, sólo procede respecto de la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación, y en lo relativo a los trabajos prohibidos.

7.3.2 El principio de la justa retribución.

El artículo 19, N° 16, inciso segundo, al establecer la necesidad de una "justa retribución" para el derecho a la libre contratación y a la libre elección de trabajo, asegura a todas las personas una retribución equitativa a la naturaleza del "trabajo" en cuanto objeto de un contrato, el contrato de trabajo. Dicha retribución debe considerar la especial naturaleza de la prestación trabajo, como energía humana inseparable del ser humano que la produce y sólo apreciable en sus efectos. (107)

El constituyente ampara el derecho de todo individuo para elegir libremente su trabajo y contratar sus servicios, todo ello sujeto a una justa retribución. (108)

Consta de la discusión en las Actas de la Comisión de Estudios, que el utilizar la expresión "justa retribución" obedece a la intención de establecer una terminología más amplia, quedando comprendido cualquier trabajo que se pague, pudiendo ampliarse dicho vocablo a los denominados "beneficios o conquistas sociales" o formas más enriquecedoras que el simple pago en dinero por el trabajo. (109)

(107) MACCHIAVELLO, op. cit., *"Derecho del..."*, p. 36.
(108) NOGUEIRA, PFEFFER y VERDUGO, op. cit., p. 281.

La justa retribución incluye a trabajadores dependientes e independientes (110). Con esta fórmula se habría incorporado a nuestra Carta Fundamental un derecho social y económico, lo cual confirma el sentido que los comisionados le dieron al debatir el Acta Constitucional N° 3, antecedente directo del actual texto constitucional. (111)

Confirma lo anterior el hecho de que tampoco la "justa retribución" queda comprendida dentro de las materias de la acción de protección, por ser un derecho social, sin perjuicio de que el principio en comento es imperativo y guía de la actividad del legislador en esta materia (112), y plenamente vinculante para los jueces a la luz del principio de legalidad y de vinculación directa estatuidos en los artículos 6° y 7°, de nuestra Carta Fundamental.

Si bien es cierto que nuestra Constitución no establece el "derecho al trabajo", debemos hacer presente que la libertad de trabajo sujeta a una justa retribución implica un reconocimiento a dicho derecho. En efecto, desde una perspectiva dogmática, el "derecho al trabajo" consagrado en diversos tratados internacionales (113) comprende dos condiciones. Debe tratarse de un trabajo libremente escogido o aceptado, recogiéndose así la tradicional noción de libertad de trabajo contempla-

(109) BULNES, op. cit., p. 210.
(110) BULNES, op. cit., p. 217.
(111) BULNES, op. cit., p. 218.
(112) BULNES, op. cit., p. 219.
(113) Ver párrafo 7.5.

da en diversas constituciones decimonónicas (114), y, por otra parte, el titular del derecho al trabajo debe tener por medio de su ejercicio la oportunidad de ganarse la vida. (115)

Para configurar el "derecho al trabajo" el individuo debe contar con la "libertad de trabajo" y con la posibilidad de ganarse la vida disponiendo de un trabajo que le procure medios suficientes para la satisfacción de sus necesidades vitales, tales como la alimentación, salud, vivienda, vestuario y educación. (116)

De lo anterior fluye que, tanto la libertad de trabajo y su protección, como la justa retribución, configuran en nuestro sistema constitucional los elementos constitutivos del "derecho al trabajo", aunque no se lo encuentre establecido en forma expresa en la normativa constitucional.

Del mismo modo, el derecho a la justa retribución es uno de los fundamentos directos de nuestro Código del Trabajo, no sólo respecto de las normas sobre remuneraciones y su protección, sino también de los preceptos protectores en general y de derecho colectivo del trabajo.

Los principales mecanismos tutelares del referido derecho a una justa retribución son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecido en el artículo 80, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional en los casos que corresponda según el artículo 82, y el control de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República.

(114) MAYORGA LORCA, ROBERTO, *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, pp. 44 y 128.
(115) Ibídem.
(116) Ibídem.

7.3.3 El principio de la no discriminación.

El artículo 19, Nº 16, inciso tercero, prohíbe toda discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Nuestro constituyente quiso ser muy cauteloso al respecto y reforzar la norma contenida en el artículo 19, Nº 2, de la Ley Fundamental. Se ocupó del tema de las discriminaciones a fin de proteger al trabajo. (117)

Al tenor de nuestra Constitución, debemos decir que la ley, la autoridad o los particulares, en materia laboral, sólo podrán establecer discriminaciones cuando ellas se funden exclusivamente en la capacidad o idoneidad personal (118). La garantía, en forma expresa, es más amplia que la igualdad ante la ley establecida en el artículo 19 Nº 2, al prohibir no sólo a los legisladores y a la autoridad sino también a los particulares efectuar discriminaciones en materia laboral (119). Excepcionalmente la ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para ciertos casos.

Los principales mecanismos tutelares del principio de la no discriminación, son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecido en el artículo 80, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional en los casos que corresponda según el artículo 82, y el control de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República.

(117) BULNES, op. cit., p. 219.
(118) NOGUEIRA, PFEFFER y VERDUGO, op. cit., p. 282.
(119) BULNES, op. cit., p. 220.

7.3.4 El principio de la negociación colectiva.

El artículo 19, N° 16, inciso quinto, asegura a todos los trabajadores el derecho de negociar colectivamente en la empresa en que laboren, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. Agrega que la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. Asimismo, la norma legal establecerá los casos en que la negociación colectiva deberá someterse a arbitraje obligatorio.

El texto constitucional consagra el derecho a la negociación colectiva, delegando en la ley la facultad de señalar expresamente los casos en que no se podrá negociar.

Las modalidades de la negociación, los procedimientos para lograr en ella una solución justa y pacífica y los casos en que la negociación deberá someterse a arbitraje, son competencia de la ley. Esta, en todo caso, tiene un carácter restringido en cuanto a sus atribuciones y, por tanto, no podría, por ejemplo, establecer procedimientos que signifiquen un desconocimiento del derecho de negociar colectivamente, o generalizar los casos en que se prohíbe negociar, ya que se estaría violentando la garantía estatuida en el numeral 26°, del artículo 19. (120).

Se han planteado algunas opiniones minoritarias, en fallos de la Corte Suprema, en orden a considerar que la libertad de contratación comprende a la negociación colectiva, que es una forma de contratar y, por ende, podría dicha materia ser objeto

(120) BULNES, op. cit., p. 222. Ver además NOGUEIRA, PFEFFER y VERDUGO, op. cit., p. 284.

de la acción de protección (121). Esta interpretación no pareciera correcta, tanto por la intención del constituyente como por la redacción del numeral 16° del artículo 19.

Los principales mecanismos tutelares del principio de negociación colectiva son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecido en el artículo 80, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional en los casos que corresponda según el artículo 82, y el control de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República, artículos 87 y 88.

7.3.5 El principio de la libertad sindical.

El artículo 19, N° 19, incisos primero y segundo, consagra el derecho de sindicación y la libertad sindical negativa.

Una de las características del constitucionalismo social posterior a 1945 ha sido el reconocimiento de las organizaciones sindicales como titulares de la "libertad sindical" (122), lo que nos lleva a distinguir entre libertad sindical individual y colectiva. (123)

La libertad sindical individual dice relación con los trabajadores individualmente considerados y la colectiva con los sindicatos una vez constituidos (124). Las denominaciones en esta materia son variadas. Para efectos de nuestra exposición, en adelante reservaremos la expresión "libertad sindical" para la

(121) Corte Suprema. 27 de enero de 1983, voto disidente, ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, op. cit., p. 68.

(122) NOGLER, LUCA, op. cit., p. 111.

(123) SALA y ALBIOL, op. cit., p. 36.

(124) Ibídem.

libertad sindical individual y "autonomía colectiva o sindical" para la libertad sindical colectiva.

La libertad sindical puede ser positiva o negativa. La libertad sindical positiva comprende las siguientes situaciones: (125)

1.- Libertad de los trabajadores para constituir un sindicato.

2.- Libertad para afiliarse a un sindicato ya constituido.

La libertad sindical negativa dice relación con: (126)

1.- Libertad del trabajador para desafiliarse o hacer abandono del sindicato.

2.- Libertad para no asociarse a ningún sindicato.

El artículo 19, N° 19, inciso primero, establece "El derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria". Por su parte, su inciso segundo dispone que: "Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.".

La primera parte de este inciso primero y el inciso segundo, consagran expresamente en nuestro ordenamiento constitucional la libertad sindical positiva, como derecho de los trabajadores de constituir sindicatos y afiliarse a los mismos. Dichas organizaciones adquieren personalidad jurídica por el

(125) Ibídem.
(126) Ibídem.

solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma que determine la ley.

La libertad sindical positiva que consagra la Constitución se encuentra complementada por la regulación que sobre tal principio realiza el Código del Trabajo, especialmente en sus artículos 212 y siguientes. Este régimen legal no puede afectar el derecho de libertad sindical positiva en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, según el artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Fundamental.

La libertad sindical positiva se encuentra reforzada por lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución, en orden a que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Esta materia la desarrollamos en el párrafo 7.5. (127)

La segunda parte de este inciso primero del artículo 19 N° 19 que dice "La afiliación sindical será siempre voluntaria.", garantiza la libertad sindical negativa, en cuanto al derecho de los trabajadores a desafiliarse de los sindicatos y a no asociarse a ningún sindicato.

Los principales mecanismos tutelares de la referida libertad sindical son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecido en el artículo 80, el control de constitucio-

(127) Consultar los artículos 8.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica".

nalidad del Tribunal Constitucional en los casos que corresponda según el artículo 82, el control de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República, artículos 87 y 88, y la acción de protección, artículo 20.

7.3.6 El principio constitucional de autonomía colectiva o sindical.

En el párrafo 10 analizaremos la autonomía colectiva como fuente del derecho del trabajo. Ella consiste en "un poder normativo conjunto de empresarios y trabajadores para la regulación de las relaciones de trabajo" (128). Como indicamos en el párrafo anterior, por autonomía colectiva o sindical entendemos la libertad sindical colectiva.

La libertad sindical se amplía en la perspectiva colectiva a la actividad necesaria para el cumplimiento de la finalidad que permite calificar a una organización como "sindical". Esta finalidad persigue la autotutela de los intereses inherentes a las relaciones laborales. (129)

La libertad sindical colectiva es funcional, en el sentido de que su finalidad pretende la plena satisfacción de la libertad sindical individual, de forma que el trabajador participe en la formación de las reglas que gobiernan las relaciones de trabajo. (130)

Esta autonomía debe entenderse tanto respecto de la parte patronal, del Estado y de sus autoridades. (131)

(128) MARTIN VALVERDE y otros, op. cit., p. 93.
(129) NOGLER, op. cit., p. 113.
(130) Ibídem.
(131) EVANS, op. cit., p. 286.

El artículo 19, N° 19, inciso tercero de la Constitución, reconoce la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales al establecer que la ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Como vemos, nuestro texto constitucional expresamente consagra la autonomía colectiva o sindical. En adelante hablaremos del "principio constitucional de autonomía".

Refuerza lo anterior lo dispuesto en el artículo 1° inciso tercero de la Constitución, en orden a establecer la autonomía de los grupos intermedios para cumplir sus propios fines específicos, lo cual es plenamente aplicable a los sindicatos, en cuanto grupos intermedios.

El principio constitucional de autonomía comprende las siguientes dimensiones (132) a la luz de los artículos 19, N° 19, inciso tercero y 5° de la Constitución, en armonía con los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en nuestro país sobre esta materia: (133)

1) Libertad colectiva de reglamentación: Consiste en la autonomía de los sindicatos para dictar sus propios estatutos internos.

   Sobre el particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en nuestro país, establece en su artículo 8.1.a) el derecho de fundar

(132) SALA y ALBIOL, op. cit., p. 44 y ss., respecto de la autonomía sindical, distinguen las siguientes facultades específicas: libertad de reglamentación, de representación, de gestión interna y externa, de suspensión y disolución, y de federación. En idéntico sentido, WALKER ERRAZURIZ, *Derecho del Trabajo y Relaciones del Trabajo*, pp. 130 y 131, explica los aspectos más relevantes de la libertad sindical.
(133) Ver párrafo siguiente.

sindicatos y afiliarse a los mismos "con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente".

Por otra parte, la norma citada dispone que las únicas limitaciones al ejercicio del derecho que se consagra, serán las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

2) Libertad colectiva de representación: Los sindicatos son libres de elegir a sus representantes sin injerencia del Estado y con la única limitación de respetar el principio democrático.

   En esta materia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 8.1.c) "El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos".

3) Libertad colectiva de gestión interna: Facultad de los sindicatos de organizar su trabajo interno, su administración y actividades, sin injerencias de ninguna especie.

   Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, en su artículo 8.1.a), el derecho de los trabajadores de fundar sindicatos para "promover y proteger sus intereses económicos y sociales".

   Asimismo el artículo 8.1.c) dispone "El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional

o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos".

El trabajo interno del sindicato deberá respetar el principio democrático en la adopción de sus decisiones, y el Estado podrá adoptar reglas que aseguren dicha democracia.

4) Libertad colectiva de disolución: Los sindicatos sólo pueden ser disueltos o su actividad suspendida por un acuerdo de sus afiliados o por sentencia judicial. Jamás podrán ser disueltos o suspendidos por una decisión administrativa.

   Esta dimensión también se encuentra comprendida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece en su artículo 8.1.c) "El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos".

5) Libertad colectiva de federación: Los sindicatos pueden libremente federarse, confederarse y formar organizaciones internacionales, así como asociarse o desafiliarse de las mismas.

   En esta materia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 8.1.b): " El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas".

6) Libertad colectiva de gestión externa: Derecho de los sindicatos de estructurar su propio programa de acción. La gestión externa está en directa relación con los objetivos de la organización sindical, esto es la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

Para el logro de este cometido existen básicamente dos mecanismos: la negociación colectiva y la huelga.

Por medio de la negociación colectiva los trabajadores agrupados sindicalmente y los empleadores, agrupados o individualmente, acuerdan en un contrato colectivo las condiciones de trabajo que regirán a los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación que se convenga. No es necesario que los trabajadores hayan constituido un sindicato para negociar, basta que se agrupen en un sujeto colectivo, aunque sólo sea para negociar.

Las cláusulas que determinan las condiciones de trabajo de los beneficiarios del contrato colectivo se llaman normativas. El contrato colectivo puede contener además cláusulas que se refieran directamente a las relaciones entre los sujetos pactantes, denominadas cláusulas obligacionales u obligatorias.

Complemento directo de la negociación colectiva es el derecho de huelga, el cual permite a los trabajadores disponer de la fuerza necesaria a fin de poder negociar de igual a igual con los empresarios. La huelga puede ser definida restrictivamente como "la cesación temporal del trabajo decidida por una colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en la defensa de sus intereses" (134) o, en un concepto más moderno y extensivo, como "todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción". (135)

(134) SALA y ALBIOL, op. cit., p. 438.
(135) Ibídem.

En esta materia, el ya citado artículo 8.1.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece "El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos".

La libertad colectiva de gestión externa, derivada del principio constitucional de autonomía, del artículo 19, Nº 19, inciso tercero, se complementa con el principio de negociación colectiva del artículo 19, Nº 16, inciso quinto de la Constitución.

Respecto del derecho de huelga, como mencionaremos en el párrafo 7.6, el constituyente no lo consagra como derecho, y sólo establece ciertos casos en que no procederá la huelga, dejando al legislador la determinación de la huelga como derecho en nuestro país. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador deberá considerar el artículo 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que contempla "El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país".

El principio constitucional de autonomía se encuentra complementado por la regulación que realiza el Código del Trabajo, especialmente en sus Libros III y IV. Este régimen legal no puede afectar el principio de autonomía colectiva en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, según el artículo 19, Nº 26, de nuestra Carta Fundamental.

Es necesario precisar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclara, en su artículo 8º,

que sus normas no autorizan a los Estados Partes en el Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical, a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en el mismo o a aplicar la ley en forma que los menoscabe.

Aunque nuestro país no ha ratificado este Convenio N° 87, de la OIT, es interesante destacar que sus normas detallan aún más las diversas dimensiones del principio constitucional de autonomía que hemos explicado. Dichas normas son complementarias a las ya transcritas, las cuales no podrán ser interpretadas de forma tal que se menoscabe el contenido del referido Convenio N° 87.

Los principales mecanismos tutelares del principio constitucional de autonomía, en nuestra Carta Fundamental, son el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecido en el artículo 80, el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional en los casos que corresponda según el artículo 82, el control de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República, artículos 87 y 88, y la acción de protección, artículo 20.

7.4 Los derechos humanos en materia laboral y su consagración constitucional.

La Constitución Política dispone, en su artículo 5°, el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta norma es de la mayor importancia para las materias laborales. Son numerosos los tratados internacionales vigentes en nuestro país sobre esta materia. Los poderes del Estado, especialmente el Poder

Judicial y la Dirección del Trabajo dependiente del Ministerio del ramo, deben respetar en sus fallos o dictámenes las referidas normas con la sola limitación de los preceptos constitucionales que dispongan lo contrario.

7.5 Preceptos sobre derechos humanos laborales contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Ya en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos consagraba en sus artículos 4° (136), 23 (137), 24 (138) y 25 (139) el trabajo libre, el derecho al trabajo, a condiciones equitativas y

(136) Artículo 4°: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre: la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

(137) Artículo 23:

"1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

(138) Artículo 24: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas".

(139) Artículo 25:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a la igualdad salarial, a una remuneración equitativa y satisfactoria, a fundar sindicatos y sindicarse, el derecho al descanso y a vacaciones periódicas pagadas y la protección de la maternidad.

Las materias contempladas en los pactos internacionales vigentes en nuestro país son, en síntesis, las siguientes:

1.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966:

1.1 Artículo 6° (140), el derecho a trabajar.

1.2 Artículo 7° (141), el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, especialmente respecto de materias como los salarios, condiciones de existencia dignos, seguridad e higiene, la igual oportunidad de ser promovido, y el derecho al descanso.

(140) Artículo 6°:
"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana".

(141) Artículo 7°: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:
a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, deben asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

1.3 Artículo 8° (142), sobre derechos sindicales y a la autonomía colectiva.

1.4 Artículo 10 (143), entre otras materias, sobre protección de la maternidad y prohibición del trabajo infantil.

Continuación Nota (141)
b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

(142) Artículo 8°:
"1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
d) El derecho de huelga, ejercido en conformidad con las leyes de cada país.
2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.
3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías".

(143) Artículo 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:
1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su

2.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966:

2.1 Artículo 8° (144), sobre prohibición del trabajo forzoso.

Continuación Nota (143)

cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.".

(144) Artículo 8°:

"1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3. *a)* Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
   b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
   c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:
      i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso *b)*, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
      ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;
      iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;
      iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

2.2 Artículo 22 (145), sobre derechos sindicales y la autonomía colectiva.

3.- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica", de 1969: Artículo 16 (146), sobre libertad de asociación, en especial respecto de fines sindicales.

7.6 Otros preceptos constitucionales.

En nuestra opinión los demás preceptos laborales de rango constitucional no dicen relación directa con el orden público laboral, por abordar materias relativas a los trabajadores independientes, o pro-

(145) Artículo 22:

"1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de la fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar las medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.".

(146) Artículo 16: "LIBERTAD DE ASOCIACION

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

hibiciones como en el caso de la huelga para determinadas actividades, las cuales no se basan en fundamentos de "orden público laboral". (147)

Respecto de la huelga, la Constitución Política sólo consagra la prohibición de que ciertos funcionarios se declaren en huelga, quedando entregada a la legislación la posibilidad de contemplarla como un derecho. (148)

El artículo 19 N° 16 inciso final, establece que: "No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso".

El artículo 384 del C.T. complementa esta materia, estableciendo que, para entender que la paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población (149) o a la seguridad nacional, es necesario "que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de

(147) La mencionada prohibición puede estar fundamentada en razones de orden público "general" y no laboral, como ocurría el siglo pasado en muchos países europeos, ver GONZALO DIEGUEZ, *Orden Público y Conflictos Colectivos*, pp. 45, 48 y 54, entre otras.

(148) NOGUEIRA, PFEFFER y VERDUGO, op. cit., p. 286.

(149) La norma primero menciona al abastecimiento de la población y después a la economía del país, a diferencia del texto constitucional.

recibir un servicio para un sector de la población". Dispone, además, que la calificación de encontrarse la empresa en alguno de los supuestos que reglamenta deberá realizarse en el mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social; Defensa Nacional, y Economía, Fomento y Reconstrucción.

Esta última norma debe ser analizada con prudencia. La Constitución establece que es la ley la que determinará los procedimientos a fin de aplicar la norma restrictiva del artículo 19 N° 16 inciso final. Opinamos que la amplitud del precepto, que delega en ministros de Estado la determinación de las empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, violenta la Carta Fundamental, afectando en su esencia la libertad sindical y el principio constitucional de autonomía, que requieren del derecho de huelga para su adecuado desarrollo. El constituyente sin consagrar el derecho de huelga deja al legislador su reglamentación, pero siempre sujeto a las garantías y normas constitucionales por él establecidas, como la protección del trabajo y la negociación colectiva.

Por otra parte, la Carta Fundamental, respecto de las materias laborales básicas, establece el principio de la reserva legal, artículo 60 N° 4), y entrega al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para dichas materias, artículo 62.

La Constitución contiene otras normas de naturaleza laboral:

1.- Establece que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas, artículo 19 N° 19 inciso final.

2.- Se dispone la incompatibilidad de los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales –también los sindicatos– con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos, artículo 23.

3.- Se contempla que el que ejerza un cargo directivo de naturaleza gremial no podrá ser candidato a diputado ni a senador, artículo 54 N° 7).

4.- Estatuye la inhabilidad por 15 años para ser dirigente sindical si se cometió delito terrorista, artículo 9°.

5.- Limita la libertad de trabajo y el derecho de reunión en algunos estados de excepción constitucional, artículo 41 N°s. 1, 2, 4 y 5.

8. TRATADOS INTERNACIONALES

El desarrollo de este tipo de fuentes ha sido de tanta importancia que inclusive se habla de un derecho internacional del trabajo, definido como el "conjunto de normas y principios propios del derecho del trabajo, emanados de fuente internacional". (150)

El derecho internacional del trabajo comprende las normas emanadas de las Naciones Unidas, especialmente la OIT, de las organizaciones internacionales regionales (151) y los tratados bilaterales. (152)

Debemos destacar, en todo caso, que la principal instancia generadora de acuerdos sobre materia laboral ha sido la OIT, Organización Internacional del Trabajo, cuyos objetivos fundamentales son la promoción, a través de medidas específicas, del mejoramiento en las condiciones de trabajo en el ámbito mundial. (153)

(150) MANUEL MONTT BALMACEDA, *Principios de Derecho Internacional del Trabajo*, p. 15.

(151) MONTT, op. cit., p. 20, señala: Consejo de Europa, Consejo Nórdico, Liga Arabe y la OEA.

(152) El objetivo de estos tratados es regular, entre los países partes, la admisión y las condiciones de empleo en cada uno de ellos, de trabajadores procedentes del otro. Cita hecha por MONTT de NICOLAS VALTICOS, op. cit., p. 25.

La OIT se creó en 1919 como organismo especializado de la Sociedad de las Naciones (154). Posteriormente, al crearse las Naciones Unidas, a fines de la Segunda Guerra Mundial, la OIT fue reconocida como organis-

(153) Sus objetivos están en el preámbulo de su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, aprobada por la Conferencia General en 1944 e incorporada a su constitución dos años después.

(154) En la Nota informativa de la oficina de Información y Prensa de la OIT, se señala que:

1.- Su creación fue el resultado de ideas desarrolladas a fines del s. XIX y hasta la Primera Guerra Mundial, debido a que las condiciones de vida del proletariado eran cada vez más inaceptables para los sociólogos y economistas, y los pensadores e industriales que deseaban cambiar el estado de cosas tenían conciencia de que el cambio no podía operar unilateralmente en un país determinado, toda vez que encarecía los costos de producción y, por ende, era necesario que se efectuara por la mayor cantidad de países.

2.- El primer resultado concreto de estos empeños fue una conferencia diplomática de 14 países europeos en 1890, Berlín, la cual no tuvo mayores consecuencias. En 1897, en Bruselas, otra conferencia adoptó una resolución que preconizaba la creación de una Oficina Internacional para la protección del trabajo.

3.- En 1900, en París, en una nueva conferencia se creó la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, precursora de la OIT, con sede en Basilea, y que tradujo y publicó la legislación social de diversos países.

4.- En 1906, en Berna, se logró el acuerdo de dos convenios internacionales: uno para reducir la utilización del fósforo blanco y otro que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres salvo en las pequeñas empresas. La Primera Guerra Mundial interrumpió la labor de la Asociación.

5.- En 1919 se creó la Comisión sobre Legislación Internacional del Trabajo, la cual después de varias semanas adoptó un texto que pasó a ser, el 11 de abril de 1919, la parte XIII del Tratado de Versalles, que con algunas modificaciones continúa siendo la constitución de la OIT.

6.- La primera Conferencia Internacional del Trabajo se celebró en Washington, en octubre de 1919.

7.- Entre las dos guerras funcionó como organismo autónomo de la Sociedad de las Naciones. En 1946, fue el primer organismo especializado que se asoció con las Naciones Unidas.

mo especializado del sistema (155). Esta entidad ha sido fundamental para la universalización del derecho laboral.

La OIT es una institución intergubernamental que aúna la acción de los gobiernos, de los empleadores y los trabajadores para impulsar la justicia social y mejorar las condiciones de vida y de trabajo en el mundo. Las resoluciones y fuentes del derecho internacional del trabajo más importantes de la OIT son los Convenios y Recomendaciones.

Los Convenios son verdaderos tratados multilaterales pero de especial naturaleza. Son los instrumentos internacionales laborales por excelencia, siendo sus características más importantes: 1) emanar de un órgano internacional y no de un acuerdo bilateral entre Estados, 2) ser instrumentos adoptados en forma tripartita, 3) tratarse de normas que inclusive en el evento de no ser ratificadas dan origen a ciertas obligaciones por parte de los Estados miembros de la OIT. (156)

Adoptado el convenio se crea la obligación de los Estados miembros de someter su texto a las autoridades competentes para que consideren su posible ratificación. Deben además informar periódicamente a la OIT sobre la situación de la legislación positiva en relación con el convenio, sobre la decisión recaída en él o la falta de pronunciamiento al respecto. Si se lo ratifica el convenio pasa a ser una ley positiva dentro del Estado.

En Chile se ratifican del mismo modo que como se aprueba una ley, según lo contempla el artículo 50, N° 1), de la Constitución Política, promulgándose por decreto supremo publicado en el Diario Oficial.

Una vez ratificado el país se compromete a adoptar todas las medidas necesarias para la aplicación efectiva de las disposiciones de dicho

(155) THAYER y NOVOA, op. cit., t.1, p. 47.
(156) MONTT, op. cit., p. 66.

instrumento, manteniendo la legislación y la práctica nacionales en perfecta armonía con el mismo. (157)

Los convenios requieren que, a lo menos, dos Estados los ratifiquen para entrar en vigencia, salvo que se haya señalado otro quórum. (158)

Nuestro país ha ratificado 47 convenios al mes de agosto de 1997 (159) sobre diversas materias como las horas de trabajo en la industria, el de-

(157) Folleto: Normas internacionales de la OIT.
(158) THAYER y NOVOA, op. cit., t.1, p. 50, indican que sus temas son muy variados: horas de trabajo, desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno, derecho de asociación, seguros, edad mínima, vacaciones, pensiones, negociación colectiva, trabajo forzoso, higiene, salario mínimo, indemnización por desempleo, trabajo portuario, representación de los trabajadores, trabajo a bordo, rural, en la administración pública, término del contrato de trabajo, estadísticas laborales, salud en el trabajo, etc.
(159) Se trata de los siguientes convenios de la OIT: N°s. 1 sobre horas de trabajo (industria), 2 sobre desempleo, 3 sobre protección de la maternidad, 5 sobre edad mínima (industria), 6 sobre trabajo nocturno de menores (industria), 7 sobre edad mínima (trabajo marítimo), 8 sobre indemnización de desempleo (naufragio), 9 sobre colocación de la gente de mar, 10 sobre edad mínima (agricultura), 11 derecho de asociación (agricultura), 12 sobre indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 13 sobre Cerusa (pintura), 14 sobre descanso semanal (industria), 15 sobre edad mínima (pañoleros y fogoneros), 16 sobre examen médico de los menores (trabajo marítimo), 17 sobre indemnización por accidentes del trabajo, 18 sobre enfermedades profesionales, 19 sobre igualdad de trato (accidentes del trabajo), 20 sobre trabajo nocturno (panaderías), 22 sobre enrolamiento de la gente de mar, 24 sobre seguro de enfermedad (industria), 25 sobre seguro de enfermedad (agricultura), 26 sobre métodos para la fijación de los salarios mínimos, 27 sobre indicación del peso en los fardos transportados por barco, 29 sobre trabajo forzoso, 30 sobre horas de trabajo (minas del carbón), 32 sobre protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, 34 sobre agencias retribuidas de colocación, 35 sobre seguro de vejez (industria y otros), 36 sobre seguro de vejez (agricultura), 37 sobre seguro de invalidez (industria y otros), 38 sobre seguro de invalidez (agricultura), 42 sobre enfermedades profesionales, 45 sobre trabajos subterráneos (mujeres), 63 sobre estadísticas de salarios y horas de trabajo, 80 sobre revisión de artículos finales, 100 sobre igualdad de remuneración, 103 sobre protección de la maternidad, 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), 115 sobre la protección de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes, 122 sobre política de empleo, 127 sobre peso máximo, 136 sobre Benceno, 144 sobre consulta tripartita, 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, 159 sobre readaptación profesional y empleo (personas inválidas) y 162 sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad.

sempleo, la protección de la maternidad, la capacidad laboral, el derecho de asociación en la agricultura, la indemnización por accidentes del trabajo, la igualdad de remuneraciones, la no discriminación y la política de empleo.

Asimismo, por el simple hecho de ser país miembro, aunque no se ratifiquen los convenios, debe solidarizarse con los principios fundamentales que los inspiran.

Por otra parte, las Recomendaciones sólo proponen, orientan o sugieren, pero no son sujetas a ratificación de los países. Sólo tienden a orientar y proponer determinadas medidas internas en materia de política social (160). Los gobiernos sólo deben ponerlas en conocimiento de las autoridades e informar respecto de su aceptación. (161)

Son adoptadas en las siguientes situaciones: 1) cuando la cuestión de que se trata si bien obedece a una "necesidad laboral general" aún no se halla madura para ser convenio, por diversas razones; 2) como complemento de un convenio en cuanto pueda detallar modalidades de aplicación del mismo, y 3) cuando es difícil establecer una normativa común para países heterogéneos. (162)

Otra gran fuente del derecho del trabajo internacional, ya señalada, son las demás normas de la ONU, las cuales ya analizamos en el párrafo 7.5.

9. NORMAS LEGALES

Por normas legales en sentido genérico se comprenden las leyes propiamente tales (163), los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes.

(160) MONTT, op. cit., p. 72.

(161) THAYER y NOVOA, op. cit., t.1, p. 51.

(162) MONTT, op. cit., p. 72.

(163) Leyes orgánicas constitucionales, de quórum calificado y comunes.

El primer Código del Trabajo de nuestro país (164), de 1931, consagraba una fuerte intervención del Estado en la relación laboral, constituyendo un avance notable ya que reguló de forma orgánica y completa todo el derecho individual y colectivo, los procedimientos y los tribunales encargados de las causas laborales. (165)

Dicho Código mantuvo su estructura básica hasta el 15 de junio de 1978, sin perjuicio de las numerosas modificaciones que se le introdujeron durante su vigencia.

Desde 1978, el nuevo régimen laboral, sólo en parte vigente actualmente, se inicia con los siguientes decretos leyes: N° 2.200 de 1978, sobre contrato de trabajo y las demás relaciones laborales entre empleadores y trabajadores; N° 2.756 de 1979, sobre organización sindical, y N° 2.758 sobre negociación colectiva, del mismo año. Estos dos últimos conforman el denominado "Plan Laboral".

Les siguen dos importantes leyes laborales, N°s. 18.018 de 1981, y 18.372 de 1984, respectivamente. Finalmente, estos decretos leyes y leyes fueron recopilados en el Código del Trabajo de 1987. (166)

(164) Las primeras leyes del trabajo en Chile fueron las siguientes: ley de habitaciones obreras de 1906, de descanso dominical de 1907, de indemnización por accidentes del trabajo de 1916, de salas cunas de 1917, caja de retiro y previsión de los FF.CC. del Estado de 1918 y la caja de crédito popular de 1920.
Después del conocido "ruido de sables" el Congreso Nacional aprobó las siguientes leyes el 8 de septiembre de 1924: Contrato de trabajo N° 4.053; Seguro Obrero Obligatorio N° 4.054; Accidentes del Trabajo N° 4.055; Tribunales de Conciliación y Arbitraje N° 4.056; Organización Sindical N° 4.057; Sociedades cooperativas N° 4.058, y Contrato de Empleados Particulares N° 4.059.
El primer Código del Trabajo fue dictado el 13 de mayo de 1931, por el Decreto con Fuerza de Ley N° 178. Refundió las leyes ya reseñadas e hizo diversas correcciones en ellas.

(165) Informe Relasur, *Las relaciones laborales en Chile*, p. 27.

(166) Ley N° 18.620.

Este se inspiraba en una concepción totalmente distinta a la de su antecesor, permitiendo una desregulación importante, confiriendo mayor espacio a la autonomía privada individual y estableciendo importantes límites a la autonomía colectiva. (167)

En opinión de sus autores, el Plan Laboral buscaba los siguientes objetivos en materia de derecho colectivo del trabajo: (168)

a) La plena libertad sindical entendida como posibilidad de crear sindicatos y de afiliarse a los mismos.

b) El fortalecer la democracia sindical.

c) Poder centrar la negociación colectiva en la empresa.

d) Lograr someter la huelga a la disciplina del mercado a fin de impedir que monopolizara los puestos de trabajo.

e) Que el Estado no interviniera en la vida sindical y en la negociación colectiva.

Para los gestores del referido Plan, la negociación colectiva debía limitarse a ser un medio por el cual un grupo de trabajadores negocia sus remuneraciones con el empleador, sobre la base del valor que tienen sus aportes a la empresa. La negociación colectiva no podía ser un mecanismo de redistribución de la riqueza de un país, situación que sólo produce efectos perversos sobre el funcionamiento de la economía, al establecerse remuneraciones que sobrepasaran los niveles de productividad. (169)

(167) Informe Relasur, op. cit., p. 27.
(168) PIÑERA, JOSE, *La Revolución Laboral en Chile*, pp. 33 y 34.
(169) PIÑERA, op. cit., p. 106.

La negociación colectiva debía asegurar la equivalencia entre salarios y productividad (170). Su justificación final radicaba en que ciertos trabajadores en una economía, como equipo o grupo, desarrollan un oficio y una experiencia que resulta más valiosa en la empresa en que trabajan que en empleos alternativos. Consecuente con lo anterior, debe negociarse colectivamente la diferencia de remuneración que obtendrían dichos trabajadores en empleos alternativos y el costo en que incurriría el empleador al reemplazar a sus trabajadores, y, por consiguiente, el piso de la negociación en el Plan Laboral era la remuneración del trabajo alternativo y su techo era el costo de reemplazo del trabajador. (171)

Por lo anterior, la negociación debía desarrollarse sólo entre el empleador y sus trabajadores, contemplando la ley una salida para los casos de desacuerdo (172). La huelga, en este contexto, se limitaba a ser un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan para la productividad de la empresa. (173)

El decreto ley N° 2.200 y el Plan Laboral implicaron una disminución de la protección del trabajador en el derecho laboral chileno, siendo sus líneas principales las siguientes: flexibilización de las normas del derecho individual del trabajo; restricción de la autonomía colectiva e intervención de la ley en el modelo sindical, y la consagración de una estructura de relaciones laborales orientada hacia la dimensión individual. (174)

Con posterioridad a 1990 se dictaron diversas leyes que han introducido modificaciones puntuales y otras substanciales en el Plan Laboral: N°s. 19.010 sobre término de contrato, 19.049 sobre centrales sindicales,

(170) Ibídem.
(171) PIÑERA, op. cit., p 107.
(172) Ibídem.
(173) PIÑERA, op. cit., p. 110.
(174) TAPIA GUERRERO, FRANCISCO, *La Flexibilidad en el Derecho del Trabajo Chileno*, pp. 65 y 66.

19.069 acerca de las organizaciones sindicales y negociación colectiva, y 19.250 sobre diversas modificaciones al Código de 1987. Todas ellas recopiladas, constituyen el actual Código del Trabajo de 1994 (175), con sus enmiendas posteriores. (176)

Para los autores de las referidas leyes modificatorias del Plan Laboral, el objetivo de las mismas se basaba en los principios de equidad; participación y autonomía social, y eficacia para el desarrollo (177). El principio de equidad en las normas laborales era un requisito esencial para la legitimidad social de las mismas y su estabilidad en el tiempo, la autonomía y participación social se expresaba en la estructuración de canales de participación fluidos para los distintos sectores, de forma tal que fueran los empleadores y los trabajadores los que decidieran sus relaciones de trabajo mediante contactos directos. Finalmente, se trataba de procurar que las normas laborales contribuyeran eficazmente al desarrollo del país. (178)

Se ha criticado que el Código de 1994, a pesar de las enmiendas, mantiene "en esencia" el Plan Laboral. Para otros las modificaciones han sido de suficiente entidad como para que no se justifique se siga considerando vigente el Plan Laboral en cuanto tal.

Creemos que, aunque se mantiene la estructura del Plan Laboral, el Código de 1994 contiene una serie de normas que modifican los objetivos básicos que tuvo dicho Plan y, por ende, hablamos de que nuestra legislación laboral tiene bases heterogéneas, por poseer normas del citado Plan y otras posteriores más interventoras –protectoras– en lo individual

(175) Decreto con fuerza de ley N° 1, publicado el 24 de enero de 1994.

(176) Existen diversas modificaciones al Código del Trabajo de 1994. Se trata de las leyes N°s. 19.272, 19.408, 19.447, 19.481, 19.482, 19.502 y 19.505, hasta octubre de 1997.

(177) CORTAZAR SANZ, RENE, *Política Laboral en el Chile Democrático*, p. 44.

(178) CORTAZAR, op. cit., pp. 44 y ss.

y liberales en lo colectivo (179). Sin perjuicio de lo anterior, opinamos que todavía es necesario introducir diversas enmiendas en el Código, a fin de proteger en forma más adecuada a los trabajadores.

Por otra parte, debemos señalar que también es fuente formal del derecho laboral el "derecho común", en cuanto se aplica supletoriamente al derecho del trabajo en todos aquellos casos en que, no existiendo ley laboral, deben resolverse conflictos o contiendas entre partes (180). A este respecto, el artículo 4° del C.C. dice: "Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.", y, por ende, este cuerpo legal es supletorio respecto de las normas especiales. Por su parte, el artículo 3° del C.P.C. dispone que "Se aplicará el procedimiento or-

(179) CORTAZAR en op. cit., pp. 102 y ss., señala, entre otras enmiendas fundamentales, las siguientes: se modifican algunas normas sobre jornada y descansos; se establece el descanso dominical para los trabajadores del comercio; se crea una remuneración mínima para los trabajadores mayores de 65 años; se corrigen discriminaciones en el caso de los trabajadores remunerados por día; se cautela mejor el pago de las gratificaciones al eliminar la posibilidad de deducir las pérdidas de arrastre; se amplía la responsabilidad subsidiaria a los subcontratistas; se garantiza más adecuadamente el derecho a feriado anual; se eliminan discriminaciones en el feriado entre los trabajadores que trabajan de lunes a viernes y los que trabajan de lunes a sábado; se amplía la norma de feriado progresivo; se crean nuevos permisos laborales; se reducen los plazos de escrituración del contrato; todo despido debe basarse en causa justificada salvo excepciones; se eleva el monto de las indemnizaciones en caso de despido de 150 a 330 días; se crea una indemnización a todo evento para trabajadoras de casa particular; se abre la posibilidad de acceder a una indemnización a todo evento; se refuerzan las normas del fuero; se establecen sanciones a la simulación; se mejora el sistema de multas laborales; se reconocen y regulan las centrales sindicales; se amplían los objetivos y finalidades de la negociación colectiva, se reducen los quórum para formar sindicatos; se amplía la posibilidad para constituir sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios; se amplían las materias de negociación, se permite la negociación supraempresa; se elimina el plazo de 60 días para la huelga, se establecen nuevas normas sobre reemplazo y descuelgue en la huelga; se modifican las normas sobre procedimiento laboral, etc.

(180) Informe Relasur, op. cit., p. 34. Ej.: Las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil.

dinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza".

Debemos mencionar, además, la potestad reglamentaria de ejecución, toda vez que por vía administrativa se especifica, detalla y aplica la ley. Dicha potestad debe subordinarse a la ley.

La potestad reglamentaria autónoma, a diferencia de la anterior, no puede comprender materias laborales por existir reserva legal al respecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 32 N° 8, 60 N°s. 3) y 4), y 62 inciso cuarto N°s. 4, 5 y 6, de la Carta Fundamental.

10. AUTONOMIA COLECTIVA

La principal característica de las fuentes del derecho laboral radica en la "autonomía colectiva o sindical", en cuanto poder normativo que se concreta en un contrato muy especial, denominado contrato colectivo. Se trata de una fuente propia del derecho del trabajo. El ejercicio de esta autonomía se da en la negociación colectiva y su resultado es el contrato colectivo.

La autonomía colectiva puede ser definida como "un poder normativo conjunto de empresarios y trabajadores para la regulación de las relaciones de trabajo". (181)

Otra definición expresa que se trata de un "fenómeno de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos" (182), individualizándola como "un poder de determinación autónoma de las condiciones de trabajo" (183). "Del mismo modo que los individuos particulares tienen la

(181) MARTIN VALVERDE y otros, op. cit., p. 93.
(182) GIUGNI, GINO, *Derecho Sindical*, p. 137.
(183) GIUGNI, op. cit., *Derecho...*, p. 140.

potestad de regular sus propios intereses (autonomía privada individual), la misma potestad se reconoce a las coaliciones de trabajadores organizados para la tutela de sus *propios* intereses, relativos a la condición de subordinación en la cual prestan su trabajo (autonomía privada colectiva)". (184)

La noción de autonomía colectiva o sindical no es de reciente data, ya en 1960 el profesor Alfredo Gaete la definía como el "poder de autodeterminación de los sindicatos, es decir, excluye toda injerencia del Estado en el desarrollo de la vida interna del sindicato". (185)

Por su parte, la jurisprudencia administrativa define la autonomía sindical como "aquella que tiene el ente colectivo para desarrollar las finalidades que le son propias". (186)

Producto de la autonomía colectiva son los contratos colectivos del trabajo. Estos instrumentos son fuente del derecho toda vez que crean derecho objetivo para sujetos que no han participado en su elaboración, otorgando al orden público laboral una técnica de reglamentación especial: la regulación colectiva (187). Los instrumentos colectivos otorgan la suficiente flexibilidad al derecho laboral, a diferencia, por ejemplo, del derecho económico el cual se adapta constantemente cambiando de normas legales a fin de resguardar el orden público económico.

El contrato colectivo puede llegar a ser fuente del derecho laboral cuando, fruto de una negociación especialísima, se crean institutos y normas con rango de derecho objetivo. (188)

(184) Giugni, op. cit., *Derecho...*, p. 138.
(185) GAETE BERRIOS, *Tratado de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 215.
(186) Dirección del Trabajo, dictámenes N°s. 568 y 1.362, de 9 de febrero de 1993 y 29 de marzo del mismo año, respectivamente.
(187) Ver párrafo 23.4.
(188) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 59.

Los contratos colectivos tienen efecto colectivo y normativo. Se integran al contrato de trabajo. Pueden, incluso, llegar a tener un efecto erga omnes. Por otra parte, existen contratos colectivos denominados "de derecho común", los cuales son asimilados a un contrato civil, toda vez que carecen de efecto colectivo y normativo.

La autonomía colectiva como poder normativo presenta las siguientes características: (189)

1.- Se trata de un poder que se encuentra disperso en múltiples unidades de negociación y no concentrado en una sola instancia normativa.

2.- Es un poder conjunto de los representantes de los trabajadores y de los empresarios, y no unilateral de unos u otros.

3.- Se trata de un poder que se hace efectivo no en un procedimiento de tipo administrativo o burocrático, sino en un proceso de negociación e intercambio de ventajas y contrapartidas entre los sujetos que lo comparten.

Como se trata de un poder disperso, la selección de las unidades de negociación puede ser en forma natural, o predeterminada por el Estado, o el resultado de fórmulas intermedias de fomento de ciertas unidades de negociación. (190)

La autonomía colectiva supone un poder normativo conjunto de trabajadores y empresarios y, por lo mismo, existe la posibilidad de que no se llegue a acuerdo en cuanto a normas colectivas. En estos casos, el legislador o las mismas partes tienden a establecer mecanismos de actuación de la misma o de suplencia temporal de sus productos normativos. (191)

(189) MARTIN VALVERDE y otros, op. cit., p. 94.
(190) Ibídem.
(191) MARTIN VALVERDE y otros, op. cit., p. 95.

Como esta autonomía se ejercita dentro de un proceso de negociación, gran parte de las normas que se generan tienen un carácter coyuntural, influenciado por la economía y la producción, las cuales determinan que los términos de intercambio de ventajas y contrapartidas no puedan establecerse de una sola vez, lo que justifica que los contratos colectivos sean renovados o revisados en forma continua o periódica. (192)

Nuestro derecho no es la excepción a este respecto. El Código del Trabajo establece, entre otros preceptos, en su artículo 346 inciso primero, que los beneficios de los instrumentos colectivos pueden ser extendidos por el empleador a los trabajadores que ocupen los mismos cargos o desempeñen similares funciones. Por su parte, el artículo 348 dispone que las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de estos contratos. Asimismo se determina que, una vez extinguido el contrato colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores, con excepción de las de reajustabilidad de las remuneraciones y demás beneficios pactados en dinero, y a los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente. Es necesario tener presente que el artículo 350 hace aplicable todas las normas del Título III, del Libro IV del Código, respecto del contrato colectivo, a los convenios colectivos y fallos arbitrales.

Del mismo modo, el artículo 311 del Código del Trabajo dispone que la autonomía privada no puede disminuir las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación de normas derivadas de la autonomía colectiva.

Respecto de las relaciones entre la ley y los contratos colectivos, y todo lo referente a la autonomía colectiva en general, se encuentra explicado

(192) Ibídem.

en el párrafo 7.3.6, que trata sobre el principio constitucional de autonomía, y en el párrafo 20, acerca del desarrollo de la normativa colectiva en cuanto característica del derecho del trabajo.

11. COSTUMBRE

La costumbre como fuente formal del derecho es "la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica".

La costumbre para tener jurídicamente el carácter de tal, necesita los siguientes requisitos: a) un uso social de carácter general (dentro de un ámbito determinado); b) que tenga el carácter de uniforme; c) que sea constante; d) que tenga una cierta duración en el tiempo; e) y que tenga un substrato jurídico, o sea la intención o voluntad de obrar jurídicamente. (193)

Se ha distinguido entre costumbre según ley, fuera de la ley y contra ley. Según ley, esto es cuando ésta se remite a ella o cuando pasa a formar parte del contenido de los contratos y, por ende, de la ley del contrato. También cuando hay maneras uniformes de interpretar y aplicar la ley, emanada de los Tribunales de Justicia. Fuera de ley, cuando complementa el derecho escrito sin contradecirlo. Contra ley cuando no se aplica o se infringe un precepto legal.

Se ha dicho que, en materia laboral, en Chile, la costumbre no tiene valor. (194)

(193) CARLOS DUCCI, *Derecho Civil*, p. 91.
(194) Informe Relasur, op. cit., p. 35.

No concordamos con lo anterior, en atención a lo que disponen las reglas generales y por determinadas normas laborales que se remiten expresamente a la costumbre. En efecto, el artículo 2° del C.C. establece: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.". Asimismo, el artículo 1546 dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

¿Es aplicable esta norma a los asuntos laborales? Sí, toda vez que el contrato individual es un contrato y el colectivo también, aunque se discuta su naturaleza jurídica, y el artículo 4° del C.C., ya citado, dispone la aplicación supletoria del mismo respecto de los Códigos especiales. O sea, en materia laboral la costumbre pasa a formar parte del contenido de los contratos y a constituir la "ley del contrato", como lo dispone el artículo 1545 del C.C. En palabras del profesor Ducci, lo anterior significa que no es necesaria ninguna declaración de los contratantes para que las costumbres en vigencia a la época de celebrarlo pasen a formar parte de él, y tampoco es necesario que tengan conciencia de que dicha costumbre exista, ella se incorpora al contrato por el solo ministerio de la ley. Asimismo el artículo 1563, inciso segundo, del C.C. sobre interpretación de los contratos, dice: "Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".

¿Cuál es el límite de la costumbre laboral? Los derechos irrenunciables establecidos por las leyes laborales, artículo 5° del C. del T.

Como la costumbre es un hecho, deberá acreditarse utilizando cualquier medio de prueba.

En cuanto a las normas laborales, el artículo 105 del C. del T. se remite supletoriamente a la costumbre, para efectos de remunerar el tiempo servido, cuando falta acuerdo entre las partes al legalizar el contrato de embarco. Asimismo, el artículo 117 b) se remite en subsidio a la costumbre

internacional, a fin de determinar la forma en que se repartirán las indemnizaciones que indica.

Cabe mencionar, además, que el artículo 213, inciso segundo, del C. del T. reconoce y da validez a los usos y prácticas del derecho internacional.

12. JURISPRUDENCIA

En materia laboral encontramos jurisprudencia administrativa y judicial.

La jurisprudencia administrativa es muy abundante y emana de la Dirección del Trabajo y de las Superintendencias de Seguridad Social, de Administradoras de Fondos de Pensiones, y de la Contraloría General de la República. (195)

La Dirección del Trabajo es un organismo técnico, dependiente del Ministerio del Trabajo y encargado de fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral. (196)

El Director del Trabajo tiene la facultad, de oficio o a petición de parte, de fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo. Dichos dictámenes son obligatorios para los funcionarios fiscalizadores sin serlo para los tribunales. No obstante, los fallos de los tribunales los consideran al emitir sus sentencias.

La interpretación administrativa es general y la judicial es específica para un caso determinado, por lo que prima sólo para el caso de que se trate. Sin perjuicio de lo anterior, si ambas interpretaciones son consistentemente contradictorias, la interpretación administrativa es adecuada a la judicial. (197)

(195) THAYER y NOVOA, op. cit., t.1, p. 72.
(196) Art. 476 del C.T. y D.F.L. N° 2 de 1967.
(197) Informe Relasur, op. cit., p. 29.

La Dirección del Trabajo, en principio, no puede interpretar los instrumentos colectivos (198), sin perjuicio de que los fiscalice. Novoa sostiene otra tesis, que compartimos, en orden a que la Dirección del Trabajo también puede interpretar el contrato colectivo en uso de sus facultades para fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, toda vez que el contrato colectivo tiene un carácter reglamentario. Además este autor agrega que para fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos colectivos es necesario fijar su contenido y alcance, o sea, interpretar dicha normativa. (199)

En cumplimiento de su trabajo la Dirección puede aplicar multas que van a beneficio fiscal, e iniciar acciones judiciales tendientes a conseguir la aplicación de ciertas sanciones que la ley entrega a conocimiento de los tribunales, como es el caso de las prácticas desleales.

Aplicada la multa, el infractor puede hacer dos cosas: plantear ante el Director del Trabajo que se deje sin efecto por un error de hecho, o dentro de 15 días de notificada la multa, solicitar que sea dejada sin efecto por haberse dado cumplimiento a las instrucciones que fueron previamente notificadas por los fiscalizadores (200). También puede recurrir a la justicia, pagando previamente un tercio de la multa. (201)

Respecto de la Jurisprudencia Judicial debemos decir que en Chile los fallos de los tribunales sólo afectan a las partes en conflicto. El artículo 3° del C.C. dispone sobre el particular que: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncien".

(198) Contratos, convenios colectivos y fallos arbitrales.
(199) NOVOA, PATRICIO, *"Reflexiones sobre la Naturaleza Jurídica del Contrato Colectivo"*, p. 61.
(200) Arts. 481 y 482 del C.T.
(201) Informe Relasur, op. cit., pp. 30 y 31, art. 474 del C.T.

Habrá jurisprudencia cuando existan fallos concordantes y reiterados de los Tribunales Superiores de Justicia. Es lo que se denomina "jurisprudencia uniforme", al fallarse determinadas materias en forma uniforme. Sobre todo si emana de la Corte Suprema por medio de la casación en el fondo, donde se unifica la jurisprudencia, lo cual produce un fuerte antecedente en favor de una forma constante de interpretar y aplicar la ley. No siempre el criterio de dicho tribunal es invariable. Además no es obligatorio para los tribunales inferiores, pero en la práctica es un antecedente muy fuerte.

Excepción al mencionado artículo 3° del C.C. es lo dispuesto en el artículo 83, inciso final, de la Carta Fundamental respecto del Tribunal Constitucional (202), en el sentido de que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

Fundamentalmente, la Corte Suprema ha conocido los asuntos laborales mediante el recurso de queja, cuya resolución no es fundada, lo que impide la formación de una jurisprudencia orientadora. Desde la ley N° 19.250, de 1993, procede la casación en materia laboral, contemplada en el artículo 463 del actual Código, el cual entró en efecto el 19 de mayo de 1995. (203)

Si bien la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, en el sentido técnico de la expresión, por su falta de generalidad y obligatoriedad, para el particular sí lo es ya que su pretendido derecho, en caso de discusión, sólo será tal si el juez así lo reconoce.

Además, la jurisprudencia ha tenido un papel fundamental como "inspiradora" en la creación del derecho del trabajo.

(202) THAYER y NOVOA, op. cit., t.I, p. 73.

(203) Según lo dispuso la ley N° 19.374, en su artículo 4° transitorio.

13. REGLAMENTO INTERNO

El reglamento interno consiste en el: "Conjunto de reglas que dicta el empresario (empleador), en su empresa (establecimiento), para regular el comportamiento laboral y, aun, la conducta de sus trabajadores durante su permanencia en aquél, dentro del marco de la organización de la empresa y de los derechos, obligaciones y prohibiciones del contrato de trabajo". (204)

Se trata de un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, de las empresas industriales o comerciales, que ocupen normalmente veinticinco o más trabajadores permanentes. Sólo en un caso la ley exige un reglamento interno cualquiera sea el número de trabajadores, respecto de las naves mercantes nacionales, según lo dispone el artículo 132 del C. del T.

El reglamento interno se encuentra regulado en los artículos 153 a 157 del Código del Trabajo, y debe contener las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.

Una copia del Reglamento debe remitirse al Ministerio de Salud y a la Dirección del Trabajo, dentro de los 5 días siguientes a la vigencia del mismo. Dichas instituciones pueden exigir, de oficio, modificaciones al Reglamento por razones de ilegalidad.

El Reglamento debe ponerse en conocimiento de los trabajadores 30 días antes de la fecha en que comience a regir y fijarse, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación. Debe además entregarse una copia a los sindicatos, al delegado de personal y al Comité Paritario existente en la empresa.

(204) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 245.

El delegado de personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa, pueden impugnar las disposiciones del Reglamento que estimen ilegales, mediante presentación efectuada ante la autoridad de salud o la Dirección del Trabajo, según corresponda.

El empleador debe entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga el reglamento interno de la empresa. (205)

En cuanto a su naturaleza jurídica, Novoa y Thayer señalan que el reglamento interno es una ley de orden interna en la empresa dictada por el acreedor del trabajo. Es una fuente de origen autónomo cuyo fundamento está en la facultad de mando del empleador y en su poder de dirección. Señalan que nació, en todo caso, como límite al poder del empleador, y que el reglamento interno es fuente del derecho en cuanto emanación (acto jurídico unilateral) del empresario.

Macchiavello tiene una opinión distinta, ya que, en doctrina, si el reglamento emana de un poder del empresario, se trata sólo de un "poder pri-

(205) Arts. 153 a 157 del C. del Trabajo, 67 ley N° 16.744 y 14 y ss. del decreto supremo 40, de 1969 establecen el contenido de este reglamento:

1) Jornada de trabajo y turnos.
2) Descansos.
3) Remuneraciones.
4) Lugar, día y hora de pago.
5) Obligaciones y prohibiciones de los trabajadores.
6) Designación de los cargos ejecutivos y dependientes del establecimiento ante los cuales los trabajadores plantean: peticiones, reclamos, consultas y sugerencias.
7) Normas sobre tipos de faenas por edades y sexo.
8) Comprobación leyes de previsión, reclutamiento, obligación escolar y carnet de identidad.
9) Normas de prevención, higiene y seguridad de la empresa.
10) Sanciones: sólo art. 154 N° 10.
11) Procedimiento.
12) Las sanciones por infracción a las normas de higiene y seguridad, art. 67 ley N° 16.744.

vado" y no de una delegación de poder público, por lo cual no podría presumirse su conocimiento por el mero hecho de ponerlo en vigencia el empresario. Dice que el empresario debe dar a conocer el reglamento a sus trabajadores, y al dársele conocimiento, en el mismo acto, el trabajador adhiere forzadamente a él y sus disposiciones pasan a vincularlo. Un sujeto privado como el empresario no tiene la facultad de dictar normas creadoras de derecho, sino que pormenoriza la aplicación de las reglas existentes y ordena el sistema de producción interno.

Rivas explica que en nuestro derecho el reglamento interno es "un acto propio de la empresa", que emana de una facultad del empresario y no de un acuerdo de voluntades entre el empleador y los trabajadores. La objeción de legalidad que contempla la ley para los trabajadores y algunos servicios estatales no significa que estos sujetos participen activamente en la generación del reglamento. (206)

Respecto del contrato de trabajo el reglamento interno puede ser fuente en sentido impropio, siempre y cuando lo sea in melius. El reglamento debe respetar el derecho estatal y los contratos de trabajo, a menos que los modifique in melius. (207)

Adherimos a la tesis de Macchiavello y a la posibilidad de que sean "fuente impropia" del contrato de trabajo, según Novoa y Thayer, lo cual inclusive podría entenderse como cláusula tácita (208). En esta perspectiva ambas tesis –de Macchiavello y Novoa y Thayer– se igualan en sus efectos prácticos.

Rivas destaca que el empleador está obligado a respetar el reglamento interno aunque éste emane de una facultad que le confiere la ley, toda vez

(206) RIVAS, RAMON, *"La Doctrina de los Actos Propios y el Reglamento Interno de la Empresa"*, pp. 201 y 202.

(207) THAYER y NOVOA, *Manual de Derecho del Trabajo*, t. 2, pp. 479 y 480.

(208) Sobre las cláusulas tácitas consultar el párrafo 29.

que la doctrina de los actos propios "permite concluir que siendo el reglamento interno de la empresa un acto unilateral del empleador, que obviamente obliga a los trabajadores, vincula también a su autor, porque razonablemente ha generado en los trabajadores una situación de certeza en el sentido de que no les serán exigibles otras conductas que las señaladas en el reglamento o de que tienen los derechos que en él se contemplan". (209)

El reglamento interno en cuanto acto soberano de la empresa puede ser alterado por el empresario a su arbitrio, pero dichos cambios no pueden tener efecto retroactivo (210). Además, la norma del artículo 4° inciso segundo del C. del T. (211) también es aplicable al reglamento interno de la empresa, por lo cual rige respecto del nuevo empleador sin perjuicio de que éste pueda cambiarlo según lo disponen las normas legales al respecto. (212)

14. DOCTRINA

La doctrina consiste en la ciencia del derecho elaborada por los jurisconsultos.

Ha sido definida como los: "Estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del Derecho, ya sea con un propósito puramente

(209) RIVAS, op. cit., p. 203.

(210) RIVAS, op. cit., p. 204.

(211) Artículo 4° inciso segundo del C. del T.: "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 el o los nuevos empleadores".

(212) RIVAS, op., cit., p. 205.

teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación". (213)

Las prácticas y doctrinas han sido esenciales en la interpretación y la elaboración del derecho del trabajo, al ser reconocidas por la jurisprudencia y, posteriormente, por el legislador.

Finalmente, debemos destacar la informalidad del derecho del trabajo, especialmente del sindical o colectivo, el cual constantemente va creando nuevas normas en forma paralela a la ley y, muchas veces, más allá de lo que la ley permite, como en el caso de los trabajadores del Estado y el derecho sindical, donde se producen numerosas huelgas ilegales y negociaciones atípicas. (214)

Esta característica de nuestro derecho no puede pasar inadvertida para los laboralistas. Además, dicha informalidad en alguna medida es reconocida en nuestro Código, en su artículo 213, inciso segundo, que hace referencia a los usos y prácticas internacionales.

(213) GARCIA MAYNEZ citado por PACHECO, MAXIMO, *Teoría del Derecho*, p. 350.

(214) Ver párrafo 35.

CAPITULO III

CARACTERES

Sumario

15. Trascendencia de los caracteres. 16. Derecho nuevo. 17. En evolución. 18. Interventor. 19. Referido generalmente al ámbito privado. 20. Con gran desarrollo de la normativa colectiva. 21. Es tuitivo. 22. Imperfecto en su expresión legislativa. 23. De orden público. 23.1 Noción de orden público laboral. 23.2 Carácter unilateral del orden público laboral. 23.3 Modelos estructurales del derecho del trabajo. 23.4 Técnicas normativas introducidas por el orden público en materia laboral. 23.5 Flexibilidad laboral, orden público, reregulación y legislación preformativa de la autonomía negocial. 24. Otras características.

15. TRASCENDENCIA DE LOS CARACTERES

Se dice que el derecho laboral es especial, autónomo y singular. Especial porque se diferencia del derecho general por la materia que regula –el trabajo subordinado–, autónomo por constituir una regulación completa y singular por tener principios propios. (215)

El estudio de las características de esta rama del derecho facilita la comprensión de su especialidad y autonomía. Cuando hablamos de características nos referimos a "la cualidad que da carácter o sirve para distinguir

(215) Sobre lo autónomo y singular hemos seguido a MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 49.

una persona o cosa de sus semejantes" (216). A su vez, carácter es la "índole, condición, conjunto de rasgos o circunstancias con que se da a conocer una cosa, distinguiéndose de las demás". (217)

Los autores señalan diversas características del derecho laboral, de las cuales excluimos algunas por considerar que, en la actualidad, no son idóneas para diferenciar esta rama del derecho. En nuestra opinión, el derecho del trabajo se caracteriza por ser un derecho nuevo, en evolución, interventor, referido generalmente al ámbito privado, con gran desarrollo de la normativa colectiva, tuitivo, imperfecto en su expresión legislativa y de orden público.

16. DERECHO NUEVO

Se trata de una creación de la sociedad industrial. Su desarrollo se ha concretado en el siglo XX, especialmente desde el Tratado de Versalles, 1919, donde se creó la OIT, sin perjuicio de algunas legislaciones precursoras el siglo XIX. (218)

17. EN EVOLUCION

Es un derecho en constante evolución que incorpora principios y soluciones nuevas. El derecho del trabajo ha recibido en su cuerpo normas de derecho público y privado, sin esquemas cerrados y con pragmatismo. (219)

(216) *Diccionario de la Lengua Española*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, acepción 2ª.

(217) *Diccionario de la Lengua Española*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, acepción 9ª.

(218) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 51. Ver también a FRANCISCO WALKER LINARES, *Esquema del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, p. 16; ALFREDO GAETE, op. cit., p. 12; FRANCISCO WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, pp. 35 y 36, y HUMERES MAGNAN y HUMERES NOGUER, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, p. 13.

(219) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 51.

Se ha dicho que se trata de un derecho inconcluso. Creemos que este carácter se enmarca dentro de la evolución ya citada. Es un derecho que busca incansablemente nuevas normas que reparen el desajuste social que le ha dado origen. (220)

Se lo ha caracterizado también como un derecho con gran fuerza expansiva (221), ya que ha ido incrementando su ámbito de aplicación al sector público, a los trabajadores independientes y a otros sectores laborales.

18. INTERVENTOR

Protege por medio de la intervención en la relación laboral.

El derecho laboral interviene la relación laboral, dirigiéndola hacia el restablecimiento de la igualdad de las partes contratantes, la cual se ha perdido o no existe por la presión de las fuerzas económicas que hacen ilusoria la libertad de contratación del derecho privado.

Esta rama jurídica ha creado normas procesales especiales para los juicios del trabajo, estableciendo organismos estatales como la Dirección del Trabajo a fin de coordinar, promover y fiscalizar la legislación laboral. La intervención se ha manifestado, además, en la previsión social, la protección del trabajador (de su integridad corporal y moral), etc. (222)

Uno de los múltiples ejemplos de esta característica es la norma del artículo 19, N° 16, inciso primero de la Constitución, que asegura a todas las personas "la libertad de trabajo y su protección". Otro es el artículo 44, inciso tercero, del C. del T. que dice: "El monto mensual de la remuneración no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual".

(220) THAYER y NOVOA, op. cit., t. 1, p. 31.

(221) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 39.

(222) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, pp. 51 y 52.

19. REFERIDO GENERALMENTE AL AMBITO PRIVADO

El contrato de trabajo es un acuerdo entre sujetos privados. Los sindicatos también son sujetos privados. El derecho laboral regula principalmente el trabajo del sector privado subordinado.

No obstante, en el contrato de trabajo encontramos intereses públicos en juego (la salud de los trabajadores), normas de derecho público (atribuciones del Ministerio del Trabajo o de la Dirección del Trabajo, como en la fiscalización y en la reanudación de faenas o en la determinación de las empresas que no pueden declararse en huelga) y de orden público (ingreso mínimo).

Sin perjuicio de lo anterior, Macchiavello hace presente que el derecho del trabajo, en último término, sigue siempre en el sector privado. Recalca este autor que en su base siempre está el acuerdo del sector privado, del cual emanan prestaciones que se intercambian con un fin patrimonial, personal y privado.

Ejemplos de esta característica son el artículo 1° del C. del T. que dice que "las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores se regularán por este Código y sus leyes complementarias".

Sus incisos segundo y ss. exceptúan a los funcionarios públicos y de los poderes del Estado, y de las empresas estatales que indica (que tengan una ley o estatuto especial).

Podemos citar, asimismo, el artículo 212 del C. del T. que reconoce el derecho de sindicación a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado.

Además el artículo 304 del mismo Código circunscribe la negociación colectiva a las empresas privadas y a aquéllas en que el Estado tenga aportes, participación o representación.

20. CON GRAN DESARROLLO DE LA NORMATIVA COLECTIVA

Se trata de una de las características más sobresalientes del derecho laboral: su doble regulación objetiva. Los contratantes particulares deben observar la reglamentación estatal y la reglamentación colectiva emanada de los contratos colectivos.

En el derecho anglosajón (common law) la contratación está prioritariamente regulada por los contratos colectivos. En las naciones de derecho codificado (civil law), como el nuestro, se da una compleja estructura entre ambos ordenamientos. (223)

Tradicionalmente es posible distinguir tres modelos de reparto de competencias entre la ley y el contrato colectivo:

- Superposición: en que el contrato mejora los mínimos legales.
- Distribución funcional: donde los contratos complementan o desarrollan bases o principios fijados por la ley.
- Distribución por razón de la materia: la ley y el contrato colectivo regulan ciertas materias en forma exclusiva, sin toparse. (224)

Con la legislación flexibilizadora (225) ha surgido un cuarto modelo denominado de "interacción permanente", basado en el convencimiento de que la negociación colectiva puede acomodar la legislación, de manera dúctil y responsable, a las peculiaridades de cada sector o rama de

(223) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, pp. 52 y 53.

(224) ALBIOL, IGNACIO, CAMPS RUIZ, LUIS, GARCIA NINET, IGNACIO, LOPEZ GANDIA, JUAN y SALA FRANCO, TOMAS, *Derecho del Trabajo*, p. 34.

(225) Ver párrafos 23.5 y 36.

industria, permitiéndose, inclusive, que los convenios colectivos deroguen en sentido peyorativo lo establecido en la ley. (226)

En nuestro ordenamiento jurídico es plenamente aplicable esta característica. A nivel Constitucional, el artículo 19 consagra en sus numerales 16 y 19 garantías laborales cuya regulación legal no podrá afectarlas en su esencia, según el numeral 26 del mismo precepto. Además, el artículo 60 N° 4) contempla como materia de ley las "materias básicas relativas al régimen jurídico laboral y sindical".

Por otra parte, el artículo 19, N° 19, inciso primero y tercero de la Carta Fundamental, reconoce el derecho de sindicación y la autonomía colectiva, y su N° 16 el derecho de negociación colectiva.

Por otro lado, es necesario considerar a nivel legal, entre otras normas, el artículo 5° del C. del T. que establece que "los derechos establecidos en las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo", y el artículo 311 del C. del T. que impide a la autonomía individual modificar in pejus las cláusulas producto de la autonomía colectiva.

21. ES TUITIVO

El derecho del trabajo tiene un significado tuitivo de protección del más débil. Es un derecho tuitivo de los trabajadores dependientes, a los que se considera el sector más débil de la relación laboral.

El derecho laboral se basa en la constatación de una falta profunda de igualdad económica y de igual libertad entre las partes que celebran el contrato de trabajo, y su intervención tiene por objeto corregir dicha desigualdad.

(226) ALBIOL, IGNACIO y otros, op. cit., p. 34.

Se trata de proteger al trabajador en su inferioridad, en consideración al carácter vital que para él asume la contratación laboral. Ha sido necesario el nacimiento de este nuevo derecho toda vez que los mecanismos de intervención y protección del derecho común son y se mostraron insuficientes: normas de nulidad, capacidad, vicios del consentimiento, etc. (227)

Se ha mencionado como característica de esta rama el ser garantizadora de derechos básicos irrenunciables, más que supletoria de la voluntad de las partes, ya que establece derechos mínimos irrenunciables, lo que ha acelerado su separación del derecho tradicional. (228)

Para Walker Errázuriz el derecho laboral pretende crear un orden social justo por sobre cualquier clase social, por ello sería un derecho reivindicacionista. Expone sobre el particular lo siguiente: "Nuestro ramo es un Derecho Reivindicacionista, porque intenta producir un equilibrio entre las clases sociales, estableciendo un mejoramiento sustancial en las condiciones de vida de los económicamente débiles y promoviendo así una desaparición de las diversas capas sociales; garantizando a todos los individuos un mínimo de condiciones que les permita vivir de una manera decorosa". (229)

Sobre el carácter tuitivo, encontramos un sinnúmero de ejemplos, como el caso del artículo 19, N° 16, inciso tercero, de la Ley Fundamental, que prohíbe discriminaciones que no se basen en la capacidad o idoneidad personal.

Asimismo, por mencionar algunas normas del C. del T., el artículo 2° preceptúa que son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza,

(227) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 48.
(228) THAYER y NOVOA, op. cit., t. 1, p. 31.
(229) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, pp. 36 y 37.

color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. El inciso final de esta norma dice: "Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios". Además, el artículo 13 sobre capacidad laboral, establece que "para los efectos de las leyes laborales, se consideran mayores de edad y pueden contratar libremente los mayores de 18 años". Otra norma, el artículo 22 del Código dispone que la duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de 48 horas semanales.

22. IMPERFECTO EN SU EXPRESION LEGISLATIVA

Por la rapidez de su evolución y por la complejidad de las situaciones en las que se desenvuelve.

En nuestra opinión esta característica es de la mayor trascendencia, y se encuentra presente en nuestro sistema laboral donde encontramos normas obsoletas, a veces rígidas, en algunas situaciones inaplicables en la práctica o de difícil control por parte de la autoridad laboral. Además, muchas veces el legislador no se adecua a los cambios en forma oportuna y, cuando se legisla, lo hace con demasiada rapidez.

Novoa y Thayer concluyen que una de las consecuencias de esta característica es la tendencia a sustituir la norma estatal por las derivadas de los contratos colectivos. El derecho del trabajo se desestatiza y los trabajadores actúan colectivamente en la determinación de sus condiciones de vida y trabajo. Esta tendencia es consecuencia del carácter en estudio, ya que la norma colectiva es más flexible y de rápida elaboración en comparación con la legislativa, como ocurre con las huelgas del sector público.

En nuestro país no existe un gran desarrollo de la contratación colectiva, comparado con los países europeos y con algunos latinoamericanos.

23. DE ORDEN PUBLICO

23.1 Noción de orden público laboral.

Como ya expresamos, el derecho laboral ha sido caracterizado por los autores como un derecho nuevo, en constante evolución, interventor, referido generalmente al ámbito privado, con gran desarrollo de la normativa colectiva, tuitivo, imperfecto en su expresión legislativa o reglamentaria y de orden público.

A continuación, nos centraremos en el análisis del orden público laboral como la característica más importante del derecho del trabajo, estudiando su relación con los diversos modelos estructurales de las relaciones laborales, nuestra preceptiva constitucional al respecto y las técnicas normativas que dicho orden público ha generado.

El concepto de orden público es difícil de precisar. Se lo ha definido como "el conjunto de reglas esenciales para el mantenimiento de la sociedad" (230), considerando de orden público "todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares". (231)

El orden público es uno de los conceptos básicos del derecho del trabajo. Podemos decir que el derecho del trabajo es un derecho de Orden Público toda vez que busca impedir los abusos derivados de la disparidad de poder socioeconómico entre cada trabajador y su empleador (232). Se ha señalado, además, que el derecho laboral es de Orden Público tanto por tutelar el interés general de la sociedad como por la irrenunciabilidad de sus derechos. (233)

(230) DUCCI CLARO, CARLOS, op. cit., p. 49.

(231) Ibídem.

(232) THAYER y NOVOA, op. cit., t. 1, p. 30.

(233) Nuestro Código del Trabajo en su artículo 2° reconoce "la función social que cumple el trabajo" y el artículo 5°, inciso primero, dispone que "los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo".

Las reglas del derecho laboral son de orden público ya que "el trabajo humano deber ser debidamente respetado y protegido en la persona de quien lo ejecuta" (234). Es así como en materia laboral hablaremos de "Orden Público Laboral". Rodríguez Mancini define el orden público laboral como "una limitación de la autonomía de la voluntad individual, dispuesta por la ley, con miras al interés general". (235)

Se habla también del Orden Público Social, al considerar el derecho del trabajo como un conjunto de normas de carácter imperativo, que consagran beneficios para los asalariados que la negociación sólo puede mejorar pero no empeorar. (236)

Se ha distinguido entre diversas etapas del orden público: (237)

a) En la época en que se dictó el Código Civil francés el orden público protegía la libertad individual, la soberanía del Estado, la familia y la moral.

b) Posteriormente, se desarrolla la industria capitalista y la ley empieza a intervenir algunos contratos de trabajo defendiendo al más débil. Se establece el mecanismo de los mínimos inderogables.

c) Finalmente, nos encontramos con un intervencionismo generalizado en diversas ramas del derecho: económico, laboral y seguridad social, entre otras.

(234) RUPRECHT, *Los Principios Normativos Laborales y su Proyección en la Legislación*, p. 38.
(235) RODRIGUEZ MANCINI, *La Negociación Colectiva*, p. 25.
(236) CAMERLYNCK y LYON-CAEN, *Derecho del Trabajo*, p. 29.
(237) RODRIGUEZ MANCINI, op. cit., pp. 30-32.

Este orden público laboral o social conlleva diferentes consecuencias: (238)

a) En cuanto al espacio se trata de leyes que rigen a todas las relaciones laborales de un país, salvo expresa excepción.

b) En cuanto al tiempo, las normas laborales son de aplicación inmediata, incluso si modifican los efectos de un contrato en curso.

c) Las leyes laborales en caso de conflicto con un precepto procedente de otra fuente del derecho, como por ejemplo un contrato colectivo o un contrato individual, ostentan un rango superior, a menos que la otra norma sea más favorable para el trabajador. Esta última consecuencia ha sido denominada "carácter unilateral del orden público laboral".

23.2 Carácter unilateral del orden público laboral.

La noción de orden público laboral forma parte del orden público general, cuyo objetivo es el bien común, diferenciándose de éste por su "carácter unilateral", destinado a proteger al trabajador subordinado (239), como parte débil de la relación laboral.

Por otra parte, el orden público y las prohibiciones de derogación en el derecho laboral tienen un sentido distinto al del derecho civil, ya que sólo excluyen derogación en perjuicio del trabajador y, por el contrario, se admiten los pactos individuales o colectivos, más favorables al trabajador. Este principio se denomina "de favor" o "de mayor beneficio". (240)

(238) CAMERLYNCK y LYON-CAEN, op. cit., p. 29.
(239) RODRIGUEZ MANCINI, op. cit., p. 28.
(240) KROTOSCHIN, op. cit., p. 13.

Se ha dicho que el orden público adopta las características propias del derecho laboral y por ello la irrenunciabilidad es sólo respecto de los beneficios otorgados al trabajador, los cuales pueden ser aumentados pero jamás disminuidos. (241)

El orden público laboral es a menudo un "orden público mínimo" y, por ende, a diferencia del derecho civil, acepta que sus disposiciones sean derogadas siempre que ello signifique un beneficio para el trabajador (242). Algunos autores en vez de hablar de carácter unilateral del orden público laboral se refieren al "principio de la norma mínima", toda vez que las normas imperativas laborales operan como condicionante mínimo del contenido de los preceptos de inferior rango (243). Otra denominación para esta característica del orden público laboral es la de "inderogabilidad unidireccional de la norma laboral". (244)

Por el contrario, las derogaciones "in melius" de la legislación laboral, favoreciendo al trabajador, son absolutamente lícitas. Al respecto, se ha indicado que más que "derogaciones" de lo que se trata es de una aplicación más intensa, en particular, del ordenamiento protectivo general. (245)

Es posible fundamentar este carácter unilateral en el hecho de que las leyes del trabajo desean proteger al trabajador y sería una forma dudosa de protección la que prohibiese a las partes interesadas hacer todavía algo más en pro del sujeto que trabaja. (246)

(241) RUPRECHT, op. cit., pp. 39, 44 y 45.

(242) CAMERLYNCK y LYON-CAEN, op. cit., p. 434.

(243) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 870.

(244) MAZZOTTA, ORONZO, *"Autonomía Individuale e Sistema del Diritto del Lavoro"*, p. 505.

(245) RIVA SANSEVERINO, op. cit., p. 54.

(246) BARASSI, LUDOVICO, op. cit., t. 1, p. 115. Es dable señalar que Barassi menciona este argumento no obstante que, finalmente, adopta la conclusión opuesta fundado en el derecho positivo vigente en Italia, a la época de la elaboración de su Tratado, en 1949.

Algunos autores restringen la noción de orden público laboral, desconociendo su carácter unilateral. Explican que las normas de derecho del trabajo que regulan el "orden público laboral" son las denominadas de "derecho necesario absoluto" (247), como es el caso de las normas procesales, de representación o de negociación colectiva; mientras que las restantes condiciones de trabajo se establecen por normas de "derecho necesario relativo" las cuales no impiden una regulación más favorable para el trabajador (248). El orden público laboral sólo comprendería las normas de "derecho necesario absoluto", a las cuales no es aplicable el referido "carácter unilateral".

No compartimos esta postura, ya que estimamos que el orden público laboral comprende tanto las normas de derecho necesario absoluto como las de derecho necesario relativo. Como la mayoría de los preceptos laborales pertenecen a este último grupo –de derecho necesario relativo–, hablamos del "carácter unilateral del orden público laboral".

23.3 Modelos estructurales del derecho del trabajo.

El orden público laboral ha ido adoptando diferentes fisonomías a través de la historia a fin de cumplir su cometido tutelar, situación que puede ser graficada por medio de los distintos modelos estructurales.

En esta materia, Ghezzi y Romagnoli han destacado que la morfología del derecho del trabajo cambia constantemente en el tiempo, sin perjuicio de que los elementos constitutivos de esta disciplina son

(247) Sobre las "normas de derecho necesario absoluto", ver párrafo 26. Su característica es que imponen un techo máximo y mínimo a las partes, el cual es inmodificable por acuerdo de las mismas, en favor o perjuicio de cualquiera de ellas, inclusive el trabajador.

(248) ALARCON CARACUEL, MANUEL RAMON, "La vigencia del principio 'pro operario'", en *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*, p. 852.

siempre los mismos, y lo que se modifica es sólo el modelo de relación entre ellos (249). Estas distintas interrelaciones entre sus elementos constitutivos da lugar a los "modelos estructurales del derecho laboral". (250)

Respecto de los elementos constitutivos del derecho del trabajo, distinguen entre:

a) Instrumentos básicos, y

b) Dimensiones típicas.

O sea:

a) Los instrumentos básicos son los materiales o elementos para la elaboración del régimen laboral. Estos materiales son producto de los poderes públicos (ley, dictámenes administrativos, sentencias judiciales), de la autonomía individual (contrato de trabajo) y de la colectiva (contrato colectivo). (251)

b) Las dimensiones típicas caracterizan la estructura interna del derecho laboral en dos niveles: individual y colectivo. (252)

   La dimensión individual dice relación con la posición jurídica de las partes en el contrato individual de trabajo, sus derechos y obligaciones.

   La dimensión colectiva se refiere a las relaciones colectivas del trabajo, en palabras de los autores citados, a la importancia que

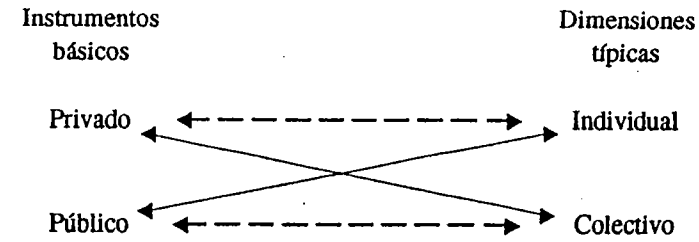
(249) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 55.
(250) Ibídem.
(251) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, pp. 55-56.
(252) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 56.

pueden adquirir, dentro o fuera de la empresa, las vicisitudes del contrato de trabajo (constitución, ejecución y extinción) en razón de los intereses que exceden el ámbito individual (intereses colectivos), y que se relacionan con dicho contrato.

En la época del Estado Liberal, siglo pasado y comienzos del XX, las relaciones del trabajo son reguladas fundamentalmente por la autonomía individual de las partes. Este modelo estructural, ya superado, donde aún no existía el derecho laboral, se denomina privado-individual.

Con los inicios del derecho laboral se desarrolla un modelo que podemos denominar: Público-individual, en el cual el Estado por medio de diversas leyes protege a los trabajadores estableciendo derechos mínimos e irrenunciables en sus contratos de trabajo.

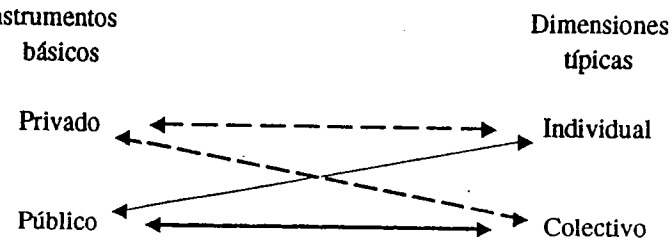
Actualmente en la mayoría de los países de Occidente desarrollados, prima el modelo privado-colectivo:



En este modelo la relación privado-individual se "subordina" a la privado-colectiva. El Estado promueve dicho binomio o, al menos, lo limita lo menos posible. Además se desarrolla la relación público-individual, por medio de leyes estatales que tutelan a la parte débil de la relación laboral. (253)

(253) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, pp. 57-58.

En Chile y otros países de América Latina prima un modelo distinto: la protección se realiza mediante el binomio público-individual. La relación privado-colectiva tiene poco desarrollo y tiende a ser limitada o intervenida por el Estado, por medio del binomio público-colectivo:



Cuando la protección se realiza preferentemente por medio de la intervención estatal, podemos hablar de una línea constitucional, basada en el garantismo individual. Si la tutela se realiza por medio de las acciones colectivas, nos encontramos ante una línea sindicalista de derecho laboral (254). Europa se encuentra en este último caso, Latinoamérica está más en la primera línea.

Debemos precisar, finalmente, que estos modelos estructurales no agotan la realidad de cada país y se encuentran en constante cambio.

23.4 Técnicas normativas introducidas por el orden público en materia laboral.

Hemos dicho que el orden público laboral busca proteger al trabajador y lograr un equilibrio en la relación de trabajo. En un sentido

(254) GIUGNI, GINO, "Il diritto del lavoro negli anni '80", en *Lavoro, leggi, contratti*, p. 333.

funcional o procedimental (255), el orden público laboral ocupa simultáneamente diversas técnicas normativas.

El orden público clásico ocupaba sólo una técnica de aplicación: la prohibición de las conductas atentatorias a los valores fundamentales de la sociedad.

Gino Giugni (256), destaca las "nuevas" técnicas jurídicas introducidas o difundidas por el derecho laboral.

1.- Se establecen normas imperativas que se imponen a la voluntad de las partes y modifican directamente el contenido de sus contrataciones. La generalización de esta técnica, en el derecho laboral, transforma la esencia del contrato que pasa de ser un instrumento que produce los efectos jurídicos deseados por sus autores, a ser un medio para realizar efectos legales, a veces ignorados o no previstos por las partes. (257)

   La imperatividad se extiende además a los contratos colectivos. (258)

   Esta técnica es muy utilizada en nuestro Código del Trabajo, por ejemplo, entre otras materias, podemos citar los artículos 10 sobre contenido del contrato, 21 y ss. respecto de la jornada de trabajo, 34, 35 y ss. que regulan el descanso diario y semanal, 30 a 33 acerca de las horas extraordinarias, 41 y ss. sobre las remuneraciones, y 66 y ss. que establecen el feriado.

(255) Respecto del orden público laboral, en su sentido sustancial o de contenido, ver párrafo 7.3.

(256) GINO GIUGNI, "Diritto del lavoro (voce per un' enciclopedia)", *Lavoro, leggi, contratti*, p. 282.

(257) GIUGNI, op. cit., *Lavoro, leggi...*, p. 282.

(258) Ibídem.

2.- Giugni habla de la técnica de la obligación de contratar, ocupada en países europeos respecto de las minorías y de los inválidos o minusvalorados (259). En nuestro país no se aplica.

3.- El derecho laboral ha intentado superar la tradicional "incoercibilidad del cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer". Es así como en el caso de los despidos injustos ha reconocido el derecho de reintegro del trabajador a sus funciones. (260)

En Chile sólo se aplica en el caso del fuero. (261)

4.- En el derecho laboral se ha debilitado el concepto de equivalencia o conmutatividad de las prestaciones aplicable al contrato de trabajo, en cuanto contrato oneroso conmutativo.

Giugni explica que, el derecho del trabajo, por su finalidad tutelar, ha reconocido la continuidad de la relación laboral. A veces, inclusive, con derecho a remuneración, en los casos de imposibilidad temporal de realizar la prestación o por exigencias político sociales, restringiendo el ámbito de operación del principio de equilibrio de las prestaciones en la ejecución del contrato.

Como ejemplos de lo anterior podemos citar el caso del feriado, contemplado en los artículos 66 y siguientes del C. del T.; lo dispuesto en el artículo 21, inciso segundo, respecto del trabajador que se encuentra a disposición del empleador y no puede trabajar por causas que no le son imputables, ya que dicho lapso igual será contabilizado para efectos del cumplimiento de su jornada de trabajo, y lo establecido en el artículo 206, inciso primero, que permite a la madre trabajadora dar alimento a su hijo en dos

(259) GIUGNI, op. cit., *Lavoro, leggi...*, p. 283.
(260) GIUGNI, op. cit., *Lavoro, leggi...*, pp. 283-284.
(261) Artículo 174 del Código del Trabajo.

porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las cuales se considerarán trabajadas para todos los efectos del pago del sueldo, cualquiera sea el sistema de remuneración.

Asimismo, respecto de los trabajadores agrícolas, el artículo 89 dispone para el caso de que no puedan realizar labor por las condiciones climáticas, que tendrán derecho de percibir las remuneraciones en dinero y regalías que correspondan, siempre que no hayan faltado injustificadamente el día anterior.

5.- El derecho laboral ha introducido cambios en las técnicas sancionatorias, estableciendo la vigilancia administrativa en la ejecución del contrato. (262)

Se trata de una técnica muy aplicada en el derecho laboral. Como ejemplo podemos mencionar los artículos 299 y 476 del Código del Trabajo, que establecen las facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo. (263)

Menciona, también, los cambios en materia jurisdiccional, la rapidez en los procedimientos, la amplitud de medios de solución de conflictos, y la legitimación procesal del sindicato. (264)

6.- En materia de legislación antidiscriminatoria, se han establecido las "acciones positivas" en Norteamérica y en países europeos, ante la constatación de la insuficiencia de la sanción aflictiva para lograr ciertos resultados.

Las acciones positivas son el instrumento de intervención de las políticas de igualdad, modelado en base a la "affirmative action"

(262) GIUGNI, op. cit., *Lavoro, leggi...*, pp. 284-285.
(263) Ver también el D.F.L. N° 2 de 1967, artículos 1° y ss.
(264) GIUGNI, op. cit., *Lavoro, leggi...*, p. 285.

de Estados Unidos, y destinado a neutralizar o compensar los efectos negativos producidos por los comportamientos, actitudes y estructuras sociales de tipo discriminatorio, y a promover la igualdad de oportunidades de trabajo, educación y formación profesional. (265)

Pueden ser establecidas por la ley, el juez o acuerdos colectivos, muchas veces fomentadas por los gobiernos a través de incentivos tributarios. Los gastos en que se incurra para ejecutarlas pueden ser reembolsados total o parcialmente por el Estado. (266)

Se trata de diversas medidas y programas en el sistema educativo, de formación profesional y en las prácticas de empleo de la mano de obra, comprendiendo inclusive la adopción de discriminaciones positivas como tratamiento diferente para los sujetos en desventaja, tales como las cuotas de asunción, asumidas en forma voluntaria y muchas veces con incentivos fiscales (267). Sólo excepcionalmente son ordenadas por el juez. Por otra parte, estos programas se orientan al reequilibrio de las responsabilidades familiares y profesionales entre ambos sexos, por medio de cambios en la organización del trabajo y en la jornada laboral. (268)

Esta técnica normativa es esencialmente persuasiva y más amplia que la técnica de la obligación de contratar, además su es-

(265) BARBERA, MARZIA, *Glosario italiano del lavoro e delle relazioni industriali*, al cuidado de TIZIANO TREU, pp. 41-42.

(266) MARRA, REALINO, *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, p. 67. Explica las acciones positivas contempladas en la ley italiana N° 125, de 1991, a fin de favorecer la ocupación laboral de las mujeres y remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad entre hombres y mujeres en materia de trabajo.

(267) MARQUEZ GARMENDIA, MARTHA, "Acerca del decreto reglamentario de la ley N° 16.045 sobre no discriminación laboral por razones de sexo", pp. 285 y 286.

(268) GHERA, EDOARDO, *Diritto del lavoro*, p. 244.

tudio puede enfocarse también desde la perspectiva de las políticas sociales. (269)

Las acciones positivas implican, en esencia, una crítica a la perspectiva formal del principio de igualdad elaborado por la tradición liberal democrática, en el cual la igualdad de los individuos es asumida por el derecho en forma neutral. Dicha crítica se traduce en una política de reequilibrio de las oportunidades de desarrollo de la persona humana y, por ende, en la búsqueda de la igualdad sustancial en lo concreto. (270)

No se aplican las acciones positivas en nuestro ordenamiento laboral. (271)

7.- Sin embargo, el orden público laboral tiene una técnica que lo ha caracterizado particularmente: la técnica de la normativa colectiva.

La normativa colectiva emana de los contratos colectivos, cuya parte normativa establece condiciones de trabajo y de remuneración. La normativa colectiva sustituye las cláusulas que versen sobre la misma materia en los contratos individuales de trabajo, sin que el trabajador pueda acordar con el empleador derogarla in pejus, en atención a lo estatuido en los artículos 348 inciso primero y 311 del Código del Trabajo.

Asimismo, una vez extinguido el contrato colectivo estas cláusulas sustituidas subsisten como integrantes de los contratos de

(269) GIUGNI, op. cit., *Lavoro, leggi...*, p. 286.

(270) GHEZZI y ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, aggiornamenti 1992-1993, p. 22.

(271) Sobre esta materia ver párrafo 37.

trabajo, según lo establece el artículo 348 inciso segundo de nuestro Código.

Inclusive, la normativa colectiva puede ser aplicable a trabajadores no representados por los sujetos colectivos firmantes del contrato colectivo, conforme al mecanismo del artículo 346 del Código del Trabajo.

El orden público laboral se expresa en esta normativa colectiva que busca proteger al trabajador. Logra su cometido gracias a que ella se genera en procesos negociadores en los cuales los trabajadores están agrupados, en un sujeto colectivo –generalmente un sindicato–, que les permite tener una fuerza negociadora real, principalmente por el derecho de huelga, como medida de autotutela colectiva destinada a presionar a los empleadores.

La normativa colectiva es más flexible que la ley como medida protectora. Se acomoda a las necesidades y realidades de cada empresa o sector de la economía, según su ámbito de aplicación. En la práctica, además, tiende a aplicarse en los sectores económicos más fuertes, en los cuales existe una mayor fuerza sindical. Por otra parte, sería imposible para el legislador empezar a hacer este tipo de distinciones.

Macchiavello al hablar de la "normativa colectiva" la denomina "corregulación colectiva", al referirse a ella como una de las funciones del sindicato. La define como "el derecho de las organizaciones profesionales de trabajadores de establecer condiciones de remuneraciones y de trabajo, en forma colectiva, general y abstracta, en virtud de convenio con los empresarios o con sus organizaciones". (272)

(272) MACCHIAVELLO, *Derecho Colectivo del Trabajo*, p. 87.

Se trata de una proyección de la autonomía colectiva. Este autor señala los siguientes caracteres de la corregulación o normativa colectiva:

a) Su finalidad es similar a la del orden público laboral, esto es materializar metas de "equidad objetiva", paz social, compatibilización de intereses contrapuestos, y la protección y promoción de los trabajadores.

b) Es generada por sujetos colectivos.

c) Su propósito es determinar el contenido de los contratos individuales de trabajo.

d) Tiene "rango de normativa colectiva".

Esta normativa colectiva afecta la autonomía privada individual (273), tiene efectos inmediatos en el tiempo (274), y su ámbito de aplicación puede ser muy variable, desde una sección de la empresa hasta los denominados efectos erga omnes, a diferencia de la "normativa legal" de orden público que siempre es general.

Respecto de la regulación colectiva se habla de un tercer ordenamiento, entre el macroordenamiento legal y el microordenamiento individual. (275)

La normativa colectiva es producto de la acción de los sindicatos (276), entes de vital importancia para lograr los objetivos del

(273) Artículo 311 del Código del Trabajo.

(274) Artículo 348, inciso primero, del Código del Trabajo.

(275) MACCHIAVELLO, GUIDO, op. cit., *"Derecho del..."*, p. 89.

(276) Nuestra legislación reconoce también a las coaliciones de hecho de trabajadores conformadas para el solo efecto de negociar. Estas agrupaciones transitorias no son sindicatos desde una perspectiva formal, pero persiguen fines sindicales.

orden público laboral. Al respecto, podemos citar el artículo 220 N°s. 3, 4 y 8, del Código, y en forma más indirecta, los N°s. 1 y 2, de la citada norma.

La normativa colectiva como técnica del orden público laboral no se reconoce con igual intensidad en los distintos ordenamientos jurídicos. Algunos se basan más en la ley y otros fomentan o reconocen la regulación colectiva. Esto dependerá de qué modelo estructural de derecho laboral se adopte. (277)

23.5 Flexibilidad laboral, orden público, reregulación y legislación preformativa de la autonomía negocial.

Las técnicas normativas anteriormente descritas siguen el curso evolutivo del derecho del trabajo. En este contexto, los cambios flexibilizadores de la década del setenta han influido tanto en la interrelación de las fuentes de nuestra disciplina como en el cambio de su normativa.

Las crisis económicas han repercutido en el orden público laboral generando un gran debate en cuanto a la necesidad de flexibilizar desregulando o de flexibilizar sin desregular. La primera tesis implica derogar la legislación protectora laboral. La segunda flexibiliza la aplicación de las normas protectoras por medio de la autonomía colectiva y de una serie de medidas estatales, surgiendo, por ejemplo, la denominada "legislación procedimental o reflexiva" o "legislación preformativa de la autonomía negocial", por medio de la cual el orden público laboral ya no limita la autonomía individual de las partes sino que predispone el terreno sobre el cual operará dicha autonomía privada. Se diferencia de la normativa tradicional en que, en vez de operar directamente sobre el contrato de trabajo, actúa

(277) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 55.

fuera, modificando las condiciones dentro de las cuales la autonomía negocial operará. (278)

Otro caso lo constituyen las facultades para contratar trabajadores flexibles por medio de autorizaciones administrativas o contratos colectivos (279). Por otra parte, las relaciones entre contrato colectivo y ley se han visto alteradas, hablándose de la existencia de una "interacción permanente" entre ambas fuentes, donde la negociación colectiva adapta la legislación en algunas materias a las peculiaridades de cada sector o rama de industria, permitiéndose inclusive en limitados casos que los contratos colectivos deroguen determinados derechos establecidos por ley. (280)

Debemos recordar que ya a fines de la década del cuarenta, Barassi distinguía entre leyes rígidamente categóricas y limitadamente categóricas. Las primeras, por la importancia de las normas dictadas excluían la posibilidad de ser derogadas por voluntad individual o colectiva de las partes. Las segundas, pueden ser derogadas, inclusive en perjuicio del trabajador, por la voluntad intersindical, esto es la autonomía colectiva. (281)

La legislación de la crisis, a fines de los ochenta, opera con normas limitadamente categóricas, alterando las tradicionales relaciones entre ley y contrato colectivo, por medio de la "interacción permanente". Sin embargo, debemos hacer presente una diferencia con la legislación limitadamente categórica de que hablaba Barassi, ya que se trataba de preceptos protectores de menor trascendencia, como era

(278) D'ANTONA, MASSIMO citado por GAMONAL, *La flexibilidad laboral*, en nota 37, pp. 10 y 11.
(279) GAMONAL, op. cit., p. 11.
(280) ALBIOL MONTESINOS y otros, op. cit., p. 34. Ver párrafo 20.
(281) BARASSI, LUDOVICO, op.cit., t. 1, pp. 110 y 111.

el caso de la duración convencional del contrato de trabajo, y no tutelaban intereses generales como es el caso de las normas sobre jornada o remuneraciones. Por el contrario, la interacción permanente, en el contexto de la flexibilidad, opera sobre normas protectoras de intereses generales, realzando el papel de la autonomía colectiva en la materia.

Analizaremos con mayor detalle la flexibilización laboral en el párrafo 36.

24. OTRAS CARACTERISTICAS

Como expresamos en su oportunidad, se han señalado muchas características del derecho laboral, algunas de las cuales mencionaremos a continuación, sin perjuicio de estimar que, en el actual estado de esta disciplina, ya no son idóneas para caracterizarla. En otros casos, ya fueron estudiadas en las características expuestas anteriormente.

El profesor Gaete Berríos (282) menciona las siguientes características:

- Derecho autónomo diferente del civil; (283)

- Realista por ser adaptable a las condiciones económicas (284). Walker Errázuriz (285) habla de derecho realista y concreto, que intenta la protección del más débil con medidas prácticas, adecuadas y variables a las diversas circunstancias;

(282) GAETE, op. cit., p. 12.
(283) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 30, y HUMERES, op. cit., p. 13.
(284) HUMERES, op. cit., p. 13.
(285) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 39.

- No formalista siendo sencillo y claro, sin tecnicismo ni rigideces. Sobre el carácter no formalista, Humeres (286) habla de derecho informal. Se ha dicho (287) que esta característica no es tal en la práctica, porque muchas veces la legislación protectora puede llegar a ser bastante engorrosa, y

- Universal por imponerse en muchos estados en forma más o menos uniforme. Walker Errázuriz (288) habla de que se trata de un derecho de principios universales pero con modalidades propias en cada país. El profesor Humeres dice que es universal, porque los principios generales en que se inspira son los mismos gracias a la OIT.

Para Däubler el derecho laboral se caracteriza por ser un ordenamiento subsidiario (289), ya que muchos de los conflictos se resuelven mediante negociaciones informales, sin recurrir al derecho estatal, salvo cuando una de las partes estima que no existe otra solución. Esta característica no se da en países o sectores con un movimiento obrero débil.

Finalmente, Walker Errázuriz (290) menciona como característica del derecho laboral el compartir caracteres de derecho público y privado.

(286) HUMERES, op. cit., p. 13.
(287) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 37.
(288) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 29.
(289) DAUBLER, op. cit., p. 98.
(290) WALKER ERRAZURIZ, op. cit., *Introducción al...*, p. 40.

CAPITULO IV

PRINCIPIOS

Sumario

25. Importancia de los principios. 26. El principio protector. 27. El principio de la irrenunciabilidad. 27.1 Noción de irrenunciabilidad. 27.2 Fundamento. 27.3 Su alcance. 27.4 La irrenunciabilidad en nuestro ordenamiento jurídico. 27.5 Renunciabilidad una vez terminado el contrato de trabajo. Problemas constitucionales. 28. El principio de continuidad de la relación. 29. El principio de primacía de la realidad. 30. Otros principios.

25. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS

Los principios del derecho del trabajo por definición se aplican a esta rama del derecho y no a otra, sin que por ello sean exclusivos de la misma. No pueden ser generales para todas las ramas del derecho, se trata de principios más específicos y peculiarizantes. (291)

Américo Plá los define como: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos". (292)

(291) AMERICO PLA, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, p. 6.
(292) PLA, op. cit., p. 9.

Los principios cumplen las siguientes funciones (293): a) informadora: inspira al legislador, b) normativa: actúa como fuente supletoria cuando hay ausencia de ley, y c) interpretadora: opera como criterio orientador.

Los principios del derecho laboral no son una construcción teórica divorciada del derecho positivo, hay una mutua influencia entre las normas vigentes y los principios informadores. También el derecho positivo en algún modo condiciona a los principios. (294)

Opinamos que es una materia de la mayor importancia por las siguientes razones:

a) Se dice que el derecho laboral es especial, autónomo y singular. Especial porque se diferencia del derecho general por la materia que regula –el trabajo subordinado–, autónomo por constituir una regulación completa y singular por tener principios propios.

   Para que una disciplina jurídica sea autónoma debe poseer doctrinas homogéneas presididas por conceptos generales comunes distintos de los de otras ramas del derecho.

   La autonomía de una rama jurídica implica que la materia que regula sea de contenido peculiar bien definido y constituya un objeto relevante como para exigir un derecho propio. Asimismo, es necesario que el referido objeto sea disciplinado por un verdadero sistema normativo, con principios e instituciones propios que ninguna otra rama del derecho pueda aportar. (295)

(293) DE CASTRO, citado por PLA, op. cit., p. 11.
(294) PLA, op. cit., p. 13.
(295) MONTOYA MELGAR, op. cit., p. 39.

b) Porque los principios del derecho laboral son un soporte esencial en todos aquellos casos en que el juez debe fallar en equidad.

   En nuestro derecho positivo se considera la equidad desde dos perspectivas distintas: (296)

   b.1) La equidad relacionada con el alcance del mandato jurídico contenido en una ley existente cuya aplicación nos plantea dudas o problemas, contemplada en el artículo 24 del Código Civil.

   b.2) La equidad como recurso para colmar un vacío legal, establecida en los artículos 73, inciso segundo, de la Constitución, 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales.

   b.1) La equidad relacionada con el alcance del mandato jurídico contenido en una ley existente cuya aplicación nos plantea dudas o problemas, la encontramos en el artículo 24 del C.C. que dispone: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes obscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

   Respecto de la equidad natural mencionada en el artículo 24, Guzmán Brito previene que esta disposición no constituye una puerta abierta a la subjetiva opinión individual, al sentimiento y a la imaginación; toda vez que al fundar un fallo o dictamen en la equidad natural debe haber un razonamiento cuya base sean premisas objetivas, ciertas y verificables, probadas por la ciencia y aprobadas por la más autorizada doctrina. Entre dichas premisas están los principios del derecho laboral.

(296) JORGE STREETER, "Influencia de la equidad en la aplicación de las leyes generales", *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, p. 203.

Aun más, este autor sostiene que la remisión a la equidad natural en nuestro Código es una remisión al derecho. En efecto, explicita que el recurso a la equidad natural en las fuentes usadas por Bello es un recurso al derecho romano. En la actualidad diremos que no sólo el derecho romano es una expresión de lo justo, y al remitirse a la equidad se exige fallar conforme a derecho, el cual al contemplar una solución constituye la equidad que guiará al juez en el fallo.

Por derecho, Guzmán Brito no sólo considera el derecho romano, sino que incluye todo el derecho con alguna vigencia doctrinaria en cuanto razón, ya se trate de doctrina nacional, extranjera, moderna, medieval, antigua, o una ley o código extranjero. Inclusive, este autor plantea que el juez chileno ante una ley injusta debiera considerarla oscura y, por ende, debería interpretarla e incluso llegar a no aplicarla al demostrar la insuficiencia de la ley injusta para el caso de que se trate. (297)

A la luz de lo expuesto, opinamos que los principios del derecho laboral cumplen un papel de gran importancia para orientar la labor del intérprete en los pasajes oscuros y contradictorios de las leyes laborales.

b.2) Como recurso para llenar un vacío legal, nuestro sistema jurídico establece que el juez no puede excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión, según el artículo 73 de la Constitución. (298)

(297) GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, "El Juez entre la Equidad y la Ley: Un Estudio Histórico-Dogmático como base para la superación del Positivismo", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y *Gaceta de los Tribunales*, 1981. Tomo LXXVIII, Primera Parte, pp. 1 a 15.

(298) Artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

¿Sujeto a qué criterios el juez deberá fallar cuando hay un vacío legal? En estos casos el ordenamiento jurídico determina que el juez fallará conforme a los principios de equidad. En efecto, el artículo 170 N° 5 del C.P.C. dice: "Las sentencias definitivas..., contendrán: 5° La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo" (299). Por su parte, el artículo 458 N° 6 del C. del T. dispone que: "La sentencia definitiva deberá contener: 6.- Los preceptos legales o, a falta de éstos, los principios de equidad en que el fallo se funda". (300)

Por otra parte, es necesario tener presente que existirá un vacío legal en alguna de las siguientes hipótesis:

i) Cuando la ley calla.

ii) Cuando la ley establece una mera orientación general, vale decir, un orden o valor en blanco.

iii) Cuando dos leyes se contradicen y ninguna prevalece sobre la otra.

iv) Cuando la norma se hace inaplicable por las consecuencias que ello acarrearía, cosa que obviamente no ha querido el legislador. (301)

(299) Consultar el N° 9° del auto acordado sobre forma de las sentencias.

(300) Ver el artículo 459 e) del C. del T.

(301) FERNANDO FUEYO LANERI, "Interpretación e Integración de la Norma en contra de su literalidad por los Tribunales de Justicia", *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, p. 467, dice que uno de los casos más famosos de utilización de la equidad ante vacíos legales es la aceptación de la acción de retrocesión, por parte de la Corte Suprema, en sentencia de 9 de octubre de 1981.

Es indudable que los principios de derecho laboral deben orientar al juez respecto de la equidad destinada a llenar dicho vacío legal.

Si bien la doctrina ha identificado un sinnúmero de principios, estudiaremos más en detalle el principio protector, la irrenunciabilidad, la continuidad y la primacía de la realidad; realizando una breve mención final a los demás principios en el párrafo 30, por estimar que no son principios propios del derecho laboral.

26. EL PRINCIPIO PROTECTOR

Es el criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. (302)

Todo el derecho del trabajo persigue la tutela de la libertad y de la personalidad humana del trabajador, el cual se encuentra ligado a un vínculo que, entre los demás pactos de orden patrimonial, se caracteriza por colocar a un sujeto en situación de dependencia de otro sujeto. (303)

Dicha tutela no es conseguida por medio de la igualdad entre particulares establecida en el derecho privado, debido a que la referida igualdad no existe en la realidad económica y social, lo que obliga a establecer institutos peculiares, extraños a las demás relaciones patrimoniales. (304)

(302) PLA, op. cit., p. 23.

(303) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., pp. 11 y 12.

(304) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 12.

Mientras en el derecho común es una preocupación constante la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral, por el contrario, se protege a una de las partes para lograr una igualdad sustantiva y real entre las mismas. (305)

Actualmente la legislación laboral chilena es menos protectora que la del Código de 1931. Se habría debilitado el principio protector como inspirador de las normas laborales. (306)

El principio protector no significa que el juez o el intérprete pueden "actuar libremente", sino que más bien debe guiar la aplicación de las diversas fuentes. (307)

El carácter protector del derecho laboral se manifiesta de diversas formas: (308)

i.- Se establecen normas de origen Estatal como derecho necesario, lo que significa que sus mandatos se imponen a la autonomía privada de las partes ya sea por medio de normas de derecho necesario absoluto, que operan como máxino y mínimo absolutamente inderogable; o normas de derecho necesario relativo, que sólo contemplan mínimos inderogables in pejus.

(305) Ibídem.

(306) Informe Relasur, op. cit., pp. 36 y 37.

(307) PERGOLESI, citado por PLA, op. cit., p. 34. PLA precisa además, que se ha dicho que este principio era muy pertinente en los primeros estadios del derecho laboral, pero ahora que está desarrollado no. El no concuerda con la opinión anterior, cita a GIANOTTI, y dice que este criterio de interpretación vale para pocas normas rudimentarias y también para muchas normas perfeccionadas ya que su función no es reemplazar o sustituir al legislador sino respetar su espíritu. Si el legislador se mueve con un propósito protector el intérprete también.

(308) DE LA VILLA y otros, op. cit., pp. 25 y 26.

En nuestro ordenamiento podemos citar, entre muchísimas normas, el artículo 5° del C. del T. que consagra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales mientras subsista el contrato de trabajo.

El incumplimiento de dichos preceptos conduce a la nulidad de los acuerdos y a la aplicación de las sanciones que disponga la ley.

ii.- Se produce una ruptura de los principios jurídicos tradicionales, que se hace patente cuando el derecho laboral se separa de la tendencia unificadora de las jurisdicciones al establecer un proceso específico para la resolución de los conflictos del trabajo; al atenuarse determinados criterios jurisprudenciales especialmente en materia de demandas y recursos defectuosamente impuestos; se posibilita, además, la tutela colectiva de los derechos individuales de los trabajadores, legitimándose al sindicato en cuanto coadyuvante del trabajador lesionado en sus derechos.

Ejemplo de lo anterior es la norma contemplada en el artículo 220 N° 1 del C. del T., sobre fines de los sindicatos, facultándolos para representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por sus asociados o, sin requerimiento, cuando se trate de infracciones legales o reglamentarias que afecten a la generalidad de los socios. También pueden representar a sus asociados en el ejercicio de los derechos emanados de los instrumentos colectivos de trabajo.

iii.- Se establece un deber de protección del trabajador a cargo del empleador. Por ejemplo, los artículos 184 y ss. del C. del T. se refieren al deber de protección de los trabajadores por parte del empleador.

iv.- Se elabora una serie de reglas aplicativas de la legislación laboral cuya finalidad es dispensar un grado adicional de protección.

Dichas reglas son las siguientes:

a) *La regla in dubio pro operario:* (309)

Criterio (310) según el cual si una norma puede entenderse de varias maneras, debe preferirse aquella interpretación más favorable al trabajador. (311)

Deveali (312) explica que el carácter especial del derecho del trabajo importa el rechazo del principio del derecho privado según el cual los casos dudosos deben resolverse a favor del deudor. El derecho laboral busca el amparo de la parte más débil: el trabajador, el cual por dicha inferioridad se encuentra en la mayoría de los casos "en la situación de parte acreedora".

En la generalidad de las relaciones del derecho privado el deudor es más débil y necesitado. En el derecho laboral es al revés, ya que en la generalidad de los casos el trabajador se presenta como acreedor frente a su empleador. (313)

(309) Se denomina también a esta regla como principio de "favor del trabajador", ver BARASSI, LUDOVICO, op. cit., t.1, pp. 243 y ss.

(310) ALONSO GARCIA, op. cit., *Curso de...*, p. 287 dice que este criterio tiene dos manifestaciones fundamentales: la legal y la judicial.

La manifestación legal del principio pro operario significa que es el legislador el que regula la relación de trabajo a fin de equiparar la desigualdad existente entre las partes de la misma, protegiendo al trabajador. Este principio informa toda la legislación laboral.

La manifestación judicial dice relación con la facultad de los jueces de interpretar la norma según el principio pro operario, esto es al existir varias interpretaciones posibles el juez debe seguir la más favorable al trabajador.

(311) PLA, op. cit., p. 40.

(312) Citado por PLA, op. cit., p. 41.

(313) Ambos son recíprocamente deudores y acreedores pero, generalmente, cuando se infringen las normas laborales se trata del empleador respecto del trabajador.

En las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil (314), se señala en su artículo 1566 que: "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor" (315). Esta norma no es aplicable en materia laboral, a la luz del principio en comento.

Condiciones de aplicación de este criterio:

i.- Sólo al existir una duda sobre el alcance de la norma.

ii.- Siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador. (316)

No se trata de corregir la norma o de integrarla sino sólo de determinar su verdadero sentido entre varios posibles.

También es aplicable este criterio ante casos de auténtica duda para valorar el alcance o significado de la prueba. El trabajador por lo general tiene mayor dificultad que el empleador para probar ciertos hechos (317) El artículo 455 del C. del T. establece que "El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica" (318).

(314) En materia penal encontramos el principio pro reo, establecido en la Constitución Política, en su artículo 19 N°3 inciso 7°: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado".

(315) Su inciso segundo dispone: "Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

(316) DEVEALI, citado por PLA, op. cit., pp. 42 y 43.

(317) PLA, op. cit., p. 46.

(318) Inciso segundo: "Las presunciones simplemente legales se apreciarán también en la misma forma".

Asimismo el 459 d) establece que la prueba, en el juicio laboral de menor cuantía (319), se apreciarán en conciencia.

Krotoschin (320), confirma lo anterior y dice que este principio se aplica respecto de situaciones de hecho (apreciación de la prueba) independientemente de su reconocimiento expreso por parte del legislador. Se discute, por el contrario, si este criterio se aplica a la previsión social.

Debe aplicarse al interpretar tanto la ley, como el contrato individual de trabajo y el reglamento interno (321). En el caso de los instrumentos colectivos se discute. Plá dice que sí, ya que la norma laboral tiene una finalidad protectora, y que ésta se haya concretado por el legislador o por la autonomía colectiva no es trascendente para esta situación. Si la norma es protectora debe ser aplicada con dicha finalidad. "La desigualdad que debe compensarse surge en el momento de aplicación, y no en el de elaboración de la norma, por lo que no interesa la forma en que ella se haya elaborado" (322). Concordamos con este criterio, ya que el objetivo de la contratación colectiva es el de establecer la "normativa colectiva", protectora del trabajador, y porque consiste en la técnica normativa más importante del orden público laboral (323), por lo cual la regla "in dubio pro operario" resulta absolutamente pertinente al interpretar esta normativa.

b) La regla de la norma más favorable:

Criterio que establece que, en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquélla que sea más favorable, aun-

(319) Cuando la cuantía de lo disputado no exceda de 4 ingresos mínimos.

(320) KROTOSCHIN, ERNESTO, op. cit., p. 15.

(321) PLA, op. cit., pp. 50 y 51.

(322) PLA, op. cit., p. 51.

(323) Ver párrafo 23.4.

que no sea la que hubiere correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas. (324)

Se ha distinguido en este criterio un sentido propio e impropio (325). El sentido impropio se confunde con la regla in dubio pro operario, por lo cual no es pertinente. (326)

El sentido propio es cuando existen varias normas aplicables a una misma situación jurídica. Alonso García explica que en este caso por el hermetismo del ordenamiento jurídico el problema debería resolverse, por vía de la jerarquía (siendo aplicables la de rango más alto y las de vigencia más reciente) entre las normas, lo que hace difícil que dos de ellas sean aplicables a una misma situación jurídica.

En todo caso, de darse la situación en comento, la regla de la norma más favorable implica que no se aplicará la norma que corresponda, conforme a un ordenamiento jerárquico predeterminado, sino que en cada caso debe aplicarse la norma más favorable al trabajador (327). El vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas laborales será ocupado por la norma más favorable al trabajador de entre todas las diferentes normas en vigor. (328)

Esto se debe a que lo característico del derecho laboral es que cada una de sus normas marca niveles de protección. Dichos niveles son un piso pero no un techo. Nada impide que por encima de los mismos se aprueben otras normas con mejores

(324) PLA, op. cit., p. 4.
(325) ALONSO GARCIA, op. cit., *Curso de...*, p. 288.
(326) PLA, op. cit., p. 53.
(327) Ibídem.
(328) MASCARO NASCIMENTO, citado por PLA, op. cit., p. 54.

condiciones de trabajo. Se admite el predominio de la cláusula de un contrato colectivo que sea más favorable que la ley, y el predominio de las cláusulas más favorables del contrato individual frente a un contrato colectivo y la ley (329). Esta característica ha sido denominada "carácter unilateral del orden público laboral". (330)

¿Implica esto que la ley o la norma del contrato colectivo, según el caso, es derogada? No. De hecho, sigue surtiendo efectos en los trabajadores no comprendidos por la norma más favorable de menor jerarquía. De la Cueva habla de "conversión de la norma en inoperante", pero no es una inoperancia general sino parcial. (331)

El límite de este criterio es que haya ley prohibitiva sobre la materia. (332)

Al aplicar la norma más favorable existen inconvenientes prácticos, en orden a determinar si una norma es o no más favorable. ¿Deben compararse las dos normas en su conjunto o puede tomarse de cada norma aquella parte que sea más favorable al trabajador? Hay tres teorías (333) al respecto:

i) Teoría de la acumulación: deben aplicarse todos los preceptos más beneficiosos aunque provengan de normas (cuerpos normativos) distintas.

(329) PLA, op. cit., p. 54.
(330) Ver párrafo 23.2.
(331) PLA, op. cit., p. 55.
(332) PLA, op. cit., p.56.
(333) ALONSO GARCIA, op. cit., *Curso de...*, p. 289.

ii) Teoría del conjunto, de la inescindibilidad o conglobamento: se aplica sólo la norma (cuerpo normativo) que, en su totalidad, resulte más favorable al trabajador.

iii) Teoría de la inescindibilidad de los institutos: que postula que el cotejo entre normas (cuerpos normativos) se haga en modo parcial, entre grupos homogéneos de materias de una y otra norma, entre instituciones (334). Esta última tesis es la más aceptada.

Nuestra legislación recepciona expresamente este principio, al consagrar la inderogabilidad in pejus de los instrumentos colectivos, en el artículo 311 del C. del T., que dice: "Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido.", permitiendo la posibilidad de que se pacten individualmente normas más favorables que las emanadas de la autonomía colectiva.

c) *La regla de la condición más beneficiosa:*

Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse el trabajador. (335)

(334) PLA, op. cit., p. 59, cita a CESSARI, quien dice que hay 4 posiciones: a) Teoría del conjunto. b) De la inescindibilidad de los institutos. c) De la inescindibilidad de las cláusulas. d) De la acumulación.

La a) y d) son muy extremas. La c) tiene el problema de ser muy ambiguo el concepto de "cláusula". La b) pareciera ser la más acertada. La misma opinión tienen KASKEL-DERSCH. Por su parte, DURAND llega a una solución práctica muy similar aunque adhiere a la teoría de la acumulación.

(335) PLA, op. cit., p. 40.

Al dictarse una norma de carácter general, el trabajador mantiene en vigencia las condiciones anteriores que le eran más beneficiosas, a pesar de la nueva norma. La nueva regulación debe respetar, salvo excepción expresa, las condiciones más beneficiosas para los trabajadores interesados. (336)

El límite de este criterio se da cuando la norma legal de superior jerarquía establece excepciones en forma expresa, suprimiendo el beneficio existente.

La condición más beneficiosa (que se mantiene) puede nacer de la ley, la voluntad individual o colectiva, o la costumbre. Tratándose de una ley podemos hablar de derechos adquiridos. (337)

Este criterio no es aplicable a las normas de orden público y, en el caso de las meras expectativas, el afectado no puede impetrarlas como condición más beneficiosa, cuando es la ley la que establece una nueva situación jurídica.

Tampoco es aplicable a los beneficios transitorios. (338)

27. EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD.

27.1 Noción de irrenunciabilidad.

Uno de los más importantes principios del derecho laboral es el de la irrenunciabilidad. La irrenunciabilidad implica "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio". (339)

(336) ALONSO GARCIA, op. cit., *Curso de...*, p. 291.

(337) Ibídem.

(338) PLA, op. cit., p. 66.

(339) PLA, op. cit., p. 67.

La renuncia equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor. (340)

Al contrario del derecho común donde rige la renunciabilidad, en el derecho laboral rige el principio opuesto: la irrenunciabilidad (341). No obstante lo anterior, parte de la doctrina ha hecho presente que desde la perspectiva del derecho común el derecho laboral es plenamente consecuente al consagrar la irrenunciabilidad, toda vez que los límites de la renunciabilidad son el interés u orden público y el interés de terceros, los cuales se verían seriamente afectados en caso de permitirse la renuncia en materia laboral. (342)

27.2 Fundamento.

El derecho del trabajo se basa en la inferioridad socioeconómica del trabajador subordinado, tutelándolo por medio de diversas fuentes normativas externas –ley y autonomía colectiva– al contrato individual de trabajo, las cuales determinan gran parte del contenido de dicho contrato, sustituyendo de pleno derecho las cláusulas que transgredan la referida protección, sin que por ello el contrato sea invalidado. La irrenunciabilidad se fundamenta en la necesidad de velar, en cada contrato de trabajo, por intereses no sólo circunscritos al trabajador individual sino que tienen, además, una dimensión superindividual. (343)

No sería coherente que el ordenamiento jurídico tutele imperativamente al trabajador, parte débil del contrato de trabajo, y luego dejase

(340) Ibídem.
(341) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 331.
(342) MONTOYA MELGAR, op. cit., pp. 207 y 208.
(343) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 330.

sus derechos al arbitrio de la autonomía de la voluntad (344). Las dos principales fundamentaciones de la irrenunciabilidad son la noción de orden público y la doctrina de los vicios del consentimiento (345). Existen, sin embargo, diversas teorías sobre el fundamento de esta materia: (346)

1.- El principio de indisponibilidad: la disponibilidad de los derechos del trabajador está limitada a fin de cumplir la finalidad tutelar de nuestra rama del derecho.

2.- El carácter imperativo de las normas laborales: El derecho laboral está integrado por normas imperativas que deben ser cumplidas cualquiera sea la voluntad de las partes.

3.- La noción de orden público: El carácter de orden público de las normas laborales justifica su irrenunciabilidad.

4.- Sería una forma de limitación de la autonomía de la voluntad (347): La irrenunciabilidad es una consecuencia lógica de las limitaciones a la autonomía de la voluntad que establece el derecho del trabajo.

Las fundamentaciones anteriores tienen mucho en común, ya que todas se basan en la naturaleza propia del derecho laboral y en su importancia social.

(344) SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 237.
(345) ALONSO GARCIA, MANUEL, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, p. 150.
(346) PLA, op. cit., pp. 70 y ss.
(347) SAGARDOY BENGOECHEA, JUAN ANTONIO, *Los Principios de Aplicación del Derecho del Trabajo*, p. 26.

5.- Existe otra fundamentación basada en un presunto vicio del consentimiento, que considera que el trabajador que renuncia lo hace por error, por ignorancia, por falta de libertad o forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social.

Las consecuencias prácticas de las fundamentaciones anteriores son de la mayor importancia. En efecto, cuando las renuncias o transacciones se refieren a derechos inderogables, como en las cuatro primeras teorías explicadas, no es necesaria la demostración de un vicio del consentimiento sino que basta la naturaleza inderogable del derecho renunciado o transigido. (348)

Por el contrario, de aceptarse la teoría del vicio del consentimiento, en la eventualidad de no existir un vicio de tal naturaleza podría renunciarse a un derecho laboral. En efecto, Plá precisa que las normas que buscan primordialmente eliminar la superioridad económica o jerárquica del empleador no impiden una manifestación contraria de la voluntad de las partes contratantes, "si dicha voluntad se forma y declara en circunstancias y por actos inequívocos de libertad y equivalencia de las dos voluntades concurrentes". (349)

Sin embargo, aun en esta hipótesis la validez jurídica de la renuncia puede depender de la naturaleza del bien jurídico protegido, y no de la "voluntad real" del trabajador, por tratarse de un bien jurídico retirado de la disponibilidad de su propio titular. (350)

(348) PERETTI GRIVA, citado por PLA, op. cit., pp. 86 y 87.
(349) PLA, op. cit., p. 89.
(350) Ibídem.

Sobre el particular, Barassi dice que la inderogabilidad supone que el fin de la norma sea la protección de un interés no exclusivo de uno de los contrayentes, ya se trate de un interés colectivo o de tal importancia que sustraiga al contratante protegido del riesgo de verse sometido a una fuerte presión del empresario en sentido derogatorio. (351)

Las normas "protectoras" pueden tener como objetivo a la persona humana, como el caso de la obligación de determinar en el contrato de trabajo el lugar o recinto donde se prestará el trabajo; el interés de terceros, como en el caso de las normas de protección de la maternidad y, finalmente, encontramos normas que tutelan los intereses de la colectividad, como por ejemplo aquellas que obligan a mantener un número de trabajadores nacionales o mutilados. (352)

Lo anterior nos conduce a la conclusión de que el fundamento final de la irrenunciabilidad dependerá del bien jurídico prioritariamente protegido por la norma irrenunciable: la voluntad real de las partes contratantes o, por el contrario, la protección de la persona humana, el interés de terceros o el de la colectividad.

27.3 Su alcance.

El principio de irrenunciabilidad prohíbe toda clase de actos que tengan por objeto disponer de los derechos laborales. Se trata de la renuncia y de cualquier otro negocio jurídico que pueda implicar una renuncia, como es el caso de la transacción, novación y conciliación. (353).

(351) BARASSI, LUDOVICO, op. cit., t. 1, pp. 105 y 106.
(352) PLA, op. cit., p. 90.
(353) GHEZZI Y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, pp. 332-333.

En cuanto a la transacción (354) debemos distinguir para ver si encubre o no una renuncia. La transacción es un acto jurídico bilateral por el cual, mediante concesiones recíprocas, las partes extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (355). Para que no signifique una renuncia de derechos laborales debe reunir, a lo menos, dos requisitos:

a) Debe haber incerteza respecto de los derechos y obligaciones en disputa.

b) La controversia debe ser extinguida mediante concesiones recíprocas. (356)

Si al transar no se tenía certeza respecto del derecho, o era difícil su prueba, no estamos frente a una de las renuncias prohibidas por el derecho del trabajo, ya que no existe seguridad en cuanto al derecho alegado (357). Por el contrario, si se transa para evitar un juicio prolongado, o para obtener beneficios inmediatos, se ha violentado el principio de irrenunciabilidad. (358)

En cuanto a la conciliación, si bien ésta siempre implica una transacción, se diferencia ya que interviene un tercero en el acuerdo (359).

(354) La transacción según el artículo 2.446 de nuestro C.C., "es un contrato en que las partes se hacen recíprocas concesiones con el objeto de evitar una litis o de poner término a ella, siendo entonces extrajudicial o judicial".

(355) RUPRECHT, op. cit., p. 51.

(356) SUSSEKIND, citado por RUPRECHT, op. cit., p. 51, señala cuatro requisitos para la transacción: 1) Se trate de dos personas vinculadas entre sí mediante una relación jurídica de la cual derivan derechos y obligaciones. 2) Debe no haber certeza respecto de los derechos y obligaciones en disputa. 3) La duda debe referirse a derechos patrimoniales, o sea, derechos incorporados al patrimonio de una de las partes. 4) La controversia debe ser extinguida mediante concesiones recíprocas.

(357) RUPRECHT, op. cit., p. 53.

(358) Ibídem.

(359) RUPRECHT, op. cit., p. 54.

A su respecto, son aplicables los comentarios hechos sobre la transacción.

Debemos plantearnos si este principio sólo abarca los aspectos jurídicos o también a las situaciones de hecho, que suele ser lo más común. Plá opina que en ambos casos debe aplicarse la irrenunciabilidad ya que en todo problema laboral hay cuestiones de hecho y por esta vía podría llegar a desnaturalizarse la prohibición de renunciar. (360)

Por el contrario, Ruprecht explica que es válida la renuncia acerca de situaciones de hecho, salvo que adolezca de un vicio del consentimiento (361). En principio, concordamos con este criterio, sin perjuicio de que deba analizarse cada caso a fin de tutelar de que no se esté renunciando a un derecho.

La renuncia debe ser expresa y, por ende, no puede ser tácita. La renuncia no puede presumirse (362), y la doctrina exige que sea "tan clara que no deje lugar a dudas". (363)

Por otra parte, el no ejercicio de un derecho no constituye una renuncia tácita, sin perjuicio de que en la práctica puedan llegar a equipararse. (364)

La renuncia puede ser propia e impropia (365). La primera implica que se abandona o hace dejación de los derechos de que se es titular.

(360) PLA, op. cit., p. 100.

(361) RUPRECHT, op. cit., p. 61.

(362) CAMERLYNCK y LYON-CAEN, op. cit., p. 111.

(363) PLA, op. cit., pp. 100 y 101.

(364) PLA, op. cit., p. 101.

(365) ALONSO GARCIA cita en esta parte a DIEZ-PICAZO, op. cit., *La autonomía de...*, pp. 151-153.

La segunda se refiere a cuando se rechaza o impide la entrada de un derecho en el patrimonio de un sujeto, el cual, sin esta declaración de voluntad ingresaría normalmente. La renuncia impropia implica un acto de autonomía, de determinación del contenido de una relación jurídica. Ambas, la renuncia propia y la impropia o anticipada, están prohibidas en el derecho laboral.

En cuanto a la renuncia durante el contrato o con posterioridad a él, debemos aclarar que el derecho del trabajo niega rotundamente la posibilidad de renunciar a un derecho laboral antes y durante la vigencia de la relación laboral (366). Por el contrario, se discute la admisibilidad de la renuncia posterior a su vigencia. La solución de esta controversia dependerá del fundamento que se reconozca a la irrenunciabilidad. (367)

Para parte de la doctrina, la irrenunciabilidad sigue vigente incluso cuando la relación laboral ha terminado, por estimarse que continúa el desequilibrio socioeconómico entre el empleador y su ex trabajador (368). Otros autores sostienen que la irrenunciabilidad no es aplicable una vez terminado el contrato de trabajo.

Los actos que atenten contra el principio de irrenunciabilidad son nulos. (369)

Respecto de si el principio de irrenunciabilidad también beneficia al empleador, se ha distinguido (370) entre inderogabilidad absoluta y relativa de las normas laborales. La primera implica que la norma laboral no puede ser derogada en ningún sentido, ni in pejus ni in

(366) GHEZZI Y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, pp. 332-333.
(367) PLA, op. cit., p. 103.
(368) GHEZZI Y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 333, y RUPRECHT, op. cit., p. 61.
(369) RUPRECHT, op. cit., p. 62.
(370) PLA, op. cit., p. 113.

melius. La segunda significa que la norma no puede ser derogada para disminuir los derechos del trabajador, pero nada impide aumentar su protección. Esta distinción es análoga a la explicada en los párrafos 23.2 y 26, que diferencia entre normas de derecho necesario absoluto y derecho necesario relativo.

Habitualmente las normas laborales son de inderogabilidad relativa o de derecho necesario relativo, toda vez que establecen mínimos de protección y no hay inconveniente en que dicha protección se mejore. De hecho una de las características del orden público laboral es su "unilateralidad" (371). Para la mayoría de las normas del derecho laboral, la irrenunciabilidad alcanza al trabajador, no así al empleador. La renuncia en vez de operar en ambas direcciones sólo procede, en materia laboral, en una sola, a favor del trabajador. (372)

Excepcionalmente, algunas normas laborales son de inderogabilidad absoluta o de derecho necesario absoluto, lo cual significa que no pueden ser modificadas en ningún sentido, pero en este caso no estamos frente a un beneficio mínimo a favor del empleador, o a un derecho irrenunciable en su favor, sino que, por razones de interés general, al Estado le interesa el cumplimiento de la norma tal cual fue legislada (373). Salvo este pequeño grupo de preceptos, que por su carácter excepcional requieren texto expreso, las demás normas laborales pueden ser mejoradas en favor de los trabajadores. Reiteramos que no se trata propiamente tal de una renuncia de derechos del empleador, ya que no se establecen para él beneficios a los cuales se renuncia, sino simplemente un grupo de obligaciones mínimas que, por el carácter de tales, pueden ser mejoradas o ampliadas si así se acuerda. (374)

(371) Ver párrafo 23.2.
(372) RUPRECHT, op. cit., p. 50.
(373) PLA, op. cit., p. 114.
(374) Ibídem.

En esta materia, la Corte Suprema de nuestro país aplicó la irrenunciabilidad a favor del empleador (375). No concordamos con el fundamento de la Corte, que precisó que el principio de irrenunciabilidad también rige para el empleador, ya que la irrenunciabilidad ha sido establecida para los trabajadores y sólo muy excepcionalmente determinados preceptos laborales no pueden ser derogados en sentido alguno –in pejus o in melius–, caso en el cual, como ya explicamos, no se trata de irrenunciabilidad a favor del empleador.

En cuanto a la posibilidad de admitir la renuncia de los derechos de un instrumento colectivo, debemos manifestarnos por la negativa, ya que en caso contrario el contrato colectivo no tendría efecto colectivo ni normativo, y sería un "contrato colectivo de derecho común" (376), afectándose gravemente el orden público laboral.

Debemos analizar si es posible aplicar el principio de irrenunciabilidad a las "mejores condiciones" que se hayan pactado en un contrato individual por sobre las establecidas en los mínimos legales. (377)

La opinión mayoritaria sobre la materia es que dichas estipulaciones son renunciables (378). Sin embargo, Adrian Goldin precisa que si estos acuerdos implican un menoscabo del "nivel de beneficio" (379), o sea se produce un perjuicio para el trabajador (porque

(375) Caso de un alto ejecutivo bancario al cual se le reconoció en el contrato fuero de inamovilidad en circunstancias que su cargo era de exclusiva confianza del empleador. La Corte estimó nula la cláusula por infringir la irrenunciabilidad.
En otros fallos la Corte permitió que dicho tipo de funcionarios de confianza estipularan plazos más largos que los permitidos por ley, como forma de crear su propia inamovilidad. La Corte fundamentó su decisión en estimar que son trabajadores que están al margen de las disposiciones que amparan a los trabajadores.

(376) Respecto del contrato colectivo de derecho común, ver párrafo 10.

(377) ADRIAN O. GOLDIN, *Contrato de trabajo y renuncia de derechos*, p. 15.

(378) GOLDIN, op. cit., pp. 50-51. Consultar, además, PERA, op. cit., p. 249.

(379) GOLDIN, op. cit., p. 51. Sobre el nivel de beneficio, ver la p. 23 del libro de este autor.

podría no existir perjuicio si se renuncia a algunos derechos a cambio de otros), dicho acuerdo debe "presumirse viciado" por fuerza o intimidación. (380)

Esta presunción cambia el cargo de la prueba. Sin embargo, el empleador no debe probar que no hubo intimidación o fuerza, lo cual sería de difícil demostración en la práctica, sino sólo que ha hecho uso funcional y regular de sus prerrogativas y derechos (381), y que el acto in pejus respondió a la finalidad de asegurar la supervivencia misma de la empresa o del contrato de trabajo, amenazado por hechos económicos adversos e imponderables. Concordamos con esta postura, porque sería muy difícil para el empleador demostrar que no hubo fuerza o intimidación y, por otra parte, no se trata de mínimos legales, sino de mejores beneficios libremente pactados, por lo cual, creemos que el trabajador queda a resguardo con la referida presunción.

En esta materia, es pertinente citar un interesante fallo de los Tribunales de Justicia, que anuló contratos de trabajo que modificaban los anteriormente vigentes y donde se eliminaba una cláusula indemnizatoria bajo amenaza de despido. Dicha sentencia precisó que "es un hecho que la gran mayoría de los trabajadores sólo dispone del producto de su labor para el mantenimiento de sí mismos y de su familia", agregando que "desde tal punto de vista, la pérdida del empleo produce un gran daño al dependiente, pues se ven expuestos él y su familia al gravísimo mal de no contar con la única fuente de ingreso para la subsistencia, todo ello agravado con la dificultad que tiene para conseguir un nuevo trabajo". Hicieron presente además que "la presión que se ejerce sobre un trabajador para obligarlo a renunciar a un beneficio contractual –como es una indemnización especial por antigüedad– bajo amenaza de despido, es ilegítima

(380) GOLDIN habla también de lesión del acto por estado de necesidad, pero creemos que no es aplicable a la luz de la legislación chilena existente.

(381) GOLDIN, op cit., p. 51.

porque le priva de un derecho libremente pactado, y es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, ya que en las actuales circunstancias existe cesantía y no es fácil encontrar trabajo, independiente ello de la edad, sexo o condición de las personas. En consecuencia, la referida presión constituye el vicio de fuerza suficiente para invalidar el consentimiento, en los términos del art. 1456 del Código Civil". (382)

27.4 La irrenunciabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código de 1931 (383) disponía en su artículo 665 que: "los derechos otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables". Esta norma impedía la renuncia anticipada de los derechos y beneficios consagrados a favor del asalariado, lo cual no obstaba para que una vez terminado los servicios se pudieran celebrar convenios que digan relación con ellos. (384)

La Corte Suprema en sentencia de 27 de junio de 1939 expresó que los derechos eran irrenunciables al suscribir el contrato y durante su vigencia, pero no una vez terminada la vigencia del contrato (385). Además se entendió que la irrenunciabilidad comprendía no sólo los derechos del Código sino también los de las demás leyes laborales. (386)

(382) *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 77, 1980, segunda parte, sección tercera, pp. 60-63. El 10 de julio de 1980 la Corte Suprema rechazó el recurso de queja y mantuvo la sentencia de la Corte del Trabajo de Santiago, la cual confirmó la sentencia del juez de la causa. Aunque muchas normas han cambiado, el fondo de la decisión, la doctrina del fallo, son plenamente aplicables al Código del Trabajo de 1994.

(383) Decreto con fuerza de ley N° 178, de 13 de mayo de 1931. Primer Código del Trabajo.

(384) GAETE BERRÍIOS, op. cit., p. 15.

(385) Ibídem.

(386) Debemos hacer presente que, durante la vigencia del decreto ley N° 2.200, la ley N° 18.018, del 14 de agosto de 1981, modificó los artículos 16 y 54 del mismo, dando validez a las indemnizaciones por años de servicios y gratificaciones convencionales de cualquier monto. Esto llevó a abusos que obligaron al legislador de la época a consagrar de nuevo la irrenunciablidad, en la ley N° 18.372, de 17 de diciembre de 1984.

En Chile, actualmente, el principio general para el derecho común lo establece el artículo 12 del C.C. que dispone que "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".

A su vez, el artículo 5° del C. del T. estatuye que "los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo". Este precepto responde a la tesis del vicio del consentimiento como fundamento de la irrenunciabilidad.

Por otra parte, el artículo 58 inciso final del C. del T. recoge el principio de irrenunciabilidad, al prohibir al empleador deducir, compensar o retener suma alguna de las remuneraciones por deudas que el trabajador pudiere tener con el empleador por ciertas especies que allí se mencionan.

El artículo 195 inciso tercero del C.T. establece la irrenunciabilidad del derecho a pre y post natal, y del derecho a permiso del padre en el caso que indica. Asimismo, el art. 206 inciso final del C. del T., estatuye respecto del derecho de la madre para dar alimento a sus hijos en dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, el cual se considera como efectivamente trabajado para efectos del pago del sueldo, que el "derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna".

Se ha comentado que el mencionado artículo 5° prohíbe sólo la renuncia y habría que extender su concepto propio de acto unilateral, a cualquier otro en que el trabajador hiciere disposición de su derecho. (387)

Postulamos que, interpretando armónicamente las normas existentes sobre la materia, específicamente los artículos 12 del C.C. y 5° del

(387) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 435.

C. del T., no puede renunciarse ni transarse un derecho laboral en nuestro país, en cualquiera de las siguientes situaciones:

1° Al celebrarse el contrato de trabajo y durante su vigencia, por estar prohibida su renuncia al tenor del mencionado artículo 5° del C. del T.

2° Cuando el contrato de trabajo haya expirado, y el derecho laboral que desea renunciarse tutele el interés de terceros o de la colectividad, según lo establecido en el citado artículo 12 del C.C. Las implicancias constitucionales de esta situación las desarrollaremos en el párrafo siguiente.

Por el contrario, sí podrá renunciarse una vez finalizada la relación laboral, como lo expresa el citado artículo 5° del C. del T., cuando el derecho que se renuncie mire sólo el interés particular del renunciante.

En nuestro país la renuncia posterior a la vigencia del contrato puede constar en un finiquito (388) que reúna los requisitos del artículo 177 del C. del T., esto es:

1° Debe constar por escrito.

2° Es necesario que sea firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado del personal o sindical respectivos, o que sea ratificado por el trabajador ante alguno

(388) THAYER y NOVOA, en op. cit., t. 2, p. 451, definen el finiquito como: "Instrumento emanado y suscrito por las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, con motivo de la terminación de la relación de trabajo, en el que deja constancia del cabal cumplimiento que cada una de ellas ha dado a las obligaciones emanadas del contrato, sin perjuicio de las excepciones o reservas con que alguna de las partes lo hubiere suscrito, con conocimiento de la otra". Agregan que se trata generalmente de una convención con carácter transaccional.

de los siguientes ministros de fe: el inspector del trabajo, un notario público de la localidad, el oficial del registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente.

La renuncia podrá constar en el finiquito y podrá producirse además en las instancias de conciliación contempladas en los preceptos procesales del trabajo. (389)

En cuanto a la posibilidad de renunciar a los derechos de un instrumento colectivo, debemos expresar nuestra negativa al respecto, por el efecto jurídico de dichos instrumentos colectivos establecido en nuestro ordenamiento laboral por los artículos 311, 348 y 346 del C. del T.

27.5 Renunciabilidad una vez terminado el contrato de trabajo. Problemas constitucionales.

Es necesario analizar la situación que se suscita cuando la renuncia posterior a la vigencia del contrato de trabajo afecta un bien jurídico laboral establecido a nivel constitucional, como es el caso, por ejemplo, de la protección de la maternidad, consagrada en el art. 19, N° 1° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, que dispone que la ley protege la vida del que está por nacer.

El problema no se plantea si el contrato está vigente, ya que se aplica la irrenunciabilidad expresamente establecida en el art. 5° del C. del T.

En esta materia, opinamos que las normas laborales que regulen o complementen un bien jurídico laboral establecido a nivel constitu-

(389) Arts. 442 y ss.; 459 a) y c) del C. del T.

cional, siempre y cuando dicho bien jurídico haya sido establecido en directo interés de terceros o de la colectividad, no son renunciables en cualquier época, por las siguientes razones:

1° Por aplicación de las normas generales, artículo 12 del C.C., toda vez que las garantías constitucionales se establecen en interés de los individuos y también del bien común y de la sociedad toda.

2° Porque los preceptos legales que autorizaran dicha renuncia podrían afectar las garantías constitucionales de que se trate, en su esencia, transgrediendo lo dispuesto en el art. 19, N° 26, de nuestra Ley Fundamental. (390)

Finalmente, es necesario precisar cuáles son los bienes jurídicos constitucionales de naturaleza o implicancia laboral establecidos en directo interés de terceros o de la colectividad, irrenunciables inclusive una vez terminado el contrato de trabajo:

a) Los relativos al derecho a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 N° 1 inciso primero de la Constitución Política, cuya proyección trascienda el mero ámbito individual del sujeto. En este caso se encuentran las normas relativas a la capacidad y protección de los trabajadores, artículos 13 y ss. y 184 y ss. del C. del T.

b) Los referentes a la protección de la vida del que está por nacer, artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, complementado por los artículos 194 y ss. del C. del T.

(390) A similar conclusión llegan GHEZZI y ROMAGNOLI respecto del derecho laboral italiano, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 335, declarando que las renuncias o transacciones relativas a situaciones subjetivas constitucionalmente protegidas, son nulas de pleno derecho.

c) Aquéllos relacionados con la libertad de trabajo y su protección (391), en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, y cuyo fundamento diga relación con la protección de intereses de terceros o de la colectividad. En esta situación se encuentran las normas de protección que inciden en el tiempo libre del trabajador, en la cautela de su capacidad de trabajo y en la suficiencia de su remuneración, todas las cuales protegen además a la familia en cuanto núcleo básico de la sociedad, dependiente de los ingresos del trabajador y que requiere del tiempo libre de los adultos trabajadores para efectos afectivos, formativos, de convivencia y calidad de vida. Se trata de los preceptos laborales sobre jornada de trabajo, artículos 21 y ss. del C. del T., sobre ingreso mínimo en el artículo 44 inciso tercero del Código y leyes especiales, y sobre feriado, artículos 66 y ss. del mismo texto legal.

28. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA RELACION

El derecho laboral trata de que las relaciones laborales sean estables. Giugni dice que se ha concebido al contrato de trabajo como una relación jurídica indefinida, estable y de larga duración, de jornada completa, de forma tal que implique una carrera del trabajador dentro de la empresa, para lo cual se ha tutelado la continuidad de la relación laboral, protegiéndola de rupturas e interrupciones y limitando las facultades del empleador de ponerle término. (392)

Esta concepción del contrato de trabajo no fue la concebida en sus orígenes, donde el trabajador entregaba sus energías laborativas a tiempo parcial y en cantidad variable, según la demanda del empleador. (393)

(391) Ver párrafo 7.3.1.

(392) GINO GIUGNI, op. cit., *Lavoro,leggi...*, p. 307.

(393) GIUGNI, op. cit., en nota anterior, pp. 307 y 308.

Aunque la continuidad se podría lograr por cualquiera de estas tres vías (394): estipulación de contratos a largo plazo, sucesión de contratos a plazo breve, y contratos indefinidos, sólo esta última situación ha sido idónea. En efecto, se ha rechazado la pactación de contratos de largo plazo por el peligro de que sea tan largo que abarque la vida entera de un hombre medio, y se convierten en una suerte de contrato de esclavitud para el trabajador.

Por otra parte, la renovación indefinida de contratos a plazo breve es muy poco usual y el sistema más difundido es el contrato a tiempo indeterminado (395). Este sistema, además, da más confianza al trabajador en cuanto a la continuidad y estabilidad de la relación laboral.

El contrato de trabajo de jornada completa y duración indefinida es el contrato laboral "típico". Cualquier otro tipo de contrato laboral es "atípico o precario", como ocurre con los contratos a plazo, por obra, a jornada parcial, etc.

El contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo cual la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de ciertos actos sino que dura en el tiempo.

Todo lo que tienda a la conservación de la fuente de trabajo beneficia al trabajador, al darle seguridad, e implica también un beneficio para la empresa y la sociedad, al mejorar el rendimiento y el clima social de las relaciones laborales. (396)

Se habla de principio de "continuidad", "permanencia" o "estabilidad". El principio general del derecho privado de "conservación del negocio", para que surta todos sus efectos, queridos por las partes y por el ordenamiento jurídico, tiene en el derecho laboral una especial intensidad (397). En Chile podemos citar como ejemplo de este principio general el artículo 1562 de nuestro C.C. que establece que: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno".

(394) BARASSI, LUDOVICO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 2, p. 210.
(395) Ibídem.
(396) BARASSI, op. cit., t. 2, p. 211.

El principio de continuidad se encuentra estatuido a favor del trabajador y, por ende, puede no ser invocado ni ejercido por éste si así lo prefiere. Esta situación no plantea problemas respecto de la irrenunciabilidad, toda vez que, de no ser así, nos encontraríamos ante un contrato de trabajo de por vida, que el legislador no ha querido. (398)

Este principio se proyecta en tres ámbitos distintos del contrato de trabajo, 1) en su tipología; 2) en su ejecución, a) respecto de sus modificaciones, b) en cuanto a la sustitución de empleador, y c) en el caso de transformación de la empresa; y 3) en el término de la relación laboral, a) en cuanto a la permanencia del contrato a pesar de sus incumplimientos y nulidades, b) respecto de la rescisión del contrato por voluntad patronal, y c) en el caso de las interrupciones del contrato, las cuales se interpretan como suspensiones.

Analicemos estas hipótesis:

1) En su tipología:

El derecho del trabajo tiene una clara preferencia por los contratos de duración indeterminada.

Las razones que lo justifican son de variada índole: generalmente duran más; da derecho a indemnización por años de servicios, y los contratos de duración "determinada", paradójicamente, obligan más

(397) ALONSO OLEA, citado por PLA, op. cit., p. 154.
(398) PLA, op. cit., p. 154.

al trabajador que el de duración indeterminada. En efecto, el plazo contractual obliga efectivamente a ambas partes.

Un contrato de trabajo de duración "determinada" es aquel que prevé expresamente que sólo durará un cierto tiempo, y, por ende, no implica necesariamente que éste sea a plazo, puede ser por obra o servicio determinado o sujeto a condición. (399)

Además, existe la convicción más o menos arraigada y generalizada de que debe ser la duración real del trabajo y no la voluntad de las partes, la que determine la extensión en el tiempo del contrato. (400)

El contrato a tiempo indeterminado no constituye un contrato vitalicio, sino un convenio en el cual no se fija su término, pero que puede cesar en cualquier momento por renuncia del trabajador. Dentro de las consecuencias prácticas debemos decir que si nada se dice, se entiende que el contrato es indefinido. Lo contrario debe estipularse expresamente, debe ser la excepción. En los casos dudosos debe preferirse la duración indefinida.

Una consecuencia práctica, expresamente recogida en Chile, es la conversión automática del contrato de duración determinada, en caso de que se extienda más allá de lo previsto, en indefinido, según lo dispone el artículo 159 N° 4 del C. del T. en su inciso final.

Otra consecuencia se produce al vencer el período de prueba, si no se expresa voluntad resolutoria, caso en el cual el contrato se convierte en indefinido (401). En nuestro país este tipo de contrato a prueba no existe como contrato especial, salvo en el caso del artículo

(399) PLA, op. cit., p. 158.
(400) PLA, op. cit., p. 159.
(401) PLA, op. cit., p. 161.

147, respecto del contrato de trabajadores de casa particular, donde las dos primeras semanas se "estimarán como período de prueba", entendiéndose que una vez finalizado dicho período el contrato pasa a ser indefinido.

Nuestra legislación contempla un contrato especial denominado de aprendizaje, cuyo plazo máximo de duración es de dos años según lo dispone el artículo 84 del C. del T. ¿Qué ocurre si este contrato se prolonga más allá del plazo establecido? Por aplicación de este principio creemos que pasaría a ser indefinido. Asimismo, debemos tener presente que el contrato de trabajo es consensual y por lo tanto si su ejecución continúa existiría una cláusula tácita (402) que lo convierte en indefinido.

Para el derecho laboral, una sucesión ininterrumpida de contratos de duración determinada se suele mirar como un contrato de duración indefinida. Aquí nuestro legislador fue más allá al contemplar, en el artículo 159 N° 4, inciso segundo, que la sucesión de contratos a plazo no debe ser necesariamente ininterrumpida. Antes de la vigencia de esta norma (403) la jurisprudencia había determinado que si mediaba un plazo breve, entre contratos a plazo, debía entenderse que la intención de las partes era celebrar un contrato continuo. (404)

La jurisprudencia ha señalado sobre esta materia que "el finiquito no tiene el mérito de poner término al contrato de trabajo, si de hechos posteriores a su firma se desprende de modo inequívoco que no ha sido la intención de las partes interrumpir o terminar el vínculo laboral, celebrándose entre las mismas partes un nuevo contrato con

(402) Ver párrafo 29.
(403) Incorporada por la ley N° 19.010, de 1990.
(404) Fallo citado por FARREN PAREDES, *Terminación del Contrato de Trabajo*, pp. 9 y 10. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda el 6 de marzo de 1986.

vigencia indefinida a contar del día siguiente del término del anterior". (405)

Por el contrario, no es posible convertir un contrato indeterminado en uno de duración determinada, situación que se asimila a poner fin al primer contrato. Sobre este punto, la Corte Suprema ha tenido otro criterio (406) al expresar que: "nada impide que las partes de un contrato de trabajo que se ha estipulado por término indefinido, puedan convenir, con posterioridad, que la relación laboral estará sujeta a un plazo fijo, desde que en ningún cuerpo legal existe una norma que prohiba dicho tipo de acuerdo".

Por otra parte, el contrato por obra o servicio determinado, en nuestro país, sólo se contempla tangencialmente en disposiciones aisladas del C. del T.: artículos 159 N° 5 y 305 N° 1.

Sin embargo, existe abundante jurisprudencia administrativa sobre el contrato por obra o servicio determinado. La Dirección del Trabajo ha dictaminado que no es procedente transformar en indefinido el contrato por obra o faena determinada aun cuando exceda de un año de duración, ya que dicha transformación opera en el contrato a plazo que tiene otra naturaleza. (407)

Sobre esta materia creemos que no se trata de un problema de "naturaleza" de estos contratos, debido a que el principio de continuidad opera tanto en estos contratos como también en los a plazo y, por

(405) Fallo citado por FARREN PAREDES, op. cit., p. 9. Se trata de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de 17 de abril de 1986.

(406) Corte Suprema, 25/8/81, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1981, tomo 1, sección 3ª, p. 83.

(407) Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4.293 de 18/6/91.

ende, opinamos que la transformación procede si ha cesado la obra y el trabajador continúa prestando servicios.

Otro dictamen estableció que un contrato por obra o faena determinada, debía ser calificado como de plazo indeterminado, ya que no se encontraba prefijada la fecha del término del mismo, sino que ésta dependía de la duración de la obra para la cual fue contratado el dependiente. Esta jurisprudencia precisó que al suscribirse el contrato debe establecerse en forma precisa la faena a realizar, de forma que sea claro para ambas partes determinar el momento de conclusión del trabajo o servicio que le dio origen, agregando que es el empleador, en cada caso particular, quien decide si la faena o servicio ha llegado a su término, sin perjuicio del derecho de reclamo del trabajador. (408)

La Dirección del Trabajo señaló que lo que caracteriza esencialmente a un contrato por obra o faena, es que las partes al momento de suscribirlo convienen de antemano su duración, no teniendo las mismas, sin embargo, certeza respecto del día en que dicha obra o faena va a concluir ni tampoco, la fecha cierta del término del respectivo contrato. (409)

2) *En la ejecución del contrato de trabajo:*

El principio en comento se expresa en cuanto a la amplitud para la admisión de transformaciones del contrato de trabajo, así como en el caso de sustitución de empleador o de transformación de la empresa, situaciones en que el contrato se prolonga.

a) Respecto de la amplitud para admitir modificaciones del contrato, debemos decir que el contrato de trabajo es un contrato diná-

(408) Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 5.379 de 5/10/93.

(409) Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2.798 de 5/5/95.

mico, toda vez que a lo largo de su existencia va sufriendo constantes transformaciones. (410)

De la Cueva (411) explica que: "El juego de las diferentes fuentes del derecho del trabajo hará que se vaya modificando el contenido de la relación individual y bien puede suceder que, con el tiempo, nada subsista de las primitivas condiciones de trabajo".

Las múltiples modificaciones del contrato de trabajo es lo que se ha denominado novaciones objetivas, reservando el nombre de novaciones subjetivas para el caso de sustituciones de sujetos, esto es del empleador, ya que el trabajador es insustituible por el carácter personalísimo de la prestación. (412)

En nuestro derecho, el artículo 11 del C. del T. se refiere a las modificaciones del contrato de trabajo.

En materia civil para que haya novación debe existir una diferencia fundamental entre la obligación que se extingue y la que la reemplaza, ellas han de ser substancialmente distintas, variando uno de los elementos esenciales de la obligación, como los sujetos de la misma, el objeto o la prestación que se debe, y no uno meramente accidental, como ocurre cuando un tercero afianza una obligación ya constituida, o si la obligación pasa a devengar intereses, o aumenta el plazo de su vencimiento.

En materia laboral la novación supone el cambio de las obligaciones centrales emanadas del contrato de trabajo, se refiere al contenido de dichas obligaciones más que a su esencia o número, y consiste en "la modificación de aquellas condiciones principales del contrato que constituyen su objeto, con permanencia inmutable del vínculo causal de la obligación contractual". (413)

(410) PLA, op. cit., p. 166.
(411) Citado por PLA, op. cit., pp. 166 y 167.
(412) PLA, op. cit., p. 167.

Lo que caracteriza a este tipo especial de novación es el hecho de que las modificaciones del contrato de trabajo no inciden en la relación de trabajo, que continúa sin interrupciones. (414)

La novación objetiva a la que hacemos referencia es distinta del "jus variandi" (415) en dos aspectos:

i) La novación objetiva supone el acuerdo de ambas partes, el jus variandi, por el contrario, es una facultad unilateral del empleador.

ii) La novación objetiva está referida a las condiciones principales que constituyen el objeto del propio contrato, esto es, a sus prestaciones esenciales y básicas. En cambio, el jus variandi se refiere a aspectos accesorios o secundarios del contrato. Esta última característica no se cumple en Chile, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del C. del T.

La novación objetiva inclusive puede ser tácita. (416)

A diferencia del derecho civil y por la dinámica del contrato de trabajo, nadie piensa en el efecto extintivo de la novación, sino en la circunstancia de hecho de la continuación de los servicios. Los autores concuerdan en que el contrato de trabajo permite una serie de pactos adicionales modificativos o no-

(413) CABRERA BAZAN, citado por PLA, op. cit., p. 168.
(414) DEVEALI, MARIO, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, p. 188.
(415) PLA, op. cit., p. 168, dice que el jus variandi es: "facultad patronal, derivada de su poder de dirección, de ir alternado las modalidades de prestación de los servicios".
(416) En Chile es interesante la jurisprudencia sobre cláusulas tácitas. Ver párrafo 29.

vatorios, expresos y tácitos, que no perjudican su existencia y vigencia. La extinción del contrato es excepcional (417). Sólo en casos muy especiales, la novación es extintiva en materia laboral, cuando las partes dejan constancia expresa de su voluntad a este respecto, por tratarse de un nuevo pacto de naturaleza distinta, y siempre y cuando no se trate de un acuerdo abusivo o fraudulento. (418)

b) Respecto de la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador, la continuidad de la relación de trabajo se expresa en la tendencia a la inmunidad de la relación laboral respecto de las vicisitudes que afecten al empleador, como la muerte, e, inclusive, ante la empresa considerada autónomamente como un complejo organizado de bienes y de actividades. (419)

El contrato de trabajo puede sufrir novaciones subjetivas, las cuales no pueden referirse al trabajador por el carácter personalísimo de su prestación. Se trata de novación por cambio de empleador, lo cual no supone el término del contrato de trabajo, ya que éste es *intuitu personae* sólo respecto del trabajador. El empleador siempre tiene en cuenta la persona del trabajador para contratarlo, mientras que, al revés, casi nunca el trabajador considera la persona del empleador para contratarse. (420)

Excepcionalmente el contrato de trabajo puede ser intuitu personae respecto del empleador, cuando el trabajador tuvo en cuenta la persona del empleador para celebrar el contrato, por tratarse de una actividad íntimamente ligada o conexa con la vida

(417) PLA, op. cit., p. 169, menciona a ALONSO OLEA y RIVERO LAMAS.

(418) MONTOYA MELGAR, op. cit., pp. 376 y 377.

(419) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 316.

(420) PLA, op. cit., p. 206, explica que algunos autores minoritarios han sostenido que el contrato de trabajo es también intuitu personae para el empleador.

del mismo, que no puede ser continuada por sus herederos, como en el caso del secretario de un político o del ayudante de un profesional liberal. (421)

En Chile el artículo 4° inciso segundo del C. del T. establece que: "Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran 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 el o los nuevos empleadores".

Por lo tanto, las modificaciones totales o parciales del dominio, posesión o mera tenencia no alterarán:

- Los derechos y obligaciones individuales y colectivos.
- La antigüedad del trabajador.
- El reglamento interno de la empresa.
- Las organizaciones sindicales.
- Los delegados sindicales y los delegados de personal. (422)

Nuestro derecho ha estatuido la "despersonalización del empleador" (423). Para el nuevo empleador existirá un "contrato obligado", sin embargo, este nuevo sujeto no asume el pago de prestaciones y beneficios adeudados por el anterior empleador. (424)

(421) PLA, op. cit., p. 206.

(422) THAYER y NOVOA, op. cit., t. 2, pp. 113 y 114.

(423) DEVEALI, citado por THAYER y NOVOA, op. cit., t. 2, p. 114.

(424) THAYER y NOVOA, op. cit., t. 2, p. 115.

En todo caso, el nuevo empleador o el anterior, pueden poner fin a los contratos individuales ajustándose a las normas legales existentes sobre el particular.

En esta materia la jurisprudencia administrativa ha dictaminado lo siguiente:

i) La naturaleza jurídica del empleador no desempeña rol alguno en la aplicación del inciso segundo del artículo 4°, puede ser inclusive una persona natural. (425)

ii) El nuevo dueño de la empresa no está obligado a pagar las prestaciones y beneficios que el antiguo propietario hubiere quedado adeudando a los trabajadores, a menos que se hubiere obligado a ello expresamente. (426)

iii) Los trabajadores que han sido contratados en forma inmediata al despido, sin que opere una interrupción efectiva en la prestación de los servicios, no han dejado de laborar en la empresa y conservan su calidad de trabajadores de la misma. Continúan también como socios del sindicato.

Atendido lo continuado en la prestación de los servicios, debe entenderse que el finiquito sólo ha tenido por objeto liquidar las obligaciones del empleador –antiguo– para con sus trabajadores hasta el momento de su suscripción, aun cuando la recontratación inmediata la haga otro empleador, por cuanto los cambios de dueño o razón social no producen, por el artículo 4°, el efecto jurídico de alterar los derechos de los trabajadores. (427)

(425) Dictamen de la D. del T. N° 4.083 de 19/11/81.
(426) Dictamen de la D. del T. N° 2.244 de 5/5/84.
(427) Dictamen de la D. del T. N° 4.021 de 28/6/85.

Por su parte, la jurisprudencia judicial precisó que el principio de continuidad no se aplica al caso de caducidad de una concesión que conlleva el término de la empresa que la desarrolla, a diferencia del caso de "cesión" de la concesión, situación en la que sería plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 4° del C. del T. (428)

Otros preceptos del Código, como el artículo 127, recogen expresamente este principio al disponer que "No perderán la continuidad de sus servicios aquellos oficiales o tripulantes que hubieren servido al dueño de la nave y que, por arrendamiento de ésta, pasaren a prestar servicios al arrendatario o al armador". Por su parte, el artículo 148 establece que el contrato de trabajadores de casa particular subsistirá al fallecimiento del jefe de hogar, en las condiciones que indica.

c) En el caso de transformación de la empresa, es aplicable todo lo dicho en la situación anterior sobre la sustitución de empleador. (429)

Transformación significa cualquier modificación distinta de la simple sustitución del titular y que se refiera al ordenamiento jurídico, o sea, al aspecto puramente formal de la empresa. Basta que la empresa substancialmente no cambie. (430)

Una proyección de este principio se encuentra en la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en su artículo 99, que define la fusión como "la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se

(428) Fallo de la Corte Suprema, de 20 de junio de 1989. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo LXXXVI, 1989, N° 2, sección III, p. 108.
(429) BARASSI, LUDOVICO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 3, p. 264.
(430) Ibídem.

incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados". Dentro de los derechos y obligaciones que se transmiten se encuentran los de naturaleza laboral. (431)

3) En el término de la relación laboral:

En este aspecto el principio de continuidad se proyecta en tres situaciones.

a) Facilidad para la mantención del contrato pese a los incumplimientos y nulidades: Si una cláusula es nula, la tendencia a la conservación del contrato significa que sea sustituida por otra conforme a la norma que aquella cláusula había infringido, inclusive en casos tan importantes como la fijación de la remuneración. (432)

Si el empleador incurre en infracciones, la tendencia es que el contrato permanezca, conservando el trabajador el derecho de reclamar los beneficios debidos con retroactividad (433). Tales violaciones no son capaces de extinguir el contrato ni los derechos del trabajador.

Ejemplo de lo anterior es el caso regulado en el artículo 17 del C. del T., que recoge en parte este principio al hacerle aplicable al empleador las obligaciones inherentes a un contrato nulo, mientras dure, toda vez que se contrató a un menor sin sujeción a las reglas legales. (434)

(431) FARREN PAREDES, op. cit., p. 7.

(432) PLA, op. cit., p. 170.

(433) En el caso de Chile, es necesario tener presente el tema de la prescripción, art. 480 del C. del T. Ver párrafo 33.

(434) MACCHIAVELLO, op. cit., *Derecho del...*, p. 448, opina que en este caso, si ante el I. del Trabajo se cumple la autorización requerida, la nulidad se ratifica con efecto retroactivo y se convalida con efecto futuro. En este caso NO hay un nuevo contrato, éste

b) La terminación del contrato por la sola voluntad patronal es excepcional: La estabilidad ha alejado al contrato de trabajo de los principios comunes sobre extinción de los contratos, estableciéndose causales específicas para ponerle fin. (435)

El contrato de trabajo sólo debe poder disolverse al existir un motivo justificado. En Chile el término del contrato se reglamenta en los artículos 159 y siguientes del C. del T. El artículo 161 establece la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Dicha normativa contempla en nuestro ordenamiento laboral una estabilidad relativa impropia. (436)

c) Se interpretan las interrupciones del contrato como simples suspensiones: En el contrato de trabajo hay suspensiones durante las cuales el contrato se mantiene, y las obligaciones principales no son exigibles en forma momentánea. (437)

Continuación Nota (434)

continúa, reconociendo derechos como la antigüedad respecto de beneficios que –si por ejemplo se trataba de un contrato celebrado hace sólo dos o tres meses–, aún no estaban devengados, como la indemnización por años de servicios.

(435) GHEZZI y ROMAGNOLI, op. cit., *Il Rapporto...*, p. 314.

(436) PLA, op. cit., pp. 175 y ss., dice que la estabilidad parte del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay una causa justificada. La estabilidad absoluta implica el reintegro efectivo del trabajador sin que el empleador pueda negarse. Se aplica sobre todo en el ámbito público. La estabilidad relativa implica una protección contra el despido, pero ella no logra asegurar la reincorporación efectiva del trabajador. Se habla de estabilidad propia e impropia, dentro del ámbito privado. La primera considera nulo el despido injustificado pudiendo el trabajador seguir considerándose empleado de la empresa, percibiendo salario. Esto aunque no se lo readmita. Algunos autores dicen que en este caso debe forzarse al empleador por diversas vías como: 1) régimen de astreintes, con sanciones económicas crecientes, 2) acción de daños y perjuicios si de la no prestación de servicios se derivan daños concretos para el trabajador, 3) considerar que ha operado un despido indirecto. La impropia no origina la ineficacia del despido, sino que sanciona de diversas maneras el incumplimiento contractual, como ocurre en el caso del artículo 168 del C. del T. chileno.

(437) VASQUEZ VIALARD, citado por PLA, op. cit., p. 191.

La norma laboral interviene a fin de mantener el puesto del trabajador impedido de trabajar (438), sin embargo, deben concurrir dos condiciones para este efecto:

i.- Una causa que justifique la imposibilidad de dar cumplimiento con el débito contractual.

ii.- Debe ser una situación momentánea. (439)

Entre otros, podemos citar los siguientes casos: (440)

a) Incapacitación temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional. (441)

b) Ausencia por enfermedad común. (442)

c) Permisos relacionados a la maternidad: Pre y post natal, establecido en los artículos 195 inciso primero y 200 del

(438) BARASSI, op. cit., t. 2, p. 200.

(439) VAZQUEZ VIALARD, citado por PLA, op. cit., p. 193.

(440) PLA, op. cit., pp. 195 y ss. indica otros casos: a) Privación de libertad, b) desempeño de cargo público, c) por falta de trabajo, debido a razones económicas, d) por dificultades técnicas, e) por fuerza mayor o caso fortuito, f) por razones disciplinarias.

(441) Art. 161 inc. final del C. del T. impide despedir por desahucio o necesidades de la empresa, en los casos de trabajadores que gocen con licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional.

(442) Art. 161 inc. final del C. del T. impide despedir por desahucio o necesidades de la empresa, en los casos de trabajadores que gocen con licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional. Por otra parte, el artículo 1° del decreto N° 3, de 1984, define las licencias médicas como el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por..., y los artículos 10 y 11 del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, establecen que los trabajadores con derecho a subsidio deben percibir inclusive las remuneraciones ocasionales que se indican en el mismo.

C. del T., y los demás permisos relacionados a la salud de la madre durante el embarazo, a la salud de la madre y del hijo después del nacimiento y al derecho de alimentar al hijo, en los artículos 196, 199 y 206, respectivamente.

d) Cumplimiento de obligaciones militares, regulado en el artículo 158 del C. del T.

e) Función sindical, contemplado en los artículos 249 y ss. del C. del T.

f) Permiso por razones personales, generalmente voluntario para el empleador y excepcionalmente obligatorio, en los casos de los artículos 66 y 199 bis del C. del T.

g) Suspensión por sanciones aplicadas a la empresa, como por ejemplo clausura por no dar boleta.

h) Huelga y cierre patronal, reglamentado en el artículo 377 del C. del T.

i) Por capacitación ocupacional, según lo dispone el artículo 181 del C. del T.

Finalmente, debemos referirnos a la prórroga del contrato establecida en el artículo 121 inciso segundo del Código, cuando el contrato de embarco expira en alta mar, caso en el cual la ley lo prorroga hasta la llegada de la nave al puerto que dicho precepto señala. En este caso, opinamos que no se trata de una expresión del principio de continuidad. La razón de esta norma se basa en la especial naturaleza del contrato de embarco y a la excepcional circunstancia espacio-temporal de su expiración: en alta mar.

29. EL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD

Este principio significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos. (443)

Plá indica que generalmente esta idea se relaciona con la expresión de Mario De la Cueva en el sentido de que el contrato de trabajo sería un "contrato-realidad", expresión que alude a dos situaciones distintas:

a) Que para pretender la protección del derecho del trabajo no basta el contrato sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, lo cual justifica la protección laboral aunque el contrato sea nulo o no exista. Esta es la idea básica centrada en la noción de relación de trabajo.

   Muy ligada a lo anterior estaría la precisión que vincula esta característica a la clasificación de los contratos, toda vez que el contrato de trabajo dejaría de ser consensual desde el momento en que, para surgir a la vida del derecho, no basta el simple acuerdo de voluntades. Esta primera acepción de contrato-realidad es muy discutida en la doctrina.

b) En materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales (444), principio denominado de primacía de la realidad.

   En este párrafo nos centraremos en el análisis de esta segunda idea.

(443) PLA, op. cit., p. 243.

(444) Se dice que es erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad, carecen de todo valor.

El significado de este principio es la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. En materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios e instrumentos de control. (445)

La principal manifestación de este principio se da cuando se trata de disimular a un trabajador subordinado bajo la apariencia de ser un trabajador independiente. Esto lleva a los tribunales a establecer la verdadera naturaleza de la prestación.

Sin embargo, los desajustes entre los hechos y la forma pueden tener distintas procedencias:

a) Intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real.

b) Provenir de un error.

c) Por falta de actualización de los datos.

d) Falta de cumplimiento de requisitos formales. (446)

Demostrados los hechos, no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades. ¿Significa esto que las estipulaciones contractuales carecen de valor? No, el aspecto contractual adquiere notoriamente valor para la concertación de la relación laboral (individualización y conexión de las partes) y para la determinación de las condiciones que puedan exceder el mínimo de protección de las normas laborales. Además, las estipulaciones del

(445) PLA, op. cit., p. 256.

(446) PLA cita como ejemplo el caso de un ascenso, en una empresa, donde falta la formalidad del nombramiento por el órgano de la empresa que corresponda.

contrato no son inútiles ya que ellas cuentan inicialmente con la presunción de reflejar la voluntad común de las partes y, por ende, mientras no se demuestren los hechos, vale el contrato.

La fundamentación de este principio radica en la desigualdad de las partes.

Además, en materia de contratos consensuales, siempre se ha entendido que la modificación que en la práctica va operando, en la forma de cumplimiento del contrato, revela una forma de expresión del consentimiento tácito de las partes para modificar el contenido del pacto primitivo.

Los hechos revelan la voluntad real de los contratantes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello. En nuestro país se ha desarrollado mucho la doctrina de las cláusulas tácitas del contrato de trabajo, la cual, indudablemente, es una proyección del principio de primacía de la realidad.

La jurisprudencia administrativa en forma reiterada ha sostenido la posibilidad de que el contrato de trabajo sea modificado por cláusulas tácitas. Estas se fundamentan en el carácter consensual del contrato de trabajo, lo que significa que éste puede ser modificado por el consentimiento de ambas partes. Dicho consentimiento puede ser expreso o tácito, caso este último en que obedece a una conducta permanente e invariable por parte del empleador y del trabajador, y siempre que se trate de una modificación favorable al trabajador, ya que, en caso contrario, la enmienda debe ser expresa para que no haya abusos en esta materia (447). Complementan lo anterior los artículos 1545 y 1564 inciso final del C.C. El primero dispone que

(447) Ver párrafo 27 sobre la irrenunciabilidad de derechos.

todo contrato celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su "consentimiento mutuo" o por causas legales. El segundo establece que las cláusulas de un contrato se interpretarán por la "aplicación práctica" que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.

¿Qué ocurre si los hechos no se ajustan al contrato y el trabajador pretende que se cumpla el contrato por serle más favorable? (448). En este caso debemos recordar que este principio, como todos los otros, se ha establecido en favor del trabajador. Plá dice que se trata de un desacuerdo entre el compromiso contraído y el modo cómo se ha cumplido con él, o sea, no se ha cumplido. Ante esta situación, la aplicación de este principio no puede justificar, disculpar u homologar el incumplimiento del derecho, invocando la efectividad de la infracción. La primacía de la realidad sólo sirve para elevar los niveles establecidos en el contrato respecto del trabajador. (449)

Existen muchos ejemplos de la aplicación del principio de primacía de la realidad. La jurisprudencia judicial ha expresado que este principio se encuentra consagrado en el artículo 8°, inciso primero, del C. del T., que dice: "Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo". (450)

(448) Crítica que PLA señala y es realizada por DE FERRARI. Ver PLA, op. cit., p. 268.

(449) PLA, op. cit., p. 268, dice, además, que lo lógico es que el trabajador ascienda dentro de la empresa y no al revés. Por otra parte, DE FERRARI critica argumentando que no interesa el conflicto entre las formalidades y los hechos, sino entre los hechos y el derecho. PLA replica expresando que, precisamente en virtud de la desfiguración de los hechos por medio de la ficción formal, se puede engendrar una violación del derecho.

(450) *Revista Gaceta Jurídica*, año XII, N° 81, 1987, pp. 87 y ss. Corte Apelaciones de Stgo., 30 de marzo de 1987. Existía un contrato simulado de honorarios que en el fondo era de trabajo.

En otra sentencia, que se pronunció en cuanto a la aplicabilidad del artículo 4° de la ley N° 18.476, que disponía que las contrataciones de prestaciones de servicios efectuadas a honorarios para una de las partes –el Fisco–, se encontraban conforme a derecho, se dictaminó que el trabajador despedido tenía derecho a indemnización por años de servicios ya que, sin perjuicio de la ley citada, su relación tenía naturaleza de relación laboral y no de prestación de servicios a honorarios. El tribunal expresó: "es un principio interpretativo de la Ley que ésta no puede alterar la realidad de las cosas, y que dicha realidad constituye un límite al legislador que no puede éste sobrepasar;...". (451)

30. OTROS PRINCIPIOS

El catálogo de principios de derecho laboral que hemos explicado es bastante exiguo en relación a los señalados por los diferentes autores. A continuación expondremos otros principios que, en nuestra opinión, no son principios propios del derecho del trabajo, ya sea porque se encuentran comprendidos en los ya estudiados o por tratarse de principios generales aplicables a todas las ramas del derecho.

a) Principio de la buena fe

La buena fe es un principio jurídico fundamental. El trabajador debe cumplir su contrato de buena fe, y el artículo 1546 del C.C., establece como norma general que los contratos deben cumplirse de buena fe.

La buena fe puede ser objetiva o ser subjetiva o psicológica. La primera consiste en el cumplimiento honesto y escrupuloso de las

(451) *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y *Gaceta de los Tribunales*, 1992, segunda parte, sección tercera, pp. 127 y ss. Corte de Apelaciones, confirmado por la Corte Suprema el 9 de mayo de 1992.

obligaciones contractuales. La segunda, hace referencia al error o falsa creencia. (452)

Se ha dicho que no constituye un principio propio del derecho laboral toda vez que es común a todo el derecho.

Plá (453), por el contrario, expresa que la buena fe tiene en la relación laboral un significado especial por el componente personal de este derecho. Se trata no sólo de derechos y obligaciones patrimoniales sino también personales, se trata de una relación estable y continuada que crea confianza recíproca en múltiples planos entre las partes. Opina que la buena fe que debe regir como principio del derecho laboral es la objetiva. (454)

Agrega que este principio es aplicable a ambas partes del contrato de trabajo, y se refiere a todas las obligaciones contractuales. Indica, además, que el denominado "principio del rendimiento" está comprendido en el deber general de buena fe.

No concordamos con este autor. La buena fe es trascendental en el derecho laboral, pero no creemos que constituya por ello un prin-

(452) El C.C. en su artículo 706 dispone que: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio". Por su parte, el artículo 1546 establece: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

(453) PLA, op. cit., p. 309.

(454) PLA, op. cit., pp. 310 y 311, habla de buena fe-creencia: posición de quien ignora determinados hechos y piensa, por tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie; y de buena fe-lealtad: conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. En el derecho laboral debe regir la buena fe-lealtad.

cipio propio de esta rama de tal entidad que sirva para particularizarla.

Dos proyecciones de la buena fe en materia laboral son la aplicación de la doctrina de los actos propios en el reglamento interno de la empresa (455) y la doctrina sustentada por nuestros tribunales denominada "el perdón de la causal de despido". En virtud de esta última se sostiene que el empleador renuncia a su derecho a despedir a un trabajador por falta grave, si no ha adoptado esta medida dentro de un plazo razonable, una vez enterado de la falta cometida. (456)

b) Principio del rendimiento

Consiste fundamentalmente en la afirmación de que ambas partes deben realizar el máximo esfuerzo en aumentar, acrecentar e impulsar la producción nacional, en cuanto dependa de la empresa (457). En este principio se entronca lo laboral con lo económico, y sus consecuencias son:

- El trabajador tiene la obligación de aplicar sus energías normales al cumplimiento de las tareas encomendadas.

- Cierto tipo de huelgas anómalas (458), han sido criticadas a la luz de este principio.

(455) RIVAS, op. cit., pp. 201 y ss. Ver párrafo 13.

(456) RIVAS, op. cit., p. 195. Ver también la Recomendación N° 119 de la OIT.

(457) PLA, op. cit., p. 302.

(458) Las huelgas anómalas dicen relación con el concepto más moderno y extensivo de huelga, definida como "todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción", ver párrafo 7.3.6. Para que una huelga sea normal y no "anómala", debe responder a la definición más tradicional y restrictiva de huelga entendida como una "abstención colectiva de trabajo".

- Este principio inspira algunos tipos de retribución, tales como la tarifa o los incentivos de producción.

No es un principio de tal jerarquía como para justificar la existencia del derecho laboral (459) por las siguientes razones:

i.- Tiene un alcance limitado dentro de esta rama del derecho, sólo en lo vinculado a la producción nacional.

ii.- Se lo relaciona con una motivación de orden patriótico, por no decir político, que va más allá de nuestro derecho.

iii.- No busca proteger al trabajador sino a la comunidad.

iv.- Más que un principio autónomo, es como un contrapeso al carácter protector de los demás.

v.- Sus consecuencias prácticas implican una serie de obligaciones para el trabajador. O sea, tiene una proyección unilateral.

Este principio debe ser comprendido en la buena fe. Esta implica que el trabajador ponga un empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada. (460)

c) El principio de la razonabilidad

Consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón.

(459) PLA, op. cit., pp. 304 y 305.

(460) PLA, op. cit., p. 301.

Es un principio de amplia utilización en otras áreas del derecho, como el derecho constitucional, penal y civil (461). Se trata de un criterio de carácter muy general, de índole puramente formal, sin un contenido concreto. Esto por un lado le da imprecisión y vaguedad, pero asegura y promueve su fecundidad. Su utilidad deriva de su elasticidad.

La noción de razonabilidad si bien tiene ciertos elementos subjetivos, no autoriza los juicios caprichosos, arbitrarios o extremadamente personales. "Debe ser una conclusión a la que llegue naturalmente cualquier persona normal que juzgue equilibradamente el problema, con idéntico conjunto de elementos de juicio". (462)

En el derecho laboral tiene dos grandes formas de aplicación: (463)

c.1) Sirve para medir la verosimilitud de una determinada explicación o solución.

Hay muchos casos en que nos encontramos ante situaciones equívocas, confusas, limítrofes. Se trata de las famosas zonas grises, donde no es claro si estamos frente a una auténtica relación laboral. El principio de la razonabilidad sirve en estos casos límites, para distinguir la realidad de la simulación o ficción.

c.2) Actúa como cauce, límite o freno para ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad.

No debemos olvidar que el trabajador se encuentra bajo subordinación, en un contrato de tracto sucesivo, que supone su co-

(461) Por ejemplo, el concepto del buen padre de familia.
(462) PLA, op. cit., p. 291.
(463) Ibídem.

laboración personal en la empresa. El empleador tiene la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa, lo cual implica cierta soltura, amplitud y discrecionalidad para actuar. Pero ello no puede justificar la arbitrariedad. (464)

En nuestra opinión, este principio más que un principio propio del derecho laboral es un criterio de interpretación común a todo el derecho y que, obviamente, debe ser utilizado por el intérprete de la ley laboral.

d) De la dignidad humana

Conocido también como el principio del valor humano, implica la humanización del trabajo, al considerar al trabajador como un ser humano y no una mercancía o elemento de producción. (465)

Este principio implica que deben respetarse todos los derechos del hombre en cuanto tal en su trabajo. Su remuneración debe ser digna y suficiente. Su trabajo debe desenvolverse en condiciones adecuadas de seguridad e higiene, debe tener certeza de que mientras cumpla correctamente con su tarea le será respetado su puesto o, en caso contrario, será adecuadamente indemnizado. (466)

Opinamos que estas ideas son esenciales y que informan todo el derecho del trabajo y la ratio legis de la legislación laboral. Todos los principios anteriormente expuestos se fundamentan en la dignidad del trabajo. Justamente el considerar que el trabajo no es una mercancía ha permitido el nacimiento del derecho del trabajo.

(464) PLA, op. cit., pp. 297 y 298, dice, por ejemplo, que el ejercicio del jus variandi y del poder disciplinario del empleador deben sujetarse a la razonabilidad.
(465) RUPRECHT, op. cit., p. 155.
(466) RUPRECHT, op. cit., p. 156.

Por otra parte, no creemos que sea un principio singularizador del derecho laboral, ya que todo el derecho debe fundamentarse en la dignidad del hombre.

e) De la irretroactividad debilitada

Por diversas circunstancias sociales y económicas, en atención al carácter tuitivo del derecho laboral, muchas veces las normas laborales se aplican retroactivamente a situaciones jurídicas ya constituidas a la fecha de promulgación de aquéllas. (467)

No se trata de una regulación distinta sino de una aplicación más frecuente de la retroactividad (468). Creemos que es una característica menor y que dependerá en cada caso de las normas transitorias de cada ley y de la naturaleza de orden público de la legislación que se promulgue.

f) De la colaboración

Con la evolución de la sociedad, el trabajo y el capital desde un abierto enfrentamiento han ido cambiando sus relaciones a una de colaboración. Se constata que el trabajador no es un engranaje más en la empresa, sino una persona que puede dar un real aporte a la misma. (469)

No es una colaboración total o general. Se da en algunos instrumentos colectivos, en la cogestión y concertación social. Se lo ha conceptualizado precisando que el trabajador y empleador, aunque con intereses y derechos opuestos en la relación de trabajo, concurren en

(467) SAGARDOY, op. cit., p. 35.
(468) SAGARDOY, op. cit., p. 36.
(469) RUPRECHT, op. cit., p. 145.

la unidad de la producción que es la empresa, debiéndose consideraciones y asistencia recíprocas a nivel de dirección, prevención y solución de conflictos y de prestación de servicios. (470)

Hernández Rueda dice que este principio comprende al del rendimiento. Ruprecht dice que son muy similares pero distintos.

Aunque este principio da cuenta de un proceso de la realidad laboral, su alcance es parcial y no creemos que pueda hablarse de un principio del derecho del trabajo en este caso.

g) De la no discriminación

En materia laboral no deben existir discriminaciones por raza, color, sexo, idioma, política, etc. Sin embargo, más que una igualdad absoluta, se busca que todo beneficio sea concedido a los que se encuentran en igualdad de condiciones. Fundamentalmente se basa en la igualdad salarial. (471)

La no discriminación es una garantía constitucional en Chile, aplicable a todas las ramas del derecho y expresamente contemplada para materias laborales en el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución, el cual reafirma la garantía del N° 2 del mismo artículo. Asimismo, el artículo 2° del C. del T. refuerza el principio de la no discriminación en materia laboral. Sin embargo, creemos que este principio informa todo el derecho del trabajo y se encuentra comprendido en el principio protector, una de cuyas finalidades es evitar las discriminaciones respecto del trabajador, parte débil de la relación laboral.

(470) RUPRECHT, op. cit., pp. 146 y 147. La definición citada es del autor HERNANDEZ RUEDA.
(471) RUPRECHT, op. cit., pp. 150 y 151.

h) De la justicia social

Por imperativos de justicia social se protege al trabajador por su inferioridad ante el capital (472). Muchos autores no lo aceptan como principio propio. Nosotros tampoco, por considerarlo comprendido dentro del principio de protección. Para otros, es un principio que destaca entre los demás. (473)

i) De equidad

Desde Aristóteles se dice que justicia y equidad no son lo mismo, la equidad sería la aplicación de lo justo en vista de circunstancias especiales. Ruprecht la define como: "una propensión del ánimo a dejarse guiar o fallar dirigida por el sentimiento de la conciencia o del deber antes que por los preceptos de la justicia o el texto formal de la ley, sin tergiversar ni una ni otra, sino adecuándolas a la realidad del caso particular".

La equidad debe estar presente en todas las ramas del derecho, por lo cual no creemos que se trate de un principio propio del derecho del trabajo.

(472) RUPRECHT, op. cit., p. 162.
(473) KROTOSCHIN, op. cit., p. 15.

CAPITULO V

NULIDAD, PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

Sumario

31. La nulidad laboral. 32. Sus efectos. 33. La prescripción. 34. La caducidad laboral.

En este capítulo estudiaremos instituciones que pudiera pensarse no corresponden a una "introducción al derecho del trabajo". Sin embargo, creemos de interés su revisión con el objeto de analizar cómo los caracteres y principios descritos en párrafos anteriores modifican y determinan, de peculiar forma, a la nulidad laboral, a la prescripción y a la caducidad en materia de trabajo.

31. LA NULIDAD LABORAL

Como hemos explicado en párrafos anteriores, las normas laborales establecen beneficios para los trabajadores que son irrenunciables, lo cual implica que su incumplimiento genera la nulidad del acto. (474)

La nulidad es "una sanción civil establecida por el legislador y que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos de un acto por la omisión en él de los requisitos y formalidades prescritos por la ley". (475)

(474) RUPRECHT, op. cit., p. 62.
(475) DUCCI, op. cit., p. 316.