SECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
TABLA DE CONTENIDOS

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sergio Gamonal Contreras

INTRODUCCIÓN • 749
PRESUNCIÓN DE CONTRATO Y BUENA FE • 749
NOCIÓN DE EMPRESA • 750
PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL • 753
SUBORDINACIÓN • 758
JUS VARIANDI • 761
GRATIFICACIONES • 763
FERIADO • 764
RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA • 764
FUERO • 766
RENUNCIA Y FINIQUITO • 768
CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN • 769
TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO • 771
Despido Injustificado • 771
Despido nulo por no pago de imposiciones • 782
Indemnización por años de servicio. • 787
CONTRATO COLECTIVO • 790
MATERIAS VARIAS • 792
Tercería de dominio • 792
Abandono del procedimiento • 793
Cobro de honorarios • 793
Quiebra • 793
Competencia de los tribunales del trabajo • 793
SEGURIDAD SOCIAL • 794
RECURSO DE PROTECCIÓN • 796
Libre elección del sistema de salud • 796
Seguridad social • 800
Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo • 801

Estabilidad en el empleo • 803
CONCLUSIONES • 803
La importancia de los principios y el formalismo jurídico. • 804
Duración de los procesos judiciales • 804
Naturaleza subsidiaria del derecho del trabajo • 805
Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo • 806
Tutela de los derechos fundamentales • 806
Ambivalencia funcional del ordenamiento laboral • 807

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SERGIO GAMONAL CONTRERAS

INTRODUCCIÓN

En el presente comentario se analizan 116 sentencias de la Corte Suprema en materia laboral y de seguridad social. De este número, 94 corresponden a recursos de casación y 22 a apelaciones de sentencias de protección.

Las materias tratadas en estos fallos son múltiples. Dividiremos nuestro comentario distinguiendo entre sentencias de casación y de protección, sin perjuicio de subdividir cada uno de estos grupos.

Respecto de las casaciones, comentaremos los siguientes tópicos en derecho del trabajo: presunción de contrato y buena fe, noción de empresa; principios del derecho laboral; subordinación; *jus variandi*; gratificaciones; feriado; responsabilidad subsidiaria; fuero; renuncia y finiquito; caducidad y prescripción; término de contrato de trabajo; contrato colectivo, y materias varias (tercería de dominio, abandono de procedimiento, cobro de honorarios, quiebra y competencia de los tribunales del trabajo).

Asimismo, en el ámbito de la seguridad social, analizaremos algunos fallos relativos a accidentes del trabajo y a enfermedades profesionales.

En materia de protección, comentaremos sentencias relativas a: libre elección del sistema de salud; seguridad social; facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, y estabilidad en el empleo.

PRESUNCIÓN DE CONTRATO Y BUENA FE

Dentro de las sentencias de casación, encontramos una muy interesante relativa a la presunción de contrato del artículo 9 y a la buena fe contractual.

En efecto, en *Sternsdorf con Manaplast*, el ex gerente general de la empresa, despedido por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, demanda despido injustificado requiriendo el pago de las indemnizaciones del caso.

La empresa solicita el rechazo de la demanda atendidas las inasistencias reiteradas del actor y por haberse llevado a su domicilio, sin autorización, diversos documentos, antecedentes, fórmulas de confección y fabricación e, incluso, las llaves de acceso a la oficina y a la planta. Además, entre otras infracciones, no habría cancelado las imposiciones de los trabajadores, se habría otorgado

Gamonal | Derecho del trabajo y de la seguridad social
1 Rev D. UAI (2004) 749-807
© Sergio Gamonal Contreras 2004

autopréstamos y se habría pagado una remuneración considerablemente mayor a la pactada.

Por otro lado, el actor, dentro de sus facultades como gerente general, carecía de la de auto contratar y la relación de trabajo en que basa su demanda resulta pactada consigo mismo lo que, en definitiva, implica que no habría contrato escrito y que debe determinarse si es procedente la aplicación del artículo 9 del Código del Trabajo, en orden a presumir que son cláusulas del contrato las que declare el trabajador.

La Corte Suprema aclara que la presunción del artículo 9 busca proteger al contratante débil de la relación laboral, esto es, al trabajador, y que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Añade que

> ha quedado como hecho establecido en la sentencia de que se trata, que el demandante era, además de gerente general de la demandada, socio y director de la misma y que carecía – en la calidad de gerente general – conforme al mandato que le fue conferido, de la facultad de autocontratación y, en segundo lugar, debe preferirse el principio básico de la buena fe, por cuanto, en el caso, se trata de un demandante que ostenta, al unísono, las calidades de trabajador y empleador, es decir, sobre él recaía la obligación de escriturar, en la forma pertinente, su contrato de trabajo y al no hacerlo, en su favor, no pueden presumirse como estipulaciones del convenio las que él mismo declara, de manera que la presunción analizada no recibe aplicación en este caso y, por ende, no puede estimarse que la remuneración pactada sea la que ha indicado el actor en su demanda, aún cuando el monto señalado haya sido el que percibió durante, a lo menos, un año, ya que la gestión de la empresa le había sido confiada al demandante (c. 10).

Hemos transcrito dicho considerando por estimar adecuadas las consideraciones de la Corte, en el sentido de que las normas laborales deben aplicarse de buena fe tanto para trabajadores y empleadores y, los gerentes, a quienes la ley otorga también tutela, deben respetar el principio de buena fe ejerciendo sus facultades en forma razonable.

NOCIÓN DE EMPRESA

Una de las materias más discutidas acerca de la noción de empresa ha sido el caso de las notarías. Por ello, la ley 19759 agregó un inciso final al artículo 1 del Código del Trabajo, con el fin de precisar que los trabajadores que prestan servicios en los oficios de las notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas del Código del Trabajo[1].

1 La doctrina ha indicado que este precepto no resuelve el problema ya que siempre estos trabajadores se han regido por el Código del Trabajo, sin perjuicio de que la Corte Suprema ha determinado que, respecto de los mismos, no rige el art. 4 inc. 2º, sobre continuidad de la empresa. *cfr.* Lizama, L. y S. Mejía: *Reformas Laborales* (Santiago, Conosur Lexis-Nexis, 2001), p. 145. Recientemente y con el fin de zanjar el problema, la ley 19945, en su art. 2, dispone lo siguiente: "declárase interpretado el inciso cuarto del artículo 1º del Código del Trabajo en el siguiente sentido: El inciso cuarto del artículo 1º del Código del Trabajo en cuanto señala que "los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código", debe interpretarse y aplicarse de forma tal que la totalidad del estatuto laboral, en todas sus manifestaciones y expresiones, que emana del Código del Trabajo y leyes complementarias, resulte aplicable a los trabajadores que laboran en los oficios de notarías, archiveros o conservadores".

Las tres sentencias que comentaremos a continuación, se iniciaron con anterioridad a la aludida reforma legal.

En *Tolorza con Notaría* y *Moreira con Notaría* la Corte Suprema reitera la tesis tradicional en el sentido de que las notarías no pueden ser consideradas empresas, no se encuentran en el comercio humano y, por tanto, no les es aplicable el artículo 4 inciso 2º del Código del Trabajo, sobre continuidad de la empresa.

No compartimos el criterio de la Corte Suprema, que ha tratado de ser superado por el legislador con la referida enmienda, ya que la misma Corte ha tenido un criterio amplio de empresa cuya noción no es sólo económica, al tenor de los dispuesto en el artículo 3 del Código del Trabajo[2]. Esta tesis genera una discriminación respecto de los trabajadores de estas reparticiones. Por lo mismo, parece excesiva la condena en costas de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua.

En *Mora con Aruta* se conoce del caso de un notario que se acoge a jubilación y la Corte Suprema lo condena por despido injustificadode sus trabajadores, ya que los contratos de trabajo han finalizado por dicha causa, la cual no es reconocida en el Código del Trabajo como causal de despido. Agrega la sentencia que tampoco es aplicable el artículo 4 inciso 2º del Código del Trabajo, como pretende el demandado, ya que las notarías no son empresas.

Otra de las materias de interés, dentro de la noción de empresa, es la relativa a los "grupos de empresas". Nos referimos a los grupos de empresa, cuando dos o más sociedades conforman una empresa para efectos laborales, caracterizadas porque las sociedades integrantes, aún siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan según criterios de subordinación que permiten identificar, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica[3].

Los grupos de empresas se vinculan directamente con los cambios en materia productiva. De hecho, es posible observar en nuestros tiempos empresas de estructura compleja, funcionales a la organización flexible de la actividad económica, caracterizadas por la alteridad de los sujetos jurídicos que las componen y por la relevancia de las relaciones contractuales que las vinculan a una verdadera "realidad de grupo", de incierta y variable definición[4].

Es así como muchas veces las relaciones entre empresas, más que estar orientadas por conflictos de competencia, obedecen a relaciones de "auto-

2 *cfr.* Tapia, F: "El Concepto de empresa y los derechos sindicales en el derecho chileno del trabajo", en el volumen colectivo *Estudios en Homenaje al profesor William Thayer A.* (Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998), pp. 222ss; Ugarte, J.L: "El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido y pocas nueces" en 98 *Revista Laboral Chilena* (2001), pp. 60ss; y Gamonal, S: "La libertad sindical y los grupos de empresa" en 91 *Revista Laboral Chilena* (2000), pp. 49ss.

3 Sala Franco, T, I. Albiol Montesinos *et al*: *Derecho del Trabajo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991), pp. 329s.

4 De Simone, G: "La 'Forma Gruppo' nel diritto del lavoro" en 49 *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (1991), p. 72.

ridad-subordinación". En la actualidad, tanto la producción como la colocación de un bien en el mercado no coinciden necesariamente con una sola empresa productora, sino con una pluralidad de empresas relacionadas en red[5].

En Chile los grupos de empresas se identifican por ser sociedades integradas mayoritariamente por los mismos socios, con un mismo representante legal, e incluso se da el caso de cargos de nivel gerencial en las filiales ocupados por dependientes de la matriz, en una muy particular comisión de servicio. Otras veces, es posible encontrar que la gerencia de recursos humanos de una empresa matriz se relaciona con las filiales estableciendo pautas de administración; efectuando un balance consolidado que es exigido por la ley comercial, y operando con un domicilio comercial común[6].

En *Riaños con Conditex* los actores demandan el pago de sus remuneraciones insolutas, en forma solidaria, respecto de las empresas demandadas.

La Corte Suprema en la sentencia de casación, hace presente que las tres sociedades demandadas tienen una gestión común, sus trabajadores son traspasados de una empresa a otra y los activos son los mismos. Además, agrega el fallo, la representación legal de las mismas, con una excepción, recae en la misma persona.

Luego, recuerda la definición legal de empresa del Código del Trabajo, como

> toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada (art. 3º).

Respecto de la individualidad legal determinada, la sentencia señala que, como lo ha resuelto en otras oportunidades, ésta no debe entenderse como sinónimo de personalidad jurídica sino que basta un "ser jurídico".

La sentencia hace referencia a las variaciones en el ejercicio del derecho del ser humano a producir, una de cuyas manifestaciones son los denominados "holdings", entendidos como un conjunto de empresas relacionadas, que en general presentan un patrimonio común o parte del mismo es compartido. En el caso en comento, la Corte determina que las empresas demandadas constituyen un "holding", ya que tienen la calidad de relacionadas y se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante sus trabajadores y terceros como una unidad económica.

En definitiva, en la sentencia de reemplazo se confirma la resolución de primera instancia en orden a condenar a las referidas empresa, en forma solidaria, al pago de las prestaciones demandadas.

Concordamos plenamente con el criterio sustentado por la Corte Suprema, impidiendo que por vía de meros formalismos queden los trabajadores sin protección alguna. De hecho, las enmiendas efectuadas por la ley 19759 operan

5 Garofalo, M.G: "Un profilo ideologico del diritto del lavoro" en 81 *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (1999), p. 21.
6 Gamonal, S: *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago: LexisNexis ConoSur, 2002), p. 132.

en este sentido, al modificar el artículo 478 del Código del Trabajo, precisando el concepto de subterfugio[7].

Por último, encontramos algunos conflictos cuando es necesario determinar la calidad de empleador, como en *Riveri con* FUCOA, donde la actora demandó despido indirecto al director del Instituto de Desarrollo Agropecuario, INDAP, siendo que el contrato de trabajo fue suscrito con FUCOA. No obstante, en la sentencia de casación se reconoce que el empleador era el director de INDAP, respecto del cual estaba bajo subordinación y dependencia, confirmando la sentencia condenatoria de primera instancia.

Cabe recordar que el artículo 4 inciso 1º del Código del Trabajo, dispone que

> se presume de derecho que representa al empleador y en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.

La sentencia de casación manifestó respecto de este precepto que

> la aludida norma con el objeto de proteger los legítimos derechos de los trabajadores, que por lo demás son de orden público, y a la vez de compensar de algún modo su desventaja evidente en la generalidad de los casos en la relación laboral, consagró la teoría de la validez y suficiencia del representante legal sólo aparente, visible y más cercano a la realidad del trabajador, sin exigirle a éste el examen rígido y técnico de la situación jurídica pertinente como sucede en el derecho común (c. 5).

Estamos plenamente de acuerdo con el criterio sostenido por esta sentencia, al tenor de lo dispuesto en las definiciones y normas del Código del Trabajo.

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

No cabe duda de que la de los principios del derecho laboral es una de las materias más estudiadas por la doctrina laboral latinoamericana[8].

La clásica definición del autor uruguayo Américo Plá los conceptúa como

> líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o 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[9].

Es necesario recordar que los principios del derecho del trabajo son bastante citados tanto en la jurisprudencia judicial como administrativa, so-

7 Sobre los alcances de esta enmienda, *vid.* Gamonal, S: "Las reformas laborales en Chile" en *Diritto del Lavoro On-Line*, News dall'America Latina (2004), disponible en *www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm*.
8 Sobre los principios del derecho laboral *vid.* Plá, A: *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires: Depalma, 3ª edn, 1998), y Gamonal, S: *Introducción al derecho del Trabajo* (Santiago: CONOSUR, 1998), pp. 127ss. En cuanto al carácter polisémico de la expresión "principios", *vid.* Guastini, R: *Distinguiendo* (Barcelona, Gedisa, 1999), pp. 142ss, y Atienza, M. y J. Ruiz Manero: "Tres enfoques de los principios jurídicos" en *Revista de Ciencias Sociales, Estudios en Homenaje a Ronald Dworkin* (1993), pp. 329ss. Cuando se habla de principios del derecho laboral, se trata, en nuestra opinión, de los principios generales de un sector de la disciplina jurídica, en palabras de Guastini, aquellos principios que no informan todo el ordenamiento sino una institución particular o un sector de una disciplina jurídica, en este caso, el derecho del trabajo. Este autor cita, como ejemplos, el principio de autonomía privada del derecho civil, el del debido procedimiento en el derecho administrativo, el del *in dubio pro operario* en derecho del trabajo y el del *favor rei* en el derecho penal. *cfr.* Guastini, *op. cit.* en esta nota, pp. 152s.
9 Plá, *op. cit.* en n. 8, p. 14.

bre todo los de irrenunciabilidad, continuidad, primacía de la realidad y de protección (este último expresado fundamentalmente en la regla *in dubio pro operario*).

En efecto, dentro de las sentencias analizadas se mencionan, en las diversas instancias y en los fallos de casación, algunos de estos principios. Citaremos las más relevantes[10].

En *Bustos con CTC* la Corte Suprema precisa que la nulidad es una sanción que debe establecerse sólo por ley y jamás por acuerdo individual o colectivo de las partes. En consecuencia, aunque el establecimiento de una nulidad contractual pudiere favorecer al trabajador, su consagración carecería de validez ya que se trata de una sanción que sólo debe ser estatuida por ley.

Prima facie, pudiera pensarse, como se ha indicado en alguna sentencia aislada[11], que el caso anterior establece una suerte de "irrenunciabilidad a favor del empleador".

No obstante, cabe recordar que el principio de irrenunciabilidad sólo se establece a favor del trabajador. Esto es concordante con el "carácter unilateral del orden público laboral", que impone un estatuto legal al contrato de trabajo estableciendo derechos mínimos que pueden aumentarse a favor del trabajador. Si existiera la posibilidad de plantear una irrenunciabilidad en favor del empleador, podría postularse que todo pacto contractual por sobre los mínimos sería nulo.

¿Entonces, cómo podemos explicar la situación descrita en el fallo en comento? Ocurre que la mayoría de las normas laborales responden al carácter unilateral del orden público laboral. No obstante, algunos preceptos no establecen derechos mínimos sino derechos y obligaciones de orden público general o común, absolutamente indisponibles para las partes, como por ejemplo la sanción de nulidad o las causales de término de contrato. En estos casos no estamos ante una irrenunciabilidad del empleador, sino ante normas de orden público tradicional, de inderogabilidad absoluta o de derecho necesario absoluto, indisponibles por la autonomía privada[12].

En *Silva con DUOC* un trabajador ha suscrito una serie de contratos a plazos con sus respectivos finiquitos, forzado por el empleador ya que debía firmarlos para obtener el pago del sueldo de diciembre. Ante esta situación las diversas instancias y la Corte Suprema confirman que estamos ante un solo contrato de trabajo indefinido.

En esta causa (c. 8) la Corte cita fallos anteriores (*Núñez con DUOC*, rol 861-02 y *Díaz con DUOC*, rol 854-02) donde indica que

> una de las expresiones del principio de continuidad que informa y orienta el Derecho del Trabajo es la interpretación de las interrupciones del contrato como simples suspensiones. En esta materia el autor Américo Plá, en la obra antes citada, señala que: "El contrato sobre-

10 No mencionaremos los principios citados en fallos de primera o segunda instancia.
11 *vid.* Thayer, W. y P. Novoa: *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), t.ii, pp. 23ss.
12 *cfr.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, p. 149.

> vive; lo que ocurre es que durante cierto tiempo no produce sus efectos principales, o mejor dicho, se suspenden los efectos principales del contrato para ambas partes (la obligación de prestar servicios en el trabajador, la obligación de pagar la remuneración en el empleador) sin que desaparezcan las restantes obligaciones y efectos".
>
> Al contrario, ellas se mantienen potencialmente prontas para que una vez concluida la causa de la suspensión, el contrato recobre su normalidad, renaciendo plenamente el vigor de todas las obligaciones de las partes y recuperando la plenitud de sus efectos (c. 12).

Hemos citado textualmente la sentencia citada por la Corte Suprema, debido a que establece la doctrina del máximo tribunal en materia de principio de continuidad e interrupción de contratos en nuestro ordenamiento laboral, las cuales se interpretan como meras suspensiones.

Concordamos plenamente con esta tesis, haciendo presente que este principio, más allá de las imperfecciones de nuestra legislación positiva, se encuentra contemplado en todo el *iter* contractual, tanto en la tipología como en la ejecución y término del contrato de trabajo[13].

Además, la Corte recurre al principio de primacía de la realidad en su razonamiento. En efecto, precisa

> que el relevante principio de primacía de la realidad, que rige en el Derecho Laboral, viene también en apoyo de estas conclusiones. La noción de tal principio dice que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, debe darse preferencia a lo primero. La realidad – expresa A. Plá R. – refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero siempre puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales. Afirmar invariablemente el imperio de la realidad – que es lo mismo que decir el imperio de la verdad – equivale a rendir tributo al principio de la buena fe, que inspira y sustenta todo el orden jurídico, como una exigencia indispensable de la propia idea de justicia (c. 14).

No cabe duda de que esta cita era pertinente y de que este principio, expresamente contemplado en el artículo 8 del Código del Trabajo, según ha fallado la Corte Suprema[14], ayuda a resolver muchos casos dudosos.

Con todo, estimamos de importancia hacer presente que la configuración conceptual del principio de primacía de la realidad, desde una perspectiva doctrinaria, comprende dos elementos:

1 que exista una discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, y
2 que la situación de que dan cuenta los hechos sea más favorable al trabajador que la emanada de los documentos.

Concurriendo estos dos elementos el intérprete debe dar preferencia a los hechos. Así lo ha establecido la doctrina nacional y extranjera[15].

13 Para revisar las expresiones del mismo, *vid.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, pp. 157ss.
14 Rol 655-90 de 16 de abril de 1990. *vid. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Código del Trabajo y Leyes Complementarias* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), t.i, p. 25.
15 Respecto de la doctrina extranjera, *cfr.* Plá, *op. cit.* en n. 8, pp. 338s; véase adicionalmente Rodríguez Manzini, J: *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Buenos Aires: Astrea, 4ª edición, 2000) pp. 56-61; y Süssekind, A. D. Maranhão, S. Vianna, y L. Teixeira: *Instituições do Direito do Trabalho* (Sao Paulo: LTr, 1997), vol.i, p. 134. En Chile *vid.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, p. 177.

Es necesario tener presente ambos requisitos, a diferencia de la cita que realiza la Corte, que pudiera llevar a pensar que "cualquier discrepancia" entre los hechos y el derecho conlleva la validez de los primeros por sobre los segundos. Al respecto, Américo Plá señala:

> si excepcionalmente el documento indica un nivel de protección superior al que corresponde en la práctica, el trabajador tiene derecho de exigir el cumplimiento del contrato. En este caso no se trata de un desajuste entre la ficción de un documento y el dato de la realidad, sino del desacuerdo entre el compromiso contraído y el modo como se ha cumplido (mejor, que no se ha cumplido) ese compromiso[16].

Agrega más adelante que "este principio no puede servir para justificar, disculpar u homologar el incumplimiento del derecho, invocando la efectividad de la infracción"[17].

Otras aplicaciones del principio de primacía de la realidad las encontramos, por ejemplo, en *Riaños con Conditex*, en *Riveri con* FUCOA, en *Vio con Corporación* y en *Valdenegro con Yarek*.

Estas sentencias las comentamos en otros párrafos de este estudio. Con todo, debemos analizar brevemente en este párrafo la causa *Riveri con* FUCOA, por constituir la primera sentencia que conocemos en Chile sobre acoso sexual.

En efecto, la actora demanda despido indirecto por haber sido objeto de prácticas y conductas hostiles, intimidantes y ofensivas, encuadradas en la definición de acoso sexual por parte del jefe del departamento de desarrollo institucional del INDAP.

La sentencia de casación explica que las cartas enviadas por el jefe del departamento de desarrollo institucional del INDAP a la demandante, con claras intenciones afectivas para con ella, son insuficientes para establecer una conducta de acoso al interior del establecimiento en que trabajaba la demandante. No obstante, agrega la Corte, el empleador conocía de la situación y, de hecho, solicitó las cartas con el fin de evaluar el problema. En este contexto, se acoge la demanda de despido indirecto por las causales de los números 5 y 7 del artículo 160, constitutivas de actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad y salud de los trabajadores e incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, respectivamente. Precisa la sentencia que el empleador debe cuidar la salud de sus trabajadores. Sin embargo, en el caso en cuestión, conociendo la situación de acoso denunciada, no adoptó con prontitud y eficiencia medida alguna para evitar el comportamiento del jefe directo de la actora, hecho que le ocasionaba padecimiento y aflicción, como lo demuestra su licencia médica por stress laboral. Concluye que el empleador desconoció su obligación contractual de protección y el principio de buena fe con que deben cumplirse los contratos.

Como vemos, el fallo de reemplazo fundamenta esta condena en el deber general de protección del trabajador, por parte del empleador, contemplado

16 Plá, *op. cit.* en n. 8, p. 338.

17 *ibid* 339.

expresamente en el artículo 184 del Código del Trabajo, en armonía con el artículo 19 NNº 1 y 4 de la Constitución Política.

La Corte indica que la obligación de tutelar la persona y la personalidad del trabajador constituye un elemento característico del contrato de trabajo. Se trata de una obligación de cuidado y su objetivo es la preservación de la integridad y personalidad del trabajador.

Por último, es dable señalar que la Corte desestima el cobro de una indemnización por daño moral, por no ser procedente tal pretensión en un juicio de naturaleza laboral.

Consideramos que esta es una sentencia de mucha importancia, ya que reconoce la situación de acoso producida, en base al principio laboral de protección y al principio general de buena fe en el cumplimiento de los contratos.

Respecto de la demanda por daño moral, pensamos que es plenamente procedente en sede contractual, ya que la negligencia del empleador en esta materia sin duda causó un atentado a intereses extrapatrimoniales de la trabajadora[18]. El mismo fallo reconoce en su considerando 9 que la obligación de tutelar la persona del trabajador implica que el dependiente no sufra riesgos que puedan causar perjuicios en su salud e incluso se reconoce y respeta su integridad moral y su personalidad tutelándolo frente a hechos que afecten su dignidad o que pueden influenciar o desviar su pensamiento.

Sólo cabe esperar que, a la brevedad, sea aprobada en nuestro país una ley específica en materia de acoso sexual, como ha ocurrido en la mayoría de los ordenamientos extranjeros, debido a que el acoso constituye una de las discriminaciones laborales de mayor envergadura, especialmente en contra de la mujer en el trabajo. Además, la vía del despido indirecto es absolutamente insuficiente, no repara el daño moral y la indemnización que se contempla es tarifada por antigüedad, sin considerar el daño efectivamente causado. Por otro lado, la trabajadora o trabajador afectado con el acoso, accionando por despido indirecto, debe perder su puesto de trabajo, lo que no es justo y permite muchos abusos de este tipo en la práctica. Además, diversas hipótesis de acoso quedan fuera por no existir una ley en la materia, como por ejemplo, el acoso realizado por un cliente o por un amigo del empleador, o el acoso ambiental[19]. Para terminar, la carencia de una ley de acoso impide la implementación de medidas de prevención efectivas en esta materia.

En otro interesante fallo sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad, *Reyes con Empresa PF*, la Corte Suprema hace presente que

> la protección de la mujer en estado de gravidez, si bien atiende a la trabajadora, persigue, fundamentalmente, resguardar los derechos del que está por nacer, asegurando a la madre una fuente de ingresos durante cierto lapso prudencial (c. 8).

18 Sobre la noción de daño moral, *vid.* Domínguez, C: *El Daño Moral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000), t.i, p. 83.

19 Respecto del acoso sexual, *vid.* Puyesky, F: *El acoso sexual* (Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1999) y Rojas, I: "Por qué legislar sobre el acoso sexual en el trabajo" en 112 *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo* (1998).

Luego la Corte concluye que

> sólo es posible asentar que la demandante no pudo renunciar a la protección que a su hijo le brindaba la ley y mucho menos, pudo hacerlo en forma tácita, como se sostiene en el fallo de que se trata, por el hecho de solicitar el pago de otras indemnizaciones que también le otorga el Código del ramo. Ello por cuanto el fuero no cede en su solo beneficio y porque, además, el contrato de trabajo no se entendía terminado, desde que la desvinculación de las partes, sin la previa autorización judicial, era nula (c. 9).

Concordamos plenamente con esta sentencia, sobre todo con el argumento de que el fuero no cede en el solo beneficio de la trabajadora sino del hijo que está por nacer. En este contexto, creemos que aunque el contrato hubiese terminado y, por tanto, no fuere aplicable la irrenunciabilidad del artículo 5 inciso 2° del Código del Trabajo, igualmente por las reglas generales, específicamente el artículo 12 del Código Civil, sería irrenunciable el cobro del fuero maternal, ya que su renuncia no mira sólo al interés particular del renunciante[20].

Finalmente debemos hacer presente que en derecho laboral son aplicables principios generales de la contratación, como la autonomía privada o la buena fe. Respecto del primero, en *Bustos con Consejo de Defensa* el máximo tribunal explica que el principio de autonomía de la voluntad tiene cabida en sede laboral, en tanto no se vulnere bajo su amparo derechos irrenunciables para las partes.

Se trata de una cláusula contractual por medio de la cual el Fisco de Chile se comprometía al pago de las cotizaciones previsionales de la actora por todo el tiempo que durara su labor en la Misión Permanente de las Naciones Unidas, en Estados Unidos de Norteamérica.

En definitiva, la Corte Suprema da cumplimiento a dicho acuerdo, desestimando los argumentos de la recurrida en el sentido de que la actora estaba obligada a cumplir con la legislación del referido país, por ser residente permanente en el mismo, hecho que no fue acreditado por el demandado. Además, precisa que el desconocimiento de la referida cláusula pugna con la teoría de los actos propios, ya que implica desconocer en juicio la validez de actuaciones ejecutadas por un representante del mismo Estado, al suscribir los referidos contratos.

SUBORDINACIÓN

La calificación de la subordinación en un vínculo jurídico es vital para determinar si estamos o no ante un contrato de trabajo, y si debe o no aplicarse el estatuto laboral. Una de las vías para eludir la normativa de orden público es pretender que la relación laboral es de orden civil y, por tanto, ajena al Código del Trabajo.

Por ejemplo, en *Vio con Corporación* la sentencia del Segundo Juzgado Laboral de Santiago reconoce el vínculo de subordinación y dependencia

20 Sobre los alcances de la irrenunciabilidad una vez finalizado el contrato, al tenor del art. 12 CC, *vid.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, pp. 155ss.

no obstante que el contrato firmado expresamente manifestaba que no se trataba de una relación laboral. Constatados los hechos, básicamente que el demandante recibía órdenes y cumplía jornada de trabajo, se acogió la demanda reconociendo la relación laboral. Luego, la 9ª Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia y la Corte Suprema rechazó el recuso de casación en el fondo por haberse formalizado en modo defectuoso.

Sin embargo, no todas las situaciones son fáciles de resolver. Las sentencias siguientes se abocan a la resolución de situaciones límites y de difícil determinación de la subordinación, a saber, el caso de los directores de empresa y de los contratados a honorarios por instituciones públicas, en base al artículo 10 de la ley 18834.

En *Serrano con Aero Salfa* la Corte Suprema rechaza la demanda señalando que no ha existido vínculo laboral entre el actor y la sociedad, sino más bien una actividad empresarial desarrollada conjuntamente con el presidente de la compañía, destinada exclusivamente a la gestión y administración de la sociedad. La sentencia cita los artículos 31 y 40 de la ley 18046, precisando que el directorio de una sociedad puede delegar parte de sus facultades en uno de los directores, como ocurrió con el actor, quien llegó a reunir las facultades administrativas y de disposición de la sociedad y, en tal caso, su voluntad se confunde con la sociedad que dirige.

Dados los hechos descritos, la decisión de la Corte es adecuada ya que difícilmente podrá haber subordinación en este caso.

En *Mantero con Junta Nacional* se desestima la demanda por despido injustificado en base a un contrato a honorarios. El actor expone que, si bien la relación formal era civil, en los hechos se trataba de un trabajador subordinado y, por lo mismo, le es aplicable el estatuto laboral protector.

El demandado expresa que la referida contratación se basa en lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 18834, que permite a los jefes de servicio la contratación a honorarios de prestaciones de servicios específicas, conforme a las reglas generales.

La sentencia del Sexto Juzgado Laboral de Santiago da por sentado que se trata de un vínculo laboral subordinado, en base a las funciones que realizaba el actor, como dentista, de acatar órdenes e instrucciones, verbales o escritas; revisar a los estudiantes atendidos y si se había realizado labor educativa o de prevención; preocuparse de que en los módulos a su cargo existiera material suficiente para las atenciones; emitir informes verbales en las reuniones con los coordinadores regionales e informes escritos sobre su labor, en su oficina y en terreno, indicando a la secretaria en todo momento su paradero por si era requerido. Además, la sentencia dejó constancia de que durante el año 1999 el actor prestó servicios durante 33 horas semanales, de lunes a viernes, debiendo registrar la asistencia y la realización de labores fuera de la oficina en un cuaderno de registros, gozando de viáticos, vacaciones remuneradas, permisos médicos y días administrativos.

Luego, la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revoca el fallo de primera instancia, expresando que el convenio a honorarios debe regirse por las normas del Estatuto Administrativo y no por las del derecho laboral, como exige la sentencia. Agrega que la emisión de informes o los feriados no alteran la naturaleza del vínculo contemplado expresamente en el estatuto administrativo.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, haciendo presente que la permanencia y la habitualidad de las labores prestadas se enmarca dentro de la noción de prestación de servicios para cometidos específicos que regula el Estatuto Administrativo. En la misma línea se resuelve las causas *Araya con Hospital Clínico* y *Zúñiga con Fisco*. Asimismo, una reflexión análoga realiza la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo, respecto del sector municipal, en la sentencias *Catalán con Municipalidad de La Granja*, *Chávez con Municipalidad de Quellón* y *Curiqueo con Municipalidad de Victoria*.

Estamos en absoluto desacuerdo con este criterio de la Corte Suprema. Opinamos que las contrataciones a honorarios en el sector público, aunque se encuentren contempladas en el artículo 10 del Estatuto Administrativo, deben regirse por las reglas generales, como dicha normas señala. Esto es, debe tratarse de una contratación civil para cometidos específicos, sin que haya subordinación y dependencia. En caso contrario, deberán utilizarse otras modalidades que el mismo Estatuto Administrativo establece, como los funcionarios "a contrata", ya que los trabajadores dependientes en Chile tienen un estatuto protector público (ley 18834) o privado (Código del Trabajo), según el caso. Por el contrario, aceptar trabajadores subordinados como si fueran a honorarios, sólo porque el Estatuto Administrativo contempla esta modalidad es un error, favorece la precariedad laboral y transgrede garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y la libertad de trabajo y su protección, creando trabajadores dependientes de segunda categoría y sin tutela alguna.

La remisión que realiza el Estatuto Administrativo a las reglas generales implica, claramente, que en la contratación a honorarios no debe existir subordinación y que sólo debe tratarse de servicios específicos, interpretándose estos últimos vocablos en forma restrictiva ya que debe tratarse de un contrato civil. De hecho, en el sector privado una contratación a honorarios bajo subordinación y dependencia se rige imperativamente por las normas del Código del Trabajo. Por el contrario, se aceptaría una forma encubierta de contratación y de aumento de plantas vulnerando las respectivas leyes de cada servicio, además del perjuicio para este "sub-tipo" de trabajadores que no cuentan con estatuto protector alguno (público o privado). Una contratación a honorarios cuyo cumplimiento se realiza bajo dependencia y subordinación desnaturaliza dicha relación de carácter civil y encubre un contrato de trabajo absolutamente precario y al margen de los preceptos tutelares respectivos. No existe justificación para que el Estado esté exento de aplicar algún estatuto protector a sus propios dependientes.

Por ejemplo, en *Curiqueo con Municipalidad de Victoria*, que hemos citado más arriba, las recurrentes trabajaron más de 10 años en forma continua a honorarios, cumpliendo horario mañana y tarde, turnos, con órdenes específicas a realizar fuera de la ciudad donde trabajaban, prestando servicios, además, en el departamento social de la Municipalidad, participando en comisión de servicios en el censo y precenso de 1992. Adicionalmente su remuneración se reajustaba en la misma proporción que el resto de los funcionarios municipales, una de ellas fue secretaria durante ocho meses, etc.

Con la tesis que criticamos, podríamos llegar a justificar que algunos servicios públicos contrataran trabajadores por medio de honorarios, de lunes a domingo, con extensas jornadas, sin derecho a vacaciones, con remuneración más baja que el ingreso mínimo, en trabajos perjudiciales para su salud, sin normas de protección y sin derechos de maternidad.

JUS VARIANDI

Una de las instituciones laborales que puede prestarse para mayores abusos en la práctica es el "*jus variandi*".

Se trata de la "potestad del empleador de variar, de acuerdo a ciertos límites, la modalidad de la prestación de servicios de las tareas del trabajador"[21].

La doctrina ha fundamentado esta potestad en el poder de dirección del empleador[22], cumpliendo dos funciones, a saber, para el empleador le permite organizar y dirigir el trabajo contratado y, para el trabajador, funciona

> como una especie de "válvula de escape" que, al permitir ciertas adaptaciones del contrato a la realidad, alivia las inevitables tensiones que con el correr del tiempo se van planteando entre uno y otra[23].

Cabe recordar que potestades como el *jus variandi* no se conciben en el derecho civil o comercial. Ni siquiera en los contratos de adhesión podemos encontrar situaciones que permitan a una de las partes variar unilateralmente los términos del contrato. Por el contrario, el derecho laboral no sólo consagra derechos a favor del trabajador, sino que reconoce una serie de facultades al empleador que configuran su potestad de dirección, de reglamentación y disciplinaria, las cuales difícilmente podrían pactarse por las partes. El *jus variandi* contenido en el artículo 12 del Código del Trabajo, así como la posibilidad de multar a los trabajadores con parte de su remuneración diaria, según los artículos 154 Nº 10 y 157 de dicho texto legal, son ejemplos de dicho reconocimiento.

El artículo 12 establece que el empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo

21 Walker, F: *Derecho de las Relaciones Laborales* (Santiago: Editorial Universitaria, 2003), p. 269.
22 Ermida, O: *Modificación de Condiciones de Trabajo por el Empleador* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), p. 47.
23 *ibid*, p. 46.

para el trabajador. Además, agrega esta norma, por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

En *García de la Huerta con Italy Short* una trabajadora que ha retornado del post natal y de la última licencia que se le otorgó por enfermedad de su hija, fue trasladada a otras dependencias de los nuevos dueños y, según la actora, habría sufrido diversos hostigamientos en dicha nueva sede.

La sentencia de primera instancia, en base a las limitaciones que establece el artículo 12 para el *jus variandi*, estima que se ha producido menoscabo para la trabajadora, debido a la lejanía de la nueva sede y la dificultad para dar alimento a su hija recién nacida.

Por lo anterior, se estima abusivo el ejercicio del *jus variandi* y, por lo mismo, que la empleadora ha incurrido en incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, lo que legitima la resolución del trabajador de ponerle término en virtud del despido indirecto contemplado en el artículo 171 del Código del Trabajo.

En definitiva, se condena al empleador al pago de las indemnizaciones que proceden por despido indirecto más las relativas a los meses que aún le corresponden de fuero maternal. Asimismo, la sentencia excluye el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo por estimarla incompatible con la indemnización del fuero.

Luego, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago declara inadmisible el recurso de casación en la forma y confirma, en la apelación, la sentencia de primera instancia.

La Corte Suprema, en la sentencia de casación en el fondo, estima que no se ha probado fehacientemente el hecho de que a la actora se la haya hostigado e impedido de ejercer su derecho a dar alimentos a su hija. Agrega que la

> simple mayor distancia que importa para la trabajadora el nuevo recinto o edificio institucional respecto de su domicilio particular, no es suficiente para configurar el menoscabo a que alude el artículo 12 (c. 7).

Hace presente esta sentencia que el cambio del lugar de trabajo y la alteración de los servicios no constituyen en este caso violación del contrato de trabajo por parte del empleador, debido a que el cambio importó el desempeño de funciones similares, a lo que debe agregarse el hecho indiscutido de que la trabajadora mantenía igual jerarquía y un mismo nivel de remuneraciones. Precisa, además, que

> el escaso tiempo de permanencia de la actora en las nuevas condiciones de trabajo, es un antecedente relevante que demuestra su falta de cooperación con la nueva organización y estructura de la empresa, que a esa fecha se estaba gestando (c. 10).

La sentencia acoge el recurso de casación en el fondo, estimando que el empleador no ha incurrido en las causales de caducidad imputadas y que, por tanto, debe entenderse que el contrato que unía a las partes ha terminado por renuncia del trabajador.

Sin duda la noción de menoscabo es bastante compleja y debe ser probada fehacientemente por el actor respectivo. La jurisprudencia administrativa y judicial ha distinguido diversas clases de menoscabo, como el socioeconómico, entendido como todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador en la empresa; el menoscabo moral, entendido como una mayor subordinación debido a un menor rango o jerarquía o la disminución de la esfera de influencia y área de desempeño de las funciones del trabajador, y el menoscabo ambiental, cundo se alteran negativamente las condiciones físicas o ambientales en que se desarrollan las labores[24].

Por otra parte, no parecieran pertinentes en una alegación por menoscabo, los argumentos de la actora en el sentido de que el perfil socioeconómico de los demás dependientes de la sede a la que fue trasladada no tenía coincidencia alguna con ella, como señala el fallo de primera instancia a fojas 185. Opinamos que jamás la condición socioeconómica de los trabajadores, en el medio ambiente laboral, podría implicar una suerte de menoscabo u hostigamiento.

GRATIFICACIONES

La opción que establece la ley en materia de gratificaciones, suscita diversos problemas en la práctica. En efecto, los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo estatuyen dos modalidades de gratificación legal, a saber, destinar una proporción no inferior al 30% de la utilidad líquida, en la forma que determine la ley (disminuyendo el 10% del valor del capital propio del empleador), o abonar a los trabajadores el 25% de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, no excediendo en este caso el monto total a gratificar de 4,75 ingresos mínimos mensuales.

La elección entre uno y otro sistema es facultad del empleador y, según el caso, podrá haber importantes diferencias entre uno u otro sistema. Uno de los problemas que se ha planteado es cuándo debe realizar dicha opción el empleador.

En *Espinoza con Lewin Gómez y cía* el máximo tribunal recuerda que ha decidido en otras oportunidades que la obligación de pagar gratificación se hace exigible a partir de la presentación de la declaración de renta al Servicio de Impuestos Internos. Si transcurrida dicha fecha el empleador no manifiesta su derecho de opción por el procedimiento establecido en el artículo 50 del Código del Trabajo, la elección posterior resulta extemporánea.

24 Melis, C. y F. Sáez: *Derecho del Trabajo* (Santiago: CONOSUR, 2000), t.i, pp. 229s.

En *Sindicato con Provida* la Corte Suprema reitera conceptos generales en materia de gratificación, en el sentido de que las partes pueden pactar individual o colectivamente una gratificación garantizada, caso en el cual no se vincula ésta con las utilidades del empleador. Recuerda la Corte que cualquiera sea la gratificación pactada, ésta no podrá ser inferior a la que corresponda legalmente.

Precisa al respecto el máximo tribunal que

si bien la ley autoriza como fuente de una obligación de carácter remuneracional, como es la de pagar gratificación, el libre concurso de voluntades del trabajador y el empleador, concesión excepcional en el ámbito del derecho laboral, tal libertad se consagra por el legislador sin restar aquellos resguardos imperativos que caracterizan las normas que regulan las relaciones del trabajo, desde que en el caso del precepto antes citado, la autonomía de la voluntad resulta relativa, ante la imposición de restricciones que la misma ley se encarga de precisar, referidas especialmente a la cuantía del beneficio (c. 15).

La Corte hace presente que, en caso de existir una gratificación convencional, si su cuantía es inferior a la que resulte conforme el artículo 47, surge el derecho a cobrar las diferencias. Por su parte, el artículo 50 contempla una manera especial, distinta de extinguir esta obligación legal, concediendo al empleador un derecho de opción con independencia de la voluntad del trabajador. Su ejercicio adquiere eficacia liberatoria únicamente cuando el empleador, haciendo uso de la misma, decide por sí pagar a sus trabajadores según la modalidad establecida en dicha norma.

FERIADO

El feriado ha sido definido como

el período, durante la vigencia del contrato, en que el trabajador, luego de un año de servicios, tiene derecho a que se suspendan sus obligaciones laborativas subordinadas a fin de que se desligue de tales deberes, goce de su libertad personal y de su propia capacidad de trabajo, recibiendo en el intertanto su remuneración habitual, como si hubiere estado en funciones[25].

En esta materia encontramos dos sentencias de interés, *Marín con Corporación Municipal*, y *Ormazábal con Corporación*, en las que se aplica supletoriamente el Código del Trabajo al Estatuto Docente en materia de feriado proporcional. En la primera de dicha causas, la Corte Suprema aclara:

que, en primer lugar, es posible concluir que sólo el artículo 41 del Estatuto Docente se refiere y regula el feriado de los profesionales de la educación y, en segundo lugar, que el Código del Trabajo es supletorio de aquél en aquellos derechos establecidos en la ley 19070, pero no reglamentados por ella. En tal sentido, se impone como conclusión, además, que el derecho a la compensación del feriado proporcional rige también para los profesionales de la educación (c. 7).

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Encontramos varias sentencias de interés en materia de responsabilidad subsidiaria.

25 Macchiavello, G: *Derecho del Trabajo* (Santiago: FCE, 1986), p. 341.

La primera, denominada *Valdenegro con Yarek*, interpuesta subsidiariamente contra Sociedad Anónima Manufacturera de Caucho, se refiere a la noción de contratista y su grado de amplitud.

La Corte Suprema al rechazar el recurso de casación en el fondo, señala que las expresiones "contratista" y "subcontratista" ocupadas por el legislador, hacen referencia a

aquellas entidades que colaboran con los fines propios de una empresa, es decir, a las organizaciones que tienden, con su actividad, a hacer más eficiente y expedito el logro del fin empresarial. En efecto, una unidad económica que persigue un fin productivo, puede, en determinadas condiciones, ante la ausencia o frente a los requerimientos técnicos específicos del mercado, precisar de la colaboración de otras organizaciones que se encuentren en situación más adecuada y óptima de brindarla para conseguir el fin indicado (c. 9).

Luego, en *Soto con Alfredo Chellew e hijos*, interpuesta subsidiariamente en contra de SQM Químicos, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y la Corte Suprema ratifican que, en los accidentes de trayecto, no es exigible la responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo.

Al respecto el tribunal de alzada expresó:

ninguna vinculación directa existía entre SQM Químicos SA y el trabajador, en términos que la empresa pudiera tomar todas aquellas medidas tendientes a impedir una situación como la indicada. Nunca estuvo en condiciones de prever lo ocurrido y menos aún si se considera que el accidente tuvo lugar en el trayecto al trabajo, fuera de la faena misma, único lugar donde pudo tener un grado de conocimiento que permitiera imputarle alguna responsabilidad en el hecho (c. 9).

Por su parte, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, explicando que existe jurisprudencia reiterada en la materia, en orden a que, en el accidente de trayecto, no puede hacerse efectiva la responsabilidad subsidiaria.

En las sentencias *Vidal con Vallejo*, *Olguín con Vallejo* y *Panta con Vallejo*, la Corte Suprema establece los "límites de derecho y de hecho" de la responsabilidad subsidiaria.

En efecto, los recurrentes alegan que el responsable subsidiario no lo es de la indemnización sustitutiva del aviso previo, de la por años de servicio anteriores a la obra y de la de compensación del feriado. La Corte, por su parte, precisa que las palabras "obligaciones laborales y previsionales" a las que alude la responsabilidad subsidiaria, deben entenderse en forma amplia, al tenor del principio de protección, específicamente de la regla *in dubio pro operario*. Por tanto, comprenden todos los deberes, imposiciones y exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, legal, contractual o de la aplicación práctica dada por las partes. Esta concepción amplia, indica el máximo tribunal, comprende, entre otras, la prevención de contingencias sociales y la cobertura de siniestros, las indemnizaciones sustitutita del aviso previo, por años de servicio y la de compensación del feriado, el pago de remuneraciones, gratificaciones, horas extras, etc.

Con todo, las sentencias precisan los límites de derecho y de hecho de la responsabilidad subsidiaria. Jurídicamente esta responsabilidad limita cuando se trata de la construcción de edificios por un precio único prefijado, encargada por una persona natural, caso excluido por la ley.

Desde un punto de vista práctico o de hecho, esta responsabilidad procede sólo cuando el dueño de la obra, empresa o faena ha podido fiscalizar el cumplimiento de las respectivas obligaciones, por parte del contratista o subcontratista. Además, esta responsabilidad debe aplicarse en forma proporcional al tiempo de la obra encargada y a la efectividad de los servicios prestados por los trabajadores del contratista, que podrían beneficiar a varios dueños de obras.

Por su parte, el ministro señor Marín precisó en un voto disidente que no resulta posible extender esta responsabilidad subsidiaria al pago de las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo, de la por años de servicio anteriores a la obra y de la de compensación del feriado.

Estimamos en principio razonables las reflexiones de la mayoría de la Corte acerca de los límites de la responsabilidad subsidiaria. No obstante, estimamos que estas limitaciones que no emanan del tenor literal de los artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo, deberán interpretarse restrictivamente buscando la protección de los trabajadores afectados. Siempre la demandada subsidiaria deberá probar la procedencia de algunos de estos límites.

FUERO

El fuero o inamovilidad laboral ha sido definido como

> una forma de protección legal, establecida a favor de los trabajadores que se encuentren en estado de "vulnerabilidad", con el fin de evitar que, arbitrariamente, sean despedidos de su trabajo, en cuanto dure dicho estado[26].

Para estos efectos, el Código del Trabajo, en su artículo 174 dispone que para despedir a un trabajador aforado debe solicitarse una autorización judicial previa, la que sólo podrá otorgarse por la procedencia de causales de caducidad, por el vencimiento del plazo del contrato y por la conclusión de la obra o servicio.

En *Valenzuela con Laboratorio Minlab* se postula que para que sea exigible al empleador obtener una autorización judicial para poner término a un contrato de trabajo a plazo fijo, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1 que dicho plazo se encuentre pendiente, y
2 que el estado de embarazo sea conocido.

Aunque comentaremos esta sentencia en el subpárrafo destinado al despido injustificado, haremos presente en esta parte que no concordamos con el criterio de la Corte Suprema, por estimar que el tenor del artículo 201 inciso 4° del Código del Trabajo es perentorio, en el sentido de que la ignorancia del estado de embarazo no exime al empleador del cumplimiento del desafuero

26 *ibid* 537.

establecido en el artículo 174 del Código del Trabajo, y si se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a esta norma la medida quedará sin efecto y la trabajadora podrá volver a su trabajo en las condiciones que indica.

En otra causa, *Curilem con CONADI*, la sentencia de primera instancia hace presente que un sumario administrativo legalmente tramitado prima por sobre las normas del fuero maternal y, la de segunda instancia, precisa que para los trabajadores sujetos al estatuto administrativo las causales de destitución son la procedentes para separarlos de sus cargos, previo el sumario respectivo, pudiendo reclamarse administrativamente si se estima que no ha sido ajustado a derecho, de forma tal que los derechos de la maternidad en el sector público están suficientemente garantizados, por lo que no es necesario el procedimiento de desafuero estatuido en el artículo 174 del Código del Trabajo para el sector privado, con un sentido finalista, protector y garantista.

La Corte Suprema indica que la potestad sancionadora ejercida por la Administración del Estado, conforme a sus normas estatutarias, prima sobre cualquier clase de inamovilidad que pudiera favorecer en un momento determinado a un servidor público, incluidas las normas sobre protección de la maternidad. Agrega que los tribunales del trabajo carecen de competencia para conocer de la aplicación del régimen estatutario de los funcionarios públicos, a quienes no se les aplica el procedimiento del artículo 174 del Código del Trabajo.

Por último, en *Cortés con Gallo* la Corte invalida de oficio la sentencia en que se ha rechazado la demanda por despido indirecto debido al transcurso del plazo de caducidad respectivo. Con todo, las sentencias de primera y segunda instancia otorgan el pago del fuero maternal a una de las trabajadoras demandantes, por estimar que el artículo 201 sobre fuero de maternidad prima por sobre la irrenunciabilidad del artículo 5 del Código del Trabajo.

Por el contrario, la Corte Suprema expresa que si bien el artículo 201 es imperativo y de orden público, ha sido la propia trabajadora quien ha puesto término al contrato de trabajo. Precisa, además, que la actora se acogió a una causal de término que no importa un despido propiamente tal, no importa una decisión unilateral del empleador y, por ende, no opera el beneficio que la ley establece ante dicha decisión unilateral.

No concordamos con este criterio. Es posible que, transcurrido el plazo de caducidad desde que se puso término al contrato, la actora haya perdido sus derechos y deba "interpretarse" que renunció a su trabajo, como dispone la ley. Mas no es posible diferenciar el despido indirecto del despido por voluntad unilateral del empleador como hace esta sentencia. Cabe recordar que el despido indirecto o autodespido implica que el empleador ha incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones, según los artículos 171 en relación al 160 NN° 1, 5 y 7 del Código del Trabajo. Por tanto, es plenamente asimilable a un despido unilateral del empleador. Si no, bastaría que un empleador inescrupuloso incumpliere sus obligaciones gravemente e impulsara al traba-

jador a poner término al contrato, para quedar eximido de las obligaciones del fuero.

En el caso en comento, tratándose del fuero maternal, nada obstaría a su pago si la acción fuere interpuesta dentro de plazo. De hecho, así lo ha decidido la Corte Suprema en materia de fuero sindical cuando el empleador ha modificado unilateralmente el contrato, respetando aparentemente el fuero del director sindical. Este criterio, además, es sustentado por la doctrina laboral[27].

RENUNCIA Y FINIQUITO

En esta parte del comentario nos abocaremos a dos sentencias de interés.

La primera, *Silva con DUOC*, se trata de un trabajador que ha suscrito una serie de contratos a plazo con sus respectivos finiquitos. El Primer Juzgado Laboral de Valparaíso determina que, para que el finiquito tenga poder liberatorio y pueda ser invocado por el empleador, no basta el autorizar la firma o dar cuenta de haberse firmado ante ministro de fe, ya que debe ser firmado y ratificado ante el ministro de fe. La sentencia da por probado el vicio de "fuerza" en la firma de varios de los instrumentos, ya que su firma era requisito para el pago del sueldo de diciembre.

La sentencia de segunda instancia confirmó la resolución apelada y la Corte Suprema, sin perjuicio de estimar que se trata de cuestiones de hecho, hace presente que los finiquitos deben ser ratificados ante el ministro de fe correspondiente. Finalmente la Corte rechaza el recurso de casación en el fondo aludiendo a los principios de continuidad y de primacía de la realidad, según comentamos en su oportunidad.

En la segunda, *Aguillón con Compañía General de Electricidad*, la Corte de Apelaciones de Concepción revoca la de primera instancia y declara injustificado el despido, ya que la renuncia no ha cumplido con los requisitos del artículo 177 del Código del Trabajo, establecidos para tutela de la voluntad real del trabajador. Posteriormente, la Corte Suprema revoca la sentencia de apelación precisando que el artículo 177

> no evidencia, desde ningún punto de vista, el afán de hacer inoperante una renuncia, presentada o realizada a sabiendas por el trabajador o conociendo éste sus efectos mediatos e inmediatos (c. 8).

El trabajador habría reconocido su renuncia al intentar revocarla con posterioridad y se habría establecido la validez de la renuncia por otros medios probatorios en el proceso.

Disentimos de la tesis de esta sentencia, ya que estimamos que la renuncia debe cumplir con las formalidades contempladas en el artículo 177 del Código del Trabajo, por tratarse de un acto del trabajador que, en definitiva, implica la extinción de sus derechos, considerando el poder e influencia del empleador

27 Rojas, I: *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago: LexisNexis, 2004), p. 258. La sentencia de la Corte Suprema que mencionamos es citada por esta autora en dicha página, en la nota 526.

respecto de su contraparte durante la relación laboral. Por ello, el legislador ha estatuido requisitos para la renuncia con el fin de cautelar la voluntad real del trabajador.

A pesar de que el demandante presentó la renuncia, reconoció su firma, envió copia a la Inspección del Trabajo y trató de revocarla, no es suficiente decir que "no probó las presiones en su contra" (c. 2), ya que en este caso quien debe probar que no hubo fuerza es el empleador, debido a que el acto de renuncia carece de los requisitos exigidos por ley.

CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

En materia de caducidad y prescripción encontramos algunas sentencias de interés.

Por ejemplo, en *Durán con Club de Deportes Temuco* la Corte Suprema precisa que el plazo de caducidad estatuido en el artículo 168 no es aplicable cuando se demanda la indemnización del lucro cesante por el término anticipado del contrato a plazo fijo. En estas situaciones rigen los plazos de prescripción del artículo 480 del Código del Trabajo.

Por otra parte, esta sentencia hace presente que la interpretación de los dos primeros incisos del artículo 480 debe efectuarse distinguiendo si se trata o no de derechos que tienen su fuente en la ley. De tal forma, el plazo de prescripción de seis meses sería sólo aplicable a beneficios contractuales, contado desde la terminación del contrato y, el de dos años, a los legales, contado desde que se hicieron exigibles, como ocurre con la compensación del feriado legal o proporcional.

En *Jiménez con Aetna* la Corte Suprema reitera este criterio, en cuanto a la interpretación del artículo 480.

En la *Díaz con Establecimientos De La Fuente*, ante una demanda por diferencias de cálculo de indemnización y otros pagos, se discute si, en este caso, es aplicable el plazo de caducidad del artículo 168. Tanto la sentencia de primera instancia como la de alzada concluyen que no, toda vez que no se trata de una demanda por despido injustificado, sino del reclamo por el cálculo de las prestaciones que indica. La Corte Suprema, por el contrario, acoge la excepción de caducidad debido a que el artículo 169 del Código del Trabajo en forma expresa se remite al artículo 168 para estos efectos. En el mismo sentido, se pronuncia en *Aguilera con Banco Corpbanca*.

En *Díaz con Muñoz* la Corte Suprema acoge la excepción de caducidad en una demanda por despido injustificado, precisando que la suspensión estatuida por el artículo 168 inciso final es excepcional y que el plazo de 90 días hábiles señalado como límite para recurrir a los tribunales no se aplica por la sola circunstancia de haber mediado un recurso administrativo. En efecto, en el caso en cuestión, finalizado el reclamo se había reanudado el plazo del inciso 1º del artículo 168, de 60 días hábiles, caducando la acción respectiva.

Por último, en *Arratia con Jottar* la Corte Suprema invalida la sentencia apelada que había acogido la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, ordenando continuar la ejecución hasta hacer al ejecutante íntegro pago de lo adeudado.

La discusión se producía debido a que la sentencia laboral no contenía, al momento de su dictación, una expresa determinación de la suma a pagar, tal como lo dispone el artículo 458 Nº 7 del Código del Trabajo. Dicha determinación fue practicada por el secretario del tribunal meses después y el ejecutado exponía que habían transcurrido en exceso los tres años del plazo de prescripción, ya que éste debía contabilizarse desde que la sentencia se encontrara firme y no desde que se liquidara la deuda.

La Corte Suprema expresa que, en materia laboral y por expresa disposición del artículo 458, la sentencia definitiva laboral debe contener, entre otros requisitos, la resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal con expresa determinación de las sumas que ordene pagar, si ello fuere procedente. Por tanto, agrega el fallo de casación, esta disposición es más exigente que la contenida en el artículo 170 Nº 6 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia,

> para exigir el pago de prestaciones ilíquidas contenidas en una sentencia definitiva laboral, deben encontrarse ejecutoriadas tanto la sentencia definitiva que las contiene como la que las determina y regula, pues la exigibilidad del fallo dictado en una causa del trabajo, por su naturaleza, no sólo emana del carácter ejecutoriado del referido fallo, sino también de la ejecutoria de la resolución sobre la liquidez de las prestaciones que aquélla demanda pagar (c. 4).

Por lo anterior, el cómputo de tres años para que opere la prescripción extintiva de la acción ejecutiva en materia laboral, desde contabilizarse desde que la obligación se hizo exigible, en el caso en cuestión, desde que quedaron ejecutoriadas las resoluciones que liquidaron el crédito y tasaron las costas de la causa, por su condición de accesorias y complementarias de la sentencia definitiva condenatoria y cuyo cumplimiento se reclama.

Concordamos plenamente con la interpretación protectora de la Corte Suprema en este caso. Sin duda, una de las materias legislativas pendientes dice relación con la perfección del artículo 480, no en cuanto a la extensión de los plazos sino respecto de la exigibilidad de los derechos.

En derecho comparado, los derechos laborales prescriben desde el término de la relación laboral y no desde que se hicieron exigibles, como señala el inciso 1º del artículo 480. Ello en base a que el trabajador por temor a perder su fuente de trabajo difícilmente accionará por sus derechos. De hecho, el artículo 5 inciso 2º del Código del Trabajo razona en idéntico sentido prohibiendo la renuncia a los derechos laborales mientras subsista el contrato de trabajo. Por el contrario, el artículo 480 razona en una lógica inversa y, en nuestra opinión, inconstitucional, al violentar el derecho de propiedad de los trabajadores[28].

28 *cfr.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, pp. 194ss.

Por su parte, la Corte Suprema en los fallos comentados en este acápite, busca la interpretación más ecuánime dentro de la literalidad de la norma.

Finalmente, en *Jeria con Alfa* la Corte Suprema precisa, respecto del plazo de caducidad estatuido en el artículo 168 del Código del Trabajo, sobre despido injustificado, que recurrir al "juzgado competente" debe ser entendido como al "tribunal de la especialidad" y, por ende, la sola interposición de la demanda ante un juzgado de letras del trabajo, cualquiera sea el territorio jurisdiccional de éste, es suficiente para causar la interrupción del plazo de caducidad.

TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO

El mayor número de sentencias comentadas se relaciona con el término del contrato de trabajo en un sentido amplio, comprensivo tanto de la aplicación de las causales de término así como en lo relativo a la indemnización por años de servicios.

Para ordenar los comentarios, dividiremos nuestro estudio en los siguientes apartados: despido injustificado, despido nulo por no pago de imposiciones e indemnización por años de servicios.

Despido Injustificado

De las sentencias analizadas la mayor cantidad corresponde a despido injustificado, indebido o improcedente.

Dentro de las ideas generales y antes de entrar en las causales de término de los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo, cabe destacar que en *Fajardo con Caracol* la Corte Suprema, al rechazar la casación de fondo por manifiesta falta de fundamento, ratifica la tesis de que las causales de término de contrato de trabajo no pueden ser preestablecidas por la autonomía de las partes, quedando su ponderación en cuanto a la existencia de los hechos y a la calificación jurídica de los mismos entregada al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales (c. 2).

Concordamos plenamente con este criterio, en el sentido de que las causales de término de contrato son de orden público y, por ende, la autonomía privada de las partes o la voluntad del empleador no pueden crear nuevas causales o calificar anticipadamente los hechos, ya sea en el contrato de trabajo o en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, ya que se trata de una materia que es facultad exclusiva de los tribunales.

Por otra parte, en la sentencia *Macías con Escuela* la Corte Suprema precisa, dentro de las formalidades del despido, respecto del aviso regulado en el artículo 162 del Código del Trabajo, que la ausencia de descripción de los hechos en que se funda la causal no lo invalida, ni coloca al dependiente en una situación de indefensión, toda vez que igualmente puede demandar despido injustificado y recaerá en el empleador la obligación de probar que la terminación del contrato se produjo por hechos que configuran una causal de término (cc. 6–7). No concordamos con esta tesis que innova respecto de jurisprudencia

anterior, que había sostenido el criterio de que la omisión en el aviso de los hechos que configuran la causal deja en la indefensión al trabajador y constituye, por su propio mérito, un despido injustificado[29]. Lo anterior no implica que el despido se invalide o sea nulo, sino que será injustificado ya que se asimila a un despido en el que no se ha impetrado causal alguna.

Luego, tres de los fallos seleccionados hacen referencia al contrato a plazo. Como sabemos, la legislación laboral tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional propende a la máxima durabilidad del vínculo contractual. De hecho, uno de los principios de la legislación laboral es el de continuidad[30]. Si bien el ámbito de aplicación de este principio es bastante amplio[31], una de sus expresiones más conocidas se refiere al contrato a plazo, donde el artículo 159 Nº 4 del Código del Trabajo, recogiendo este principio[32], establece tres hipótesis de conversión del contrato a plazo, cuando es renovado por segunda vez; cuando el trabajador continúa prestando sus servicios, con conocimiento del empleador, después de expirado el lapso del contrato, y cuando hay tres o más contratos a plazo, intermitentes, y éstos han durado, a lo menos, doce meses, dentro de un período de quince meses contado desde la primera contratación.

La primera de las sentencias en comento, *Umaña con Fundación*, desconoce el valor liberatorio del finiquito otorgado, en el entendido de que se han vulnerado derechos irrenunciables como los de la maternidad, ya que la actora se encontraba en estado de embarazo. En efecto, aunque se firmaron finiquitos no se recabó la correspondiente autorización judicial previa que exige la ley en el artículo 174 del Código del Trabajo, para finalizar el contrato a plazo de un trabajador con fuero.

Luego, en el segundo fallo, denominado *Silva con DUOC*, la Corte Suprema cita los principios de continuidad y primacía de la realidad (c. 8) mencionados en un par de sentencias anteriores, con el fin de fundamentar su decisión en orden a la falta de requisitos de los finiquitos presentados, lo que configuró la conversión del contrato en uno indefinido, en su segunda renovación.

Ambas sentencias refuerzan el principio de continuidad en nuestro derecho.

Por último, una tercera sentencia que citamos al hablar del fuero, caratulada *Valenzuela con Laboratorio Minlab*, postula que para que sea exigible

29 *vid.* Nadal, D: *El Despido en el Código del Trabajo* (Santiago: Lexis-Nexis, 2003), pp. 541s.
30 *vid.* Plá, *op. cit.* en n. 8, pp. 215ss.
31 El principio de continuidad tiene múltiples expresiones en nuestro derecho, a saber: en la tipología contractual, en la ejecución del contrato (respecto de las modificaciones al contrato, en cuanto a la sustitución del empleador y en el caso de transformación de la empresa) y en el término de la relación laboral (en la permanencia del contrato a pesar de los incumplimientos y nulidades, respecto de la rescisión del contrato por voluntad patronal y en el caso de las interrupciones del contrato, las cuales se interpretan como suspensiones). *cfr.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, pp. 157ss.
32 Cabe precisar que algunos autores plantean que el principio de continuidad no se encuentra reconocido en el derecho chileno, debido a la amplitud con que el Código del Trabajo permite los contratos temporales sin causa, afectando la esencia de este principio, *cfr.* Lizama, L. y J.L. Ugarte: *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa* (Santiago: Conosur, 1998), pp. 123s. Una réplica a estos argumentos en Gamonal, S: *El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo* (Santiago: Editrem, 2000), p. 34 nota 57.

al empleador obtener una autorización judicial para poner término a un contrato de trabajo a plazo fijo, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1 que dicho plazo se encuentre pendiente, y
2 que el estado de embarazo sea conocido.

En este caso disentimos del criterio de la Corte Suprema, por estimar que el tenor del artículo 201 inciso 4º del Código del Trabajo es perentorio, en el sentido de que la ignorancia del estado de embarazo no exime al empleador del cumplimiento del desafuero establecido en el artículo 174 del Código del Trabajo, y si se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a esta norma la medida quedará sin efecto y la trabajadora podrá volver a su trabajo en las condiciones que indica. Es cierto que pueden producirse innumerables problemas prácticos para el empleador en estas situaciones, mas estimamos que la solución dada por la Corte Suprema es errónea y perjudica los intereses de las madres embarazadas. Con todo, ante una situación similar, no podría negarse al empleador el derecho de solicitar el desafuero, aunque el contrato haya terminado por vencimiento del plazo y el estado de embarazo haya sido conocido con posterioridad. Pero esta solución no es idéntica a la de la sentencia comentada, ya que el desafuero en el contrato a plazo no es un mero trámite y, de hecho, podría ser denegado, por ejemplo, si se prueba que la intención de la parte empleadora era prorrogar el contrato y que al enterarse del estado de gravidez de la trabajadora decidió terminar el contrato[33].

En materia de contrato por obra o servicio, en *Guerra con Maestranzas Navales* la Corte Suprema precisa que la invocación de esta causal debe ser oportuna. Por el contrario, su impetración extemporánea cuando el contrato de trabajo se ha mantenido en ejecución no obstante haber finalizado la obra, implica un despido injustificado.

Esta tesis de la Corte Suprema es acertada ya que una vez finalizada la obra o servicio el contrato debe terminar. En caso contrario, si el trabajador sigue prestando servicios con conocimiento del empleador, no puede sostenerse que se ha prorrogado el contrato por obra. Lo anterior, debido a la aplicación del principio de continuidad, en virtud del cual los contratos temporales deben ser estipulados en forma expresa, siendo la regla general el término indefinido[34]. Por otra parte, si bien el artículo 159 del Código del Trabajo no establece la conversión del contrato por obra o servicio, si el trabajador sigue laborando una vez finalizada la misma, como sí lo estatuye respecto del contrato a plazo, nada impide que, dada la naturaleza consensual del contrato de trabajo, se presuma la existencia de una cláusula tácita que establezca dicha conversión, salvo prueba en contrario. Estimamos que éste es el fundamento de la doctrina

33 Existe un antecedente en este sentido, en un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, confirmado por la Corte Suprema, citado por Lizama, *op. cit.* en n. 32, pp. 171ss.
34 Ruprecht, A: *Los Principios Formativos Laborales y su Proyección en la Legislación* (Buenos Aires: Zavalia, 1994), p. 76.

sustentada por la Corte en esta sentencia, aunque no se haga referencia a la misma en sus considerandos[35].

En *Palma con Neut Latour y cía* la sentencia de primera instancia considera que una sucesión de contratos por obra o faena, contratadas por las mismas labores, es un contrato indefinido de trabajo, no obstante los finiquitos firmados por las partes. Lo anterior, en base a que dichos contratos por obra o faena no se enmarcaban en los casos en que procede esta modalidad de contratación, a saber: 1 trabajadores que ocasionalmente se desempeñan para un mismo empleador, o 2 la naturaleza de los servicios desarrollados u otras circunstancias especiales y calificadas, permiten la contratación bajo esta modalidad.

Luego, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó parcialmente la sentencia en alzada. A su vez, la Corte Suprema invalidó de oficio el fallo de segunda instancia y, en la sentencia de reemplazo, confirma la de primera instancia, sin perjuicio de realizar algunas correcciones en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio más su respectivo incremento.

Estimamos que la interpretación de la sentencia de primera instancia, ratificada posteriormente por la Corte Suprema, constituye una aplicación protectora muy importante que permite limitar abusos eventuales en esta forma de contratación.

Respecto de la causal de término de contrato basada en caso fortuito o fuerza mayor, artículo 159 Nº 6 del Código del Trabajo, en la causa *Retamal con Preocores*, la demandada argumenta que el contrato de trabajo ha finalizado porque uno de sus clientes ha puesto término a sus servicios, situación que puede asimilarse a la fuerza mayor, ya que ninguna responsabilidad o participación le cupo en tal decisión. La Corte de Apelaciones de Rancagua determinó que constituye un imprevisto difícil de superar el hecho de que la empresa para la que el demandado prestaba servicios, haya decidido unilateralmente poner término al contrato. Por el contrario, la Corte Suprema cita el artículo 45 del Código Civil que define el caso fortuito o fuerza mayor como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, un apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.", haciendo presente que para encuadrarse en esta figura deben cumplirse tres requisitos, a saber, imprevisibilidad, irresistibilidad y que el hecho no pueda haber sido provocado por quien lo alega (inimputabilidad).

La imprevisibilidad significa que racionalmente no existe manera de anticipar su ocurrencia o, más precisamente, que se desconozca con antelación la causa que lo provoca, razón por la cual el afectado no podrá deducirlo con un cierto grado de seguridad o certeza. La irresistibilidad, implica que quien lo sufre sea incapaz de evitar su ocurrencia como sucede. Por último, el hecho no puede haber sido provocado por quien lo alega, ya que ello implicaría exonerarse de responsabilidad por hecho propio y voluntario.

35 Respecto de la conversión del contrato por obra o servicio, *vid.* Gamonal, *op. cit.* en n. 8, pp. 162s.

La Corte Suprema argumenta que correspondía al demandado probar la concurrencia de estos requisitos, lo que no ha ocurrido en autos respecto de la "imprevisibilidad" en el entendido de que no se trata de un hecho cuya ocurrencia, racionalmente, no pueda ser anticipado o, más precisamente, que se desconozca con antelación la causa que lo provoca. Por esta razón el máximo tribunal estimó injustificado el despido.

En otra causa, *Pizarro con VTR*, la Corte Suprema precisa que la invalidez total, transitoria o permanente, no configura la causal de caso fortuito o fuerza mayor.

La doctrina sustentada por la Corte Suprema en el primer fallo mencionado, relativa a los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor, concuerda plenamente con las reglas generales y con el planteamiento de la doctrina en estos casos[36].

En materia de causales de caducidad, cabe recordar la tesis recurrente de la jurisprudencia en materia de "perdón de la causal". En efecto, el Código del Trabajo no señala un plazo para que el empleador impetre la causal de caducidad y ponga término al contrato. Con todo, reiterados fallos de los tribunales, por una exigencia de seguridad jurídica, han sostenido que esta facultad debe utilizarse en un tiempo prudente ya que, en caso contrario y de continuar en ejecución el contrato, debe entenderse que ha operado el "perdón de la causal". Al respecto, en el año 2003, encontramos dos fallos que hacen referencia y reiteran esta tesis, a saber, *Vergara con Aerolite*, donde la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago señala que la invocación de la causal de despido debe ser oportuna, dentro de un plazo prudencial entre la situación fundante y el despido. Posteriormente, la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo. En el segundo fallo, *Pereira con Establecimiento Educacional*, el "perdón de la causal" es aplicado esta vez al trabajador que ha accionado por despido indirecto, toda vez que, como expresa la Corte Suprema, son hechos establecidos en la sentencia impugnada que la demandante imputa a su empleadora el trato indigno e irrespetuoso, lo que habría ocurrido en mayo de 2001 y junio de 2002, los que resultan extemporáneos en relación a la época del autodespido (c. 8 sent. cas. en el fondo).

El perdón de la causal es una de las expresiones de la buena fe en materia laboral, ya que una vez producida la infracción, ésta debe ser impetrada dentro de un lapso razonable[37]. En caso contrario, la subsistencia del contrato quedaría sujeta al mero arbitrio de una de las partes. Además, considerando los elementos personales del contrato, la continuación en su ejecución implica una suerte de renuncia tácita a alegar la causal de caducidad. No obstante, debemos hacer algunas reservas, ya que ciertas infracciones leves pueden configurar, por su continuidad en el tiempo, una falta grave, por ejemplo, los atrasos reiterados. Por otra parte, la aplicación del perdón de la causal en el despido indirecto o

36 *vid.* Lizama, L.: *Derecho del Trabajo* (Santiago: LexisNexis, 2003), p. 187.
37 Gamonal, *op. cit.* en n. 8, p. 180.

autodespido debe ser ponderada con extrema prudencia, ya que puede darse el caso inverso en orden a que pequeños hostigamiento vayan conformando en el tiempo un acoso moral que implique una falta grave del empleador en contra del trabajador. Asimismo, el hecho de poner término al contrato de trabajo tiene connotaciones distintas para el empleador que para el trabajador. Para el primero, se termina un contrato y, de ser necesario, se contrata a un trabajador reemplazante. Para el segundo, se termina la fuente de trabajo, salvo que haya encontrado otro puesto, además de la eventualidad de tener que recurrir a la vía judicial para el pago de las indemnizaciones del caso, según el artículo 171 del Código del Trabajo. En este contexto, sin descartar la posibilidad de un perdón de la causal por parte del trabajador en el despido indirecto, creemos que los tribunales deben ponderar con extremo cuidado cada uno de los casos que deban resolver.

Respecto de las causales de caducidad, encontramos un interesante fallo en la causa *Valderrama con Temsel*, relativa a la falta de probidad. En ella el gerente general de una sociedad anónima ha sido despedido por falta de probidad al comprobarse que ha formado una sociedad de responsabilidad limitada con terceros, participando en un 50 % del capital, y cuyo objeto coincide en parte con el de la sociedad donde prestaba servicios.

La sentencia de primera instancia, del Séptimo Juzgado Laboral de Santiago, estimó injustificado el despido, ya que, según señala, la "falta de probidad" debe consistir en incorrecciones graves, trascendentes, con algún "perjuicio económico para el empleador", y el acto dañino debe ser realizado por el trabajador en el desempeño de sus funciones, con alguna "habitualidad", debiendo estar debidamente comprobado, de manera que produzca en el sentenciador plena convicción sobre su configuración (c. 20). Por estas razones declara injustificado el despido.

Luego, la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia de primera instancia, con un voto disidente del abogado integrante señor Mauriz, quien alude a la supletoriedad de la legislación común de los contratos en lo no regulado por la ley laboral, sobre todo el principio de buena fe. Agrega que el demandante realizó un acto contrario al interés social y que las voces honradez, probidad, respeto y confiabilidad no aceptan la posibilidad ni siquiera remota de que un gerente general, máxima autoridad en el cumplimiento de acuerdos del directorio y revestido de poderes de gran amplitud, pueda formar sociedades con terceros cuyo objeto se tope tangencialmente con los de la sociedad de la que es gerente. Una situación como la descrita lo obliga renunciar o a solicitar autorización expresa del directorio. Por estos motivos, estuvo por considerar justificado el despido.

La Corte Suprema anula la sentencia de la Corte de Apelaciones y, en la de reemplazo, declara justificado el despido. Lo anterior, debido a que se habría infringido el artículo 160 Nº 1 del Código del Trabajo, que a la fecha establecía como causal de caducidad la "falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada"[38]. La Corte precisa que no es necesario acreditar la habitualidad de la conducta reprochable del empleado y menos aún que éste le hubiere causado un perjuicio económico grave o extendido en el tiempo al empleador, para dar por concluida la relación laboral.

Además, la Corte aplica el principio de especialidad por estimar que la legislación sobre sociedades anónimas es más específica que la laboral y, en este entendido, rigen en este caso las prohibiciones que dicho régimen establece respecto de los gerentes y directores, impidiéndole al gerente adoptar decisiones que no tengan por finalidad el interés social sino sus propios intereses y prohibiéndole ejecutar actos contrarios al interés social ni usar su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados, en perjuicio del interés social[39]. Añade que esta normativa impone a los gerentes un mínimo ético que debe ser observado y cumplido con rigurosidad y celo extremo.

Agrega que en el contrato de trabajo se entienden incorporados deberes de lealtad y fidelidad que obligan al cumplimiento de ciertos principios como la honradez, la confianza y la buena fe, sin que se requiera una estipulación expresa en este sentido. Por probidad, debe entenderse buena conducta, buena fe, honestidad, honor y corrección en el obrar. Esta exigencia es más relevante aún en el caso del gerente que administra y ejecuta los negocios de una sociedad anónima. Por último, cita el artículo 1546 del Código Civil relativo a la buena fe con que deben ejecutarse los contratos.

Estimamos acertada la decisión de la Corte Suprema, ya que las circunstancias fácticas probadas en autos configuran la falta de probidad del trabajador. La Corte aplica adecuadamente la supletoriedad de la legislación civil en lo no regulado por el Código del Trabajo, ya que si bien el derecho del trabajo es una rama independiente y autónoma, ello no obsta para aplicar supletoriamente normas civiles siempre que no contravengan los principios de las leyes laborales.

Por otra parte, la aplicación del principio de especialidad en el caso del gerente de sociedad anónima es pertinente, considerando el grado de confianza que su cargo representa para la sociedad. Cabe recordar que siempre el contrato de trabajo es *intuito personae* respecto del trabajador, y más aún cuando se trata de funciones de máxima confianza como ser gerente general de una empresa, cargo que, además, exige estar al tanto de las normas comerciales que regulan dicha actividad.

Finalmente, destacamos que se solicitara una indemnización por "daño moral" en esta causa. Sin duda, dado el mérito del proceso, ésta no procedía y, de hecho, fue rechazada por el fallo de primera instancia por no estar probado

38 Después de la ley de reforma 19759, esta causal fue perfeccionada en su redacción, estableciendo que el contrato termina sin derecho a indemnización por alguna de las causales indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas que señala, como "falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones".

39 Ley 18046, arts. 50 y 42 Nº 7.

el daño moral sino sólo el económico (c. 25). La sentencia agrega que el perjuicio económico está comprendido con las indemnizaciones laborales, tesis que no suscribimos ya que éstas se calculan en forma tarifada según antigüedad y no en atención a los daños económicos efectivos[40].

Por otra parte, la sentencia rechaza la excepción de incompetencia para conocer el daño moral por término de contrato, por cuanto se trata de una cuestión entre empleador y trabajador derivada de la aplicación e interpretación de un contrato individual de trabajo, según el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo, lo que se enmarca dentro de la competencia del tribunal del trabajo. Esta postura es correcta, según hemos sostenido otras veces[41], ya que el daño moral derivado de la aplicación abusiva de una causal de despido es de naturaleza contractual y, por ende, de la plena competencia del juez laboral.

Otra sentencia se refiere a la causal del artículo 160 Nº 3. Se trata de la causa *Fuentes con Soriano*, donde el trabajador demanda despido injustificado después de haber sido despedido por haber faltado dos días seguidos a sus labores en forma injustificada. La sentencia de primera instancia, del Primer Juzgado Laboral de Santiago, acoge la demanda, por estimar que el empleador no ha probado fehacientemente los hechos que configuran la causal de despido, considerando que

> se ha acreditado que la madre del trabajador falleció el 26 de agosto de 1998, de modo que faltó los días 27 y 28 debido a la muerte de su madre y tener que cumplir los trámites necesarios para su sepultación [...], hecho suficientemente grave para justificar una ausencia laboral y restar legitimidad al término del contrato del actor por la causal imputada por el empleador (c. 4).

Agrega el fallo que, a mayor abundamiento, el demandante aportó fotocopia de licencia médica que se le otorgó a contar del 27 de agosto por seis días. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia y la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, interpuesto en base a que los sentenciadores habrían considerado una licencia médica extemporánea para resolver el asunto controvertido. En efecto, la Corte precisa que la nulidad intentada procede por infracciones de ley y no de reglamento y que la sentencia impugnada ha fijado como hecho que el trabajador se ausentó justificadamente debido al fallecimiento de su madre y sólo, en forma complementaria, ha citado la referida licencia médica.

Cabe recordar que la doctrina y la jurisprudencia han precisado que la noción de causa justificada no está definida en la ley y, por ende, puede consistir en cualquier hecho que, atendida su naturaleza y entidad, haya hecho imposible al trabajador concurrir a su trabajo en forma normal, no limitándose al hecho de una enfermedad, así como tampoco vincularse necesariamente a una licencia médica, ya que su acreditación puede basarse en cualquier medio probatorio[42].

En el fallo *Vega con Durán* el actor demanda despido injustificado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 160 Nº 4 del Código del Trabajo, por abandono

40 Gamonal, *op. cit.* en n. 32, pp. 478s. 41 *ibid*, pp. 645s. 42 *cfr.* Melis, *op.cit.* en n. 24, p. 269.

del trabajo por parte del trabajador en base a su salida intempestiva e injustificada del sitio de la faena durante las horas de trabajo, sin permiso de su empleador o de quien lo represente.

Los hechos concretos habrían sido la salida del trabajador quien desempeñaba labores de lavado y aseo en la feria regional de Quillota, para realizar funciones en la feria de Calera, lo cual no fue autorizado por su superior jerárquico sino por un veterinario que ejerce funciones en la feria de Quillota y que en innumerables ocasiones le ordenaba al actor la salida del lugar con el fin de ejercer funciones en otros sitios, siempre en relación con dicha feria. La sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Quillota, al tenor del mérito del proceso, concluye que era una práctica habitual y frecuente que los trabajadores de la mencionada feria fueran destinados por sus empleadores a cumplir labores distintas a las consignadas en sus contratos y fuera del lugar de trabajo, situación que, de hecho, era aceptada por los socios de la misma. Por lo anterior, no puede entenderse que la salida del actor fue injustificada y sin permiso del empleador, aceptando la acción de despido injustificado.

Luego, la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirma el fallo con un voto disidente del abogado integrante señor Aimone. La mayoría de la Corte hace presente que se desprende de los antecedentes que la salida del demandante era una práctica habitual, por lo que en modo alguno puede ser considerada como intempestiva. Agrega que, si bien el referido veterinario no puede ser considerado empleador o representante del mismo respecto del actor, su proceder era habitual y, por ende, el despido se debió a un súbito cambio de criterio en las relaciones patronales vigentes entre el actor y los representantes de la demandada. Por su parte, el voto disidente estuvo por revocar la sentencia apelada en base a que el veterinario de marras no representaba al empleador y no podía autorizar la salida del demandante. Por último, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento, precisando que la sentencia impugnada estableció que la salida del trabajador constituye una práctica habitual y permitida por el empleador, y que en ningún caso se le atribuyó la representación del empleador a un tercero ajeno a la demandada. Por otra parte, si bien existió la salida del trabajador, los jueces la calificaron como no intempestiva y por esa razón no consideraron concurrente la causal del artículo 160 Nº 4 (c. 5).

En otra sentencia, denominada *Castro con Tacora,* se reclama despido injustificado por el hecho de que el actor habría sido despedido por su conducción descuidada e irresponsable, provocando un accidente con el camión con grúa pescante que guiaba, al manejar el vehículo de carga con la grúa semilevantada, impactando un puente bajo nivel y provocando graves daños al referido vehículo de la empresa, configurándose, de esta forma, la causal del artículo 160 Nº 5 del Código del Trabajo. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación estimaron injustificado el despi-

do al no encontrarse probado en autos la gravísima falta de prudencia del actor (primera instancia) o su negligencia o falta de diligencia (apelación). La Corte Suprema conociendo del recurso de casación en el fondo, precisa que, en el caso de la causal del artículo 160 Nº 5, los actos ejecutados por el dependiente deben ser de naturaleza temeraria, es decir, extremadamente imprudentes o con una negligencia considerable y, en la especie, tratándose de un conductor de camiones con una experiencia de más de cuatro años en la actividad, es lógico admitir que debió adoptar las medidas pertinentes para evitar el accidente en el cual participó. Concluye que, en este caso, el actor fue extremadamente imprudente pues se trataba de prever, a lo menos, que la grúa pescante que llevaba su vehículo al estar en posición semilevantada era de superior altura al paso bajo nivel que debía cruzar, por lo que era necesario ubicarla de manera de permitir el paso sin exponerse a daño alguno .(c. 4). Por estos argumentos se acoge el recurso y se declara justificado el despido.

La sentencia fue acordada con el voto de minoría de los ministros señores Medina y Oyarzún, por estimar que debía rechazarse el recurso debido a que la causal del artículo 160 Nº 5 exigiría "intencionalidad" y que la imprudencia que se le atribuye al trabajador debe ser temeraria, es decir, cercana a la culpa grave, la que puede asimilarse al dolo.

Al respecto, cabe recordar que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han manifestado que no se requiere intencionalidad sino sólo una falta de prudencia o negligencia culpable del trabajador para que se configure esta causal[43]. Siguiendo esta tesis, disentimos del voto disidente expuesto, sin perjuicio de precisar que los actos, omisiones o imprudencias temerarias que exige el Código del Trabajo no implican un simple error en las funciones propias del cargo, sino, en palabras de la Corte Suprema, "una inepcia mayor y una torpeza inexcusable"[44].

Finalmente, en este párrafo nos referiremos brevemente a dos sentencias basadas en una norma modificada por la ley 19759. Se trata del artículo 169.a del Código del Trabajo, donde se establece que la comunicación que el empleador dirige al trabajador, según las normas legales, supone una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo (este párrafo de este precepto se mantiene vigente). En el párrafo tercero de la referida letra (suprimido por la citada ley), se agregaba que si el trabajador recibía total o parcialmente el pago de tales indemnizaciones o instaba por él, importaba la aceptación de la causal. Sin duda este último precepto era bastante inicuo, ya que favorecía el despido injustificado al establecer que si el trabajador aceptaba parcialmente el pago de lo que se le debía o instaba por su cancelación según las normas legales, aceptaba la procedencia de la causal de despido. Por tanto, la necesidad económica que casi siempre apremia al trabajador despedido

43 *Cfr.* Nadal, *op. cit.* en n. 29, p. 239.

44 Véase el fallo (de 2002) citado en *ibid*, p. 240.

favorecía su "renuncia tácita" a impugnar la causal, aunque se tratara de un despido injusto o abusivo[45].

Como dijimos, dos causas incoadas antes de la reforma aplican esta normativa. La primera, *Vodnizza con Banco de Chile*, se trata de un trabajador que insta por el pago de las indemnizaciones correspondientes y el empleador, en la contestación de la demanda, hace presente que la causal de despido no es necesidades de la empresa, como dice su propia comunicación, sino una serie de irregularidades que imputa al actor. La Corte Suprema, al igual que los jueces del fondo, estima que la referida comunicación constituye una oferta "irrevocable" de pago y que, por ende, no es posible durante el juicio cambiar la causal de despido y por ello rechaza el recurso de casación en el fondo.

Además, la Corte (cc. 8-9) explica en base al tenor del artículo 169.ª que la oferta es irrevocable y, en consecuencia, no es susceptible de dejarse sin efecto en forma unilateral por el oferente o empleador. No obstante, a la luz de los principios generales de derecho, la manifestación de voluntad de que se trata podría verse afectada por alguno de los vicios del consentimiento que establece la ley, a saber, error, fuerza o dolo, no pudiendo estimarse que al legislación laboral se encuentra al margen de las normas que rigen el desenvolvimiento en sociedad o que conforma una rama aislada del derecho. Para estos efectos, agrega, sería necesario que el empleador deduzca las acciones pertinentes que tiendan a obtener una declaración previa en este sentido. Posteriormente podrá fundar su decisión en hechos distintos, respecto de los cuales deberá rendir la prueba respectiva.

Estos dos considerandos aplican adecuadamente normas y principios comunes en materia laboral. No cabe duda de que el derecho laboral es una rama independiente y con principios propios[46], sin perjuicio de lo cual las normas comunes y principios generales del derecho son plenamente aplicables en todo lo no regulado por el Código del Trabajo, como por ejemplo los vicios del consentimiento en la oferta irrevocable de marras.

En la segunda causa, *Romero con VTR*, se trata de un trabajador que recibió el pago de la indemnización por años de servicios ante la Inspección del Trabajo, alegando que existían algunas diferencias, y luego demandó despido injustificado.

La Corte, sujetándose al tenor literal del antiguo párrafo tercero del artículo 169.ª, expresa que la aceptación de parte o del total de la indemnización importa la aceptación de la causal y, por tanto, no puede demandarse posteriormente despido injustificado. Como hiciéramos presente este precepto se encuentra enmendado en la actualidad, debido a que muchos trabajadores despedidos podrían aceptar la causal de despido con tal de obtener siquiera una parte de las indemnizaciones debidas, con el fin de disponer de recursos económicos que los auxilien ante la falta de trabajo. Considerando que se trata

45 En efecto, un despido puede ser injusto o abusivo. Este último, a su vez, podría ser discriminatorio. *vid.* Gamonal, *op. cit.* en n. 32, pp. 38ss.

46 Sobre los principios *vid.* n. 8.

de un derecho y que un despido puede revestir caracteres especiales de antijuricidad, como por ejemplo un despido abusivo por razones de discriminación, la presunción de aceptación que estatuía la ley era muy injusta y desconocía la realidad práctica en esta materia.

Despido nulo por no pago de imposiciones

Cabe recordar que la ley 19631, conocida en los medios de prensa como "Ley Bustos", enmendó el artículo 162 del Código del Trabajo con el fin de resguardar el cumplimiento efectivo de la obligación que tiene el empleador de pagar las cotizaciones previsionales del trabajador. Para estos efectos, el legislador estatuyó que si el empleador no hubiere efectuado el integro de las cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato.

La Corte Suprema ha expresado, con acierto, que en estos casos no estamos ante una nulidad del despido sino ante una suspensión relativa del mismo, el cual puede ser convalidado por el empleador mediante el pago de las cotizaciones morosas, según dispone el inciso 6º del artículo 162 del Código del Trabajo.

Por otra parte, la Corte Suprema ha limitado el número de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato que deberá pagar el empleador, a seis meses. Se ha fundamentado esta decisión en los siguientes argumentos:

1 por razones de equidad y certeza, y
2 para guardar una adecuada armonía con el plazo de prescripción de seis meses desde la suspensión de los servicios, que establece el artículo 480 inciso 3º del Código del Trabajo, para accionar en base al artículo 162 en comento.

Por ejemplo, en *Cavieres con Caja de Compensación* la Corte Suprema declara inadmisible los recursos de casación en la forma y en el fondo, no obstante, precisando en su sentencia que la obligación impuesta a la demandada, consistente en el pago de remuneraciones devengadas con posterioridad al despido, en virtud de la aplicación del inciso 5º del artículo 162 del Código del Trabajo, debe hacerse extensiva sólo por un lapso de seis meses "en razón de una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica", guardando, además, "una adecuada armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso 3º del artículo 480 del mismo texto legal, sobre la misma materia".

La misma tesis se sostiene, entre otras, en *Lagos con Altavoz*, *Ahumada con Pedro Gallardo IC*, *Gaona con Cifuentes*, *Valenzuela con Scheggia y cía*, *Vejar con Elizalde*, *Ramos con Sociedad Metalúrgica del Sur*, *Berroeta con MADECOTEL* y *Espinoza con Unión Española*.

Respecto de esta interpretación limitativa de la Corte Suprema, cabe hacer los siguientes comentarios: en primero, no debe olvidarse que el principal fundamento de la ley 19631 fue la gran cantidad de imposiciones impagas por parte de los empleadores. Segundo, se trata de descuentos de remuneraciones

realizados por el empleador y que, por ende, son de propiedad de los trabajadores. Por tanto, la referida ley tutela y resguarda el derecho de propiedad de los trabajadores. Tercero, numerosas imposiciones impagas redundan en pensiones más bajas para los trabajadores, lo que, en definitiva, afecta el funcionamiento del sistema previsional y la responsabilidad subsidiaria del Estado. Por último, cualquier aplicación limitativa del tenor literal de dicho precepto debe ser justificada en forma especial. Por ello, no concordamos del todo con esta interpretación ya que opinamos que debiera distinguirse caso a caso, de la siguiente forma:

1 Si el empleador paga lo adeudado y convalida el despido, sólo debe cancelar las remuneraciones y demás prestaciones hasta la fecha del entero de las respectivas cotizaciones;
2 si no paga lo adeudado debe, a lo menos pagar hasta un lapso de seis meses;
3 si, en el caso anterior, lo adeudado en cotizaciones supera los seis meses, por ejemplo se deben ocho meses de cotizaciones, debiera extenderse la suspensión relativa por ocho y no por seis meses, o sea, por todo el período adeudado.

De esta forma creemos que se recoge la inquietud de la Corte sin desproteger el derecho de propiedad de los trabajadores afectados.

Por otra parte, seleccionamos otras sentencias de interés respecto de esta materia, las que comentaremos a continuación.

En *Gálvez con Lady Marlene* dos trabajadoras fueron forzadas a remunerarse por medio de honorarios, a pesar de prestar los servicios bajo subordinación y dependencia. En este caso la Corte Suprema precisa que el artículo 162 inciso 5º es inaplicable, ya que habiéndose reconocido la existencia de la relación laboral por la sentencia de primera instancia, produce "efectos constitutivos" para las trabajadoras desde la época de su dictación y posterior ejecutoriedad, de manera que sus derechos como dependientes se han perfeccionado jurídicamente a partir de esa época (c. 9).

Por lo anterior, concluye la Corte Suprema, la condena al pago de imposiciones es improcedente en una sentencia que declara la existencia de la relación laboral (c. 10).

No concordamos con esta tesis ya que la naturaleza de dicha resolución es declarativa y no constitutiva, porque si no sería imposible explicar que la sentencia de casación, en concordancia con esta tesis, no haya anulado la condena por despido injustificado, así como el pago de las indemnizaciones correspondientes, del feriado legal y del feriado proporcional.

Luego, en otra sentencia, *Michea con Sociedad Servicios Mantención*, la Corte Suprema interpreta el inciso 5º del artículo 162 restrictivamente, en orden a que al hacer referencia "al despido" sólo sería aplicable a la manifestación unilateral del empleador de poner término a la relación laboral, lo que sería inaplicable en el caso del conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, artículo 159 Nº 5 del Código del Trabajo (cc. 7–8). En esta línea, en *Muñoz con Mapa Express* se desestima la aplicación del artículo 162 ya que el

empleador habría invocado en juicio una renuncia que no cumplía los requisitos del artículo 177. Por ello, la Corte decide que no existió una decisión unilateral del empleador de poner término al contrato, sino un despido declarado como existente por la sentencia judicial respectiva.

Disentimos de la opinión anterior, por estimar que limita el tenor literal del precepto y restringe esta norma protectora. En definitiva, si a un trabajador se le adeudan imposiciones poco importa si se trata de un contrato indefinido o por obra o servicio o a plazo, o si el empleador ha invocado una renuncia que no tiene validez legal. La norma debiera aplicarse igualmente, considerando, además, que el legislador no distingue en la materia. Un trabajador puede estar toda su vida laboral contratado por obra o servicios y, en estos casos, el empleador tendrá un estímulo menor para estar al día en sus obligaciones debido a esta tesis restrictiva. No quedan claras las razones para que el derecho de propiedad de estos trabajadores tengan una tutela menor que la de otros, por ejemplo, contratados indefinidamente. Menos aún si el empleador presenta una renuncia que no cumple los requisitos que la legislación protectora y de orden público ha establecido para estos casos.

Por otra parte, el argumento histórico en el sentido de que la ley 19631 buscaba desincentivar el despido (c. 9) no es apropiado, ya que la interpretación que se sustenta contradice el tenor literal de la norma y el argumento de la historia de la ley es sólo un método subsidiario de interpretación. Si la intención del legislador era ésa debió quedar explicitado en el texto legal.

En *Uribe con Citibank*, con posterioridad al despido se han reliquidado horas extras que, lógicamente no fueron canceladas así como tampoco sus respectivas imposiciones. La Corte Suprema explica que en este caso no corresponde aplicar el artículo 162 inciso 5°, ya que las horas extraordinarias reliquidadas con posterioridad al despido "no estaban devengadas" a la época de desvinculación de los trabajadores y se trata de un "hecho sobreviniente al despido".

En este caso concordamos en parte con la Corte, pero por otras razones. En efecto, pareciera extremo que por una reliquidación que puede originarse en un error de cálculo se sancione al empleador con la suspensión relativa del artículo 162 inciso 5°. Más aún si puntualmente el empleador cumplió con el pago de las imposiciones. Pero aplicando estrictamente la ley debiera procederse en ese sentido, ya que la horas extras reliquidadas se originan no en hecho posterior sino "anterior al despido" que justifica su nuevo cálculo. Por otra parte, pudiera darse el caso de que la reliquidación se base en horas no reconocidas por el empleador, caso en el cual debiera aplicarse el precepto en comento, sobre todo si los montos adeudados son altos.

Por otro lado, la Corte Suprema hace presente certeramente que nada obsta para que el actor demande despido injustificado y, a la vez, requiera la aplicación del artículo 162 inciso 5° (c. 8). Opinamos que esta precisión es muy pertinente, ya que la misma Corte ha aclarado que los efectos de este precepto no dicen relación con la nulidad, término impropio para este caso, sino con una suspensión relativa impropia, porque el empleador queda obligado al pago de las remuneraciones y prestaciones pactadas hasta la convalidación del despido. En consecuencia, éste despido no es nulo y tampoco procede la reincorporación[47].

En *Alegría con Aporta Fomenta* la Corte precisa que si el empleador se encuentra al día en el pago de las imposiciones, aunque no lo comunique al trabajador, no sería aplicable el artículo 162 inciso 5° del Código del Trabajo. Efectivamente, pareciera extremo en esta hipótesis recurrir a esta norma.

En *Jorquera con Club Colo-Colo* la Corte Suprema sostiene que, en caso de quiebra de una empresa, no procede aplicar el artículo 162 inciso 5° del Código del Trabajo, ya que

> importaría gravar la masa con mayores créditos y generar una desigualdad entre los acreedores y sus preferencias y, a la vez, desconocer lo previsto en el artículo 66 de la Ley de Quiebras, en cuanto a que la sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos a todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento (c. 10).

La Corte precisa que en caso de quiebra la cotización de los trabajadores deberá cancelarse en el orden de preferencia estatuido por ley.

No concordamos con esta interpretación, ya que la jurisprudencia ha precisado que la causal aplicable en caso de quiebra es la de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, caso en el cual es plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 162 inciso 5°. Con la interpretación que criticamos puede haber incumplimientos de mucha gravedad que queden sin esta sanción que comentamos. Además, un empleador que está próximo a la quiebra no tendrá incentivo alguno para cancelar las imposiciones de sus trabajadores.

Por último, en *García con Ingesur* se desecha la aplicación del artículo 162 inciso 5° por no pago de la cotización adicional correspondiente a un trabajo pesado (soldador al oxígeno al arco), debido a que la mayoría de la Corte estima que no se ha seguido el procedimiento específico para establecer como pesada dicha labor respecto del demandado. *A contrario sensu* y concordando con el voto disidente del ministro señor Benquis y del abogado integrante señor Jacob, deberá concluirse que, de establecerse correctamente dicha calificación y en caso de no acreditarse el pago de la cotización adicional, deberá aplicarse el artículo 162 inciso 5° del Código del Trabajo.

Como comentario general a la jurisprudencia citada en esta parte, debemos señalar que la Corte Suprema ha debido fijar ante diversas hipótesis el sentido y alcance del artículo 162 inciso 5° del Código del Trabajo. Lo anterior ha sido realizado caso a caso, sentando una interpretación uniforme que, en algunas ocasiones y como hemos expresado en el cuerpo de este trabajo, no se condice con el espíritu de la norma y desprotege al trabajador en distintos supuestos. No debemos olvidar que el problema del no pago de imposiciones, que son de propiedad del trabajador, es un problema masivo y grave de nues-

47 *Herrera con Municipalidad de Teno* (rol 1461-00), en *Repertorio*, *cit.* en n. 14, pp. 2015.

tro mercado laboral, que afecta la viabilidad del sistema de pensiones, recarga el trabajo de los tribunales del trabajo y, en definitiva, afecta el patrimonio y el derecho de propiedad de los trabajadores. En este contexto, no se percibe en algunos fallos la defensa férrea al derecho de propiedad que caracteriza a nuestra Constitución y a la interpretación judicial en otras materias.

Finalmente, en este acápite, comentaremos tres sentencias referidas al despido nulo. Cabe recordar que la nulidad del despido es excepcional en nuestro sistema, procediendo sólo en caso del fuero, del despido antisindical y del trabajador despedido en la situación del artículo 161 inciso final del Código del Trabajo[48].

En *Vergara con Aerolite* la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago precisa que el fuero especial del artículo 161 inciso final, que permite declarar nulo el despido por necesidades de la empresa o desahucio del trabajador que goce de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, sólo es aplicable a dichas causales y no, como en el caso en cuestión, al incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. Luego, la Corte Suprema declara inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo.

En *Bustos con CTC* la Corte Suprema precisa que la nulidad es una sanción que debe establecerse sólo por ley y jamás por acuerdo individual o colectivo de las partes. Agrega que se ha sostenido que la aplicación de la causal de necesidades de la empresa a un dependiente que hace uso de licencia médica, transgrediendo el artículo 161 inciso final del Código del Trabajo, no acarrea la nulidad de la separación ni concede derecho a reintegro, sino que otorga los derechos contemplados en el artículo 168 del Código del Trabajo.

Disentimos de este criterio que se contradice con el fallo anterior y con una de las tendencias jurisprudenciales de la Corte, en el sentido de aceptar como causal de nulidad del despido la transgresión del inciso final del artículo 161[49].

Por último, en *Corona con Hipermercado del Bío-Bío* el fallo de primera instancia declara nula la renuncia debido a las presiones que tuvo la trabajadora, tanto físicas como psicológicas. Además, declara nulo el término de la relación de trabajo por haberse transgredido las normas sobre fuero maternal. Luego, la Corte de Apelaciones de Concepción revoca esta sentencia por no estar acreditada la fuerza física o moral sobre la actora. Finalmente, la Corte Suprema declara de oficio desistido el recurso.

Estimamos de interés esta sentencia, ya que más allá de los temas de forma y de la falta de prueba a que alude la sentencia de segunda instancia, la renuncia puede ser anulada si ha sido consentida por fuerza física o moral, declarándose nulo el despido si se trataba de un trabajador con fuero maternal, como en este caso, o de cualquier otra situación que implique nulidad del despido, como el despido antisindical.

48 Véase *Foster Carvajal con Instacom*, en Lizama, *op. cit.* en n. 36, p. 185.

49 *ibid.*

Indemnización por años de servicio.

La ley contempla una indemnización por años de servicio que se cancela al término de la relación laboral, en determinados casos.

En efecto, el Código del Trabajo establece que el empleador debe cancelar esta indemnización cuando el contrato de trabajo termina por la causal de necesidades de la empresa o por causal de desahucio y el vínculo contractual hubiere estado vigente un año o más. El monto mínimo de esta indemnización debe ser equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada, por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente en la empresa, con un tope de trescientos treinta días de remuneración (equivalentes a 11 años). El monto de la remuneración que se toma de base para el cálculo no puede ser superior a 90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago.

A su vez, las partes pueden convenir una indemnización por años de servicio en el contrato individual o en el colectivo, siempre que sea de monto superior al mínimo establecido en el Código del Trabajo. A continuación, comentaremos algunos fallos de interés en esta materia.

En una interesante sentencia, *Santa-Ana con Municipalidad de Recoleta*, la Corte Suprema precisa que la indemnización convencional por años de servicios es plenamente compatible con la indemnización sustitutiva del aviso previo, en caso de que éste no haya sido dado con treinta días de anticipación, como lo exige la ley.

Se trata de un caso de despido injustificado donde por aplicación del artículo 168 se entiende que el contrato ha terminado por necesidades de la empresa o desahucio, según el caso, con los incrementos de remuneraciones que establece el precepto.

La Corte aclara, además, que no procederá el aumento de la indemnización convencional a pagar como lo dispone el artículo 168, toda vez que el derecho del demandante a percibirla nace como consecuencia de la ficción legal establecida en la citada norma, y no por decisión unilateral del empleador de despedir por necesidades de la empresa.

No estamos de acuerdo con este criterio y pensamos que se debió al alto monto de la indemnización pactada a favor del trabajador. El tenor del artículo 168 es claro en el sentido de que los incrementos que establece se aplican a la indemnización por años de servicio, sea esta "legal o pactada". En sentido contrario, en *Vargas con El 25* la Corte declara la procedencia del aumento de la indemnización convencional a pagar como lo dispone el artículo 168 del Código del Trabajo.

Uno de los temas de mayor importancia dice relación con la forma de cálculo de la indemnización por años de servicios. El Código del Trabajo, en su artículo 172 inciso final, precisa que el monto de la remuneración mensual que se tome de base para el cálculo de las indemnizaciones contempladas en el Título V del

Libro I, denominado "De la Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo", será de 90 UF. Sin perjuicio de lo anterior, aunque la norma no lo exprese, las partes de común acuerdo pueden elevar dicho monto base.

A esta materia se aboca el fallo de casación del caso *Franetovic con Yerbas Buenas*, donde la Corte Suprema aplica el referido límite de 90 UF de la base de cálculo a una indemnización por años de servicios convencional, ya que las partes no excluyeron expresamente dicho tope en su acuerdo, lo que justifica la aplicación del referido límite. Agrega la sentencia que los acuerdos de las partes por sobre los derechos mínimos establecidos por la ley laboral deben manifestarse expresamente o por medio de actos que los demuestren en forma clara e inequívoca.

En definitiva, la Corte rechaza la casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento. Por nuestra parte, concordamos con este criterio demostrativo del "carácter unilateral del orden público laboral", en orden a que los derechos irrenunciables de rango legal pueden ser incrementados a favor del trabajador por acuerdo de las partes.

En este orden de ideas, la Corte Suprema acepta la procedencia de una cuantiosa indemnización pactada por años de servicio, respecto de un ex gerente de la Empresa de Correos de Chile. Se trata de la causa *Lewin con Correos de Chile*, donde la sentencia de reemplazo, dictada por la Corte, precisa que no es posible desconocer, como pretendía la empresa, la personería de su ex Gerente General, al tenor de la presunción del artículo 4 inciso 1º del Código del Trabajo.

Cabe hacer presente que se trataba de una indemnización pactada de gran monto, exenta de todos los límites legales y con abultados complementos que, inclusive, comprendían la obligación de pagar el impuesto que afectare al trabajador por motivo de la referida indemnización.

Similar criterio se sostuvo en *Ramos con Correos de Chile*. En estos casos disentimos de la tesis del máximo tribunal ya que, si bien los trabajadores de la Empresa de Correos de Chile se rigen por el Código del Trabajo, no es menos cierto que se trata de una empresa pública, donde el Gerente General compromete fondos fiscales y el pacto indemnizatorio en comento resulta absolutamente elevado en comparación a los acordados en el sector privado. Recordemos que la Corte en el caso del mal llamado despido nulo por no pago de imposiciones ha tenido una serie de consideraciones "de equidad" para limitar a seis meses el pago de la sanción que estatuye la ley a favor del trabajador. Creemos que similares criterios unidos a los principios de razonabilidad y buena fe, justificaban una interpretación restrictiva en este caso, que considerara los complementos como una indemnización distinta, lo que hubiera permitido aplicar la incompatibilidad estatuida en el artículo 176 del Código del Trabajo.

Respecto de la forma de cálculo de las indemnizaciones legales, en *Arce con Banco del Estado de Chile* la Corte Suprema hace presente que, de la base

de cálculo de la indemnización sustitutiva del aviso previo y de la por años de servicio debe descontarse el incremento previsional establecido en el ley 19631, en concordancia con los dispuesto en el artículo 9 transitorio del Código del Trabajo. Cabe recordar que dicho "incremento o factor previsional" fue creado con el fin de mantener el monto líquido de la remuneración de los trabajadores a quienes afectaba dicho decreto ley, los que al afiliarse al nuevo sistema debían soportar exclusivamente el pago de sus cotizaciones. Por su parte, el artículo 9 transitorio del Código del Trabajo estatuye que no debe considerarse el incremento previsional en el cálculo de las indemnizaciones de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 1º de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 1º de marzo de 1981. Idéntico criterio se sostuvo en Guerra con Banco del Estado de Chile.

En *Morán con Beta* la Corte precisa que deben excluirse de la misma las asignaciones esporádicas, es decir ocasionales. En el caso en cuestión se trataba de una premio trimestral que, si bien era remuneración, su pago revestía el carácter de ocasional y esporádico.

En *López con Congregación* la Corte Suprema decreta inaplicable la indemnización adicional contemplada en el artículo 87 DFL 1, de 1997 (Estatuto Docente). Cabe recordar que este precepto hace aplicable dicha indemnización cuando el empleador ha invocado algunas de las causales del artículo 161 del Código del Trabajo. Por el contrario, nada dice cuando se trata de un despido injustificado o cuando no se ha impetrado causal alguna por parte del empleador.

Interpretando las normas pertinentes, la Corte Suprema postula que, como el empleador no ha invocado causal alguna, no le es aplicable la referida norma aunque el inciso 3º del artículo 168 disponga claramente que cuando no se ha acreditado una de las causales de los artículos 159 y 160 deberá entenderse que el contrato ha finalizado por alguna de las causales del artículo 161. En consecuencia, la Corte hace presente que la voluntad del empleador de poner término al contrato de un profesor, por alguna de las causales del artículo 161, no puede ser asimilada a la ausencia de causal o a la falta de prueba de alguna de las causales de los artículos 159 o 160.

No pareciera correcta esta interpretación, ya que por esta vía si el empleador va a despedir al trabajador por necesidades de la empresa y desea quedar liberado de este pago adicional, debería invocar una causal de las del 159 o 160 o terminar el contrato sin impetrar causal alguna, quedando exento del pago adicional. En trabajadores con poco tiempo podría ser muy rentable esta modalidad, incluso perdiendo el juicio por despido injustificado, ya que los aumentos de indemnización que estatuye el artículo 168 se basan en la indemnización por años de servicio que se tarifica por antigüedad y no por el real daño provocado por el despido.

Por último, otra de las materias de interés al tratar las indemnizaciones es la que ocurre cuando al término del contrato de trabajo se "indemniza el

lucro cesante" y no los años de servicios. Esta situación puede darse en los contratos a plazo y en los por obra o servicio determinado, cuando una de las partes no respeta el período del contrato. En estos casos, es posible solicitar una indemnización por lucro cesante que resarcirá los perjuicios del contratante diligente, a diferencia de la indemnización por años de servicios que no se vincula directamente al daño sufrido por el trabajador, ya que se calcula en base a su antigüedad en la empresa. Un primer grupo de sentencias, *Durán con Club de Deportes Temuco* y *Cancino con Karadima*, se refieren a la indemnización procedente en caso de término anticipado del contrato a plazo, por parte del empleador.

En estas situaciones, la Corte Suprema precisa que no es aplicable el artículo 168 del Código del Trabajo sobre despido injustificado, ya que lo que persigue el actor es una "indemnización por el lucro cesante" consistente en el pago de las remuneraciones hasta la fecha de vencimiento del vínculo contractual.

Lo anterior es importante, ya que el plazo de prescripción se regirá por las reglas generales y no por el término de caducidad establecido en el artículo 168 del Código del Trabajo, como había establecido el fallo de segunda instancia, en la primera de las sentencias en comento. Por otra parte, la segunda de estas resoluciones hace aplicable los incrementos del artículo 63 del Código del Trabajo a las indemnizaciones por lucro cesante en esta materia.

Luego, en el fallo *Espinoza con Sigro*, un contrato por obra o servicio es terminado anticipadamente y sin causa justificada por el empleador. En este caso, la Corte Suprema nuevamente reitera que la indemnización a pagar se rige por las reglas generales y no por las del despido injustificado. Esta indemnización asciende al monto de las remuneraciones que hubieran correspondido de cumplirse el contrato en su integridad.

Con estas sentencias la Corte Suprema reitera el planteamiento de la doctrina en orden a que los contratos a plazo y por obra o servicio determinado no pueden terminar por necesidades de la empresa o desahucio. Un caso distinto es si concurre alguna causal legal de terminación, como las mencionadas en el artículo 160 del Código del Trabajo (de caducidad), caso en el cual sí puede terminarse el contrato.

En caso contrario, tanto en el contrato a plazo como en el por obra o servicio, si el empleador les pone término anticipado deberá indemnizar el lucro cesante al trabajador, por un monto equivalente a las remuneraciones hasta el término del contrato[50].

CONTRATO COLECTIVO

Son pocas las sentencias referidas a la contratación colectiva. Sin duda, muchos de los conflictos colectivos no se resuelven por vía jurisdiccional y la

50 En el mismo sentido la doctrina laboral, *cfr.* Farren, R: *Terminación del Contrato de Trabajo* (Santiago: Ediar-Conosur, 1988), p. 14; Vivanco, M: *El Despido Laboral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994), p. 39; y Thayer, W. y P. Novoa, *op. cit.* en n. 11, t.iii, p. 37.

tutela otorgada por ley a estos instrumento tampoco ha sido adecuadamente desarrollada por los tribunales, lo que en cierta forma desprotege la garantía constitucional de negociar colectivamente. Esta situación es más patente aún en el caso del recurso de protección, como analizaremos más adelante.

En *Sindicato con Provida* los sindicatos demandan el cumplimiento de una cláusula contractual relativa a la inversión de 7500 millones de pesos, por parte de la demandada, para la implementación de un incentivo por metas.

La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago precisa que se trata de una obligación de hacer y que los sindicatos han demandado una obligación de dar, como es el pago de la referida suma. Recuerdan que los sindicatos no pueden percibir remuneraciones de sus afiliados y, aunque se tratara de una obligación de dar, tampoco podrían demandar ya que no son acreedores de dicha obligación.

En la misma línea, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, haciendo suyos los argumentos expuestos.

Disentimos del criterio expresado. Probablemente la demanda estaba mal planteada, pero la aclaración que se realiza en el sentido de que los sindicatos no pueden demandar obligaciones de dar o hacer que figuren en el contrato colectivo, ya que no son los acreedores de las mismas, no se condice con las normas legales respectivas, a saber, los artículos 220 Nº 1 y 349 del Código del Trabajo. El primero indica como fin de los sindicatos

> Representar a los afiliados en las diversas instancias de la negociación colectiva, suscribir los instrumentos colectivos del trabajo que corresponda, velar por su cumplimiento y hacer valer los derechos que de ellos nazcan

y el artículo 349 en su inciso 1º otorga mérito ejecutivo al contrato colectivo y a sus copias auténticas autorizadas por la Inspección del Trabajo.

¿Cómo interpretar estos preceptos y qué alcance darles? Sin duda, el legislador ha pretendido dar pleno cumplimiento a una garantía constitucional, como es el derecho de negociar colectivamente y para este cometido faculta a los sindicatos a "velar por su cumplimiento y hacer valer los derechos que de ellos nazcan". De esta forma y al igual que en otros países, no basta con la suscripción del contrato colectivo, sino que se dota de especiales poderes al sindicato para supervigilar su "administración". De modo contrario su efectivo cumplimiento sólo queda sujeto a la fiscalización de la Dirección del Trabajo, como lo dispone el mismo artículo 349 del Código del Trabajo. Lamentablemente, como reseñaremos más adelante, por vía de la acción de protección se ha limitado gravemente esta facultad y, por tanto, el cumplimiento de los contratos colectivos queda sujeto a la capacidad de cada trabajador individual que deberá demandar en caso de infracción del empleador, lo cual es ilusorio en el mercado de trabajo chileno y mundial. Cabe recordar que la libertad sindical y su principal expresión: la negociación colectiva, obedecen justamente a la debilidad contractual del trabajador, que en cierta forma recupera su autonomía

privada al ingresar al sindicato y negociar representado por un sujeto colectivo, por medio de la autonomía colectiva.

De esta forma, confrontando este criterio con el de algunos recursos de protección, la tutela de la libertad sindical queda siendo prácticamente inexistente. Esta misma situación puede explicar el aumento en las huelgas ilegales de los últimos años, si se considera que los mecanismos que la Constitución Política y la ley han dispuesto en esta materia no tienen aplicación en los tribunales[51].

En *Bustos con CTC* la sentencia de casación hace presente que la nulidad es una sanción legal y, por ende, no puede ser establecida por vía contractual. En materia laboral la infracción del convenio colectivo no puede implicar la nulidad del despido.

La referida cláusula estatuía para el caso de despido la validación del vicepresidente de planificación y organización de recursos humanos y, cuando sea necesaria, de la vicepresidencia de asuntos jurídicos. Además, se disponía que la organización sindical respectiva fuera informada previamente.

Por último, en *Leiva Albornoz con SICONCAM* la Corte Suprema invalida de oficio la sentencia de la Corte de Concepción, que había confirmado la de primera instancia, que validaba una elección de delegado de personal absolutamente irregular. En efecto, como señala la Corte Suprema, se declara la ilegalidad de dicha designación ya que la ley es clara en el sentido de que el derecho de elegir un delegado de personal pertenece a los trabajadores que no se encuentren afiliados a sindicato alguno, a diferencia de los hechos de la causa, donde los electores del delegado eran miembros del sindicato interempresa respectivo.

MATERIAS VARIAS

En este acápite comentaremos brevemente distintas sentencias referidas a los siguientes temas: tercería de dominio, abandono de procedimiento, cobro de honorarios, quiebra y competencia de los tribunales del trabajo.

Tercería de dominio

En *TGS con Cabello* el máximo tribunal clarifica que, pese a encontrarse inserta en el juicio laboral, a la tercería de posesión le son aplicables las reglas del Código de Procedimiento Civil respecto de la ponderación de las pruebas, por lo cual los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo le son inaplicables (sobre apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica). En esta causa, el Primer Juzgado Laboral de Santiago había rechazado este incidente por estimar que los documentos presentados, no obstante no haber sido objetados, carecían del valor probatorio suficiente para acreditar que la tercerista ha estado en posesión exclusiva y excluyente de los bienes materia de la incidencia.

51 *vid.* Armstrong, A: "Las Huelgas en Empresas del Sector Privado en Chile: 1979-1999", en 3-2, *Revista Abante* (2000), pp. 165ss, y "Tendencias, magnitud y causas de las huelgas de trabajadores dependientes de un empleador en Chile", en 4-1 *Estudios de Administración* (1997), p. 33.

En la misma línea se pronuncia la sentencia *Bustamante con Ruz*. En este caso, el Segundo Juzgado Laboral de San Fernando rechaza la incidencia por estimar que la prueba testimonial es insuficiente para acreditar la posesión de los bienes embargados por la demandante.

Abandono del procedimiento

En *Urzúa con Municipalidad de Nancagua* y en *Codelco con Rodríguez* la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, haciendo alusión a decisiones reiteradas de dicha Corte en el sentido de que, en virtud del artículo 426 del Código del Trabajo, las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, entre las que se encuentran las de abandono del procedimiento, son aplicables en los juicios laborales.

Precisa, además, que esta conclusión no se opone a la particular naturaleza del proceso laboral, donde, no obstante las facultades de impulso procesal que la ley pueda otorgar a los jueces del ramo, siempre se mantiene la carga de las partes de iniciar, urgir y activar el procedimiento, no existiendo en esta materia mayores diferencias entre el proceso laboral y el civil.

Cobro de honorarios

En *Baeza con Inmobiliaria y Constructora* la Corte Suprema acoge un recurso de casación en el fondo sobre cobro de honorarios, por estimar que el mandato judicial tiene algunas normas diferentes que el civil, sin que por ello altere su naturaleza.

Precisa que, una vez probada la prestación de servicios y la efectividad de la actuación profesional en dichos términos, el *onus probandi* recae en el demandado en cuanto a la existencia de una remuneración pactada o de haberse celebrado un contrato distinto al mandato judicial. En caso contrario, acreditado el mandato corresponde la evaluación de los honorarios del mismo por el juez.

Quiebra

En *Errázuriz y cía. con Supermercados Cosmos*, los trabajadores impugnan el décimo noveno reparto provisorio de fondos en la quiebra de Supermercados Cosmos.

La Corte Suprema determina que la alusión al tope de tres ingresos mínimos que realiza el artículo 2472 Nº 8 del Código Civil, es al ingreso mínimo normal y no el "para fines no remuneracionales", de menor monto.

Por otra parte, la Corte explica que la indemnización sustitutiva del aviso previo tiene una clara naturaleza remuneracional y, por tanto, debe ser comprendida en el Nº 5 del artículo 2472 del Código Civil.

Competencia de los tribunales del trabajo

En *Flores con Terrazas* la Corte Suprema decide que los juzgados laborales son incompetentes para conocer de una acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del trabajador fallecido, a título personal, por la madre de ese trabajador.

Lo anterior, en base a los dispuesto en el artículo 420.f del Código del Trabajo, en el sentido de que serán de competencia de los juzgados laborales los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable los dispuesto en el artículo 69 de la ley 16744.

La mencionada letra del artículo 420 del Código del Trabajo, fue agregada por la ley 19477, con la finalidad de delimitar la competencia entre juzgados civiles y del trabajo, en la responsabilidad derivada de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En consecuencia, el juez laboral es competente para conocer la responsabilidad contractual del empleador y el juez civil para conocer la responsabilidad extracontractual[52].

SEGURIDAD SOCIAL

En materia de seguridad social comentaremos algunas sentencias puntuales relativas a accidentes del trabajo y otra sobre previsión de los futbolistas.

En *Macaya con Itata* una de las salas de la Corte de Apelaciones de Concepción precisa que no se aplica la prescripción del artículo 480 del Código del Trabajo cuando se demanda en virtud del artículo 69 de la ley 16744, aplicándose la norma del artículo 79 de dicha ley que estatuye una prescripción de cinco años para demandar las prestaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales desde la fecha del accidente o del diagnóstico de la enfermedad. Agrega esta sentencia que la voz "prestaciones" debe entenderse en sentido amplio de beneficios, retribuciones e indemnizaciones.

Por otra parte, hace presente este fallo que no obstante el pago de una póliza de seguro y de las prestaciones de la ley 16744, es plenamente compatible con dichos pagos la demanda por indemnizaciones en contra del empleador culpable del accidente.

Por último, esta sentencia precisa que el deber de protección es una obligación esencial del contrato de trabajo, al tenor del artículo 184 del Código del Trabajo, lo que en definitiva determina la responsabilidad contractual del empleador respecto del trabajador en estos casos.

Posteriormente, la Corte Suprema rechaza la casación en el fondo por adolecer de manifiesta falta de fundamento, sin perjuicio de hacer presente, al igual que la Corte de Apelaciones, que el vocablo "prestaciones" utilizado en el artículo 79 de la ley 16744, debe entenderse en sentido amplio de beneficios, retribuciones e indemnizaciones

En *Orellana con Mutual de Seguridad* la Corte acoge el recurso de casación en el fondo, señalando que para que un siniestro pueda calificarse como laboral es preciso que exista una relación entre el trabajo y la lesión, la que puede ser directa o inmediata, que se comprende en los vocablos "a causa", pero también

52 Para un comentario crítico a la ley 19477, *vid.* Gumucio, J. y D. Corvera: "Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo en Chile", en *Revista Laboral Chilena* (diciembre de 1996) pp. 66s.

puede producirse en circunstancias que su nexo con el trabajo sea indirecto o mediato, siendo en este caso "con ocasión" del trabajo, como por ejemplo, el accidente de trayecto.

Agrega el máximo tribunal que en los siniestro con ocasión del trabajo, si bien la lesión o muerte de la víctima se puede derivar de hechos no directa o inmediatamente relacionados con la labor desempeñada, dicha relación resulta de todos modos indubitable. Indica la Corte que la

> víctima se accidenta por circunstancias que no se relacionan directamente con el trabajo, pero que, en todo caso, podría no haberse expuesto a ellas si no hubiera efectuado el recorrido que la obligaba su relación laboral (c. 5).

Por tanto, cualquier accidente, en principio, sufrido en el trayecto, debe asimilarse a accidente del trabajo. No obstante, en el caso en autos la situación es distinta, ya que el agresor actuó motivado por razones personales, de carácter sentimental producto de un conflicto privado, lo que no puede darle el carácter de accidente del trabajo. En este caso, el siniestro no se produjo con "ocasión del trabajo".

Asimismo, en S*oto con Alfredo Chellew e hijos*, tanto la Corte de Apelaciones de Antofagasta como la Corte Suprema ratifican que, en los accidentes de trayecto, no es exigible la responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo.

En materia de previsión de los futbolistas, encontramos la causa *Hábitat con Club Cobreloa*, donde la referida AFP deduce demanda ejecutiva en contra del club Cobreloa por las sumas adeudadas por concepto de imposiciones de los trabajadores que indica.

La parte demandada opuso excepción de inexistencia de la prestación de servicios, indicando que el régimen previsional de los futbolistas debía regirse por el DFL 1, de 1970.

La Corte Suprema acoge el recurso de casación en el fondo, por estimar que la normativa del DL 3500, que establece el nuevo sistema de pensiones, estableció un sistema único de afiliación previsional desde su entrada en vigencia, para todos los trabajadores que se incorporaran a la fuerza laboral y no estuvieran afiliados a un régimen distinto.

Agrega que no cabe duda que el régimen previsional del DFL 1, de 1970, sólo ha quedado subsistente para aquellos laboradores que se encontraban adscritos al mismo, cuando entró en vigencia el DL 3500. En idéntica situación se encuentran los que teniendo la calidad de imponentes o habiendo tenido el carácter de tales, no hacen uso del sistema de opción entre el viejo y el nuevo sistema.

Por último, esta sentencia deja constancia de que la ley 19712 no derogó el referido DFL 1, de 1970, debido a que el antiguo sistema permanece vigente para aquellos trabajadores que se incorporaron a la vida laboral con anterioridad al nuevo sistema de pensiones y que no hicieron uso del derecho de opción ya mencionado.

RECURSO DE PROTECCIÓN

En cuanto a las acciones de protección, comentaremos cuatro grupos relativos a las siguientes materias: libre elección del sistema de salud; seguridad social; facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, y estabilidad en el empleo.

Libre elección del sistema de salud

Respecto del derecho de protección a la salud, consagrado en el artículo 19 Nº 9 de la Constitución Política de la República, la acción de protección sólo procede respecto de su inciso final, relativo a que "cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado".

De su tenor literal difícilmente podríamos deducir la consagración y protección de un derecho social, de un derecho a la salud. No obstante, la Corte Suprema con una labor interpretativa extensiva y de tutela de derechos fundamentales ha protegido, por medio de la acción de protección, derechos esenciales de las personas.

En *Carmona con Banmédica* se acciona por los derechos de los numerales 1 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, a saber, el derecho a la vida y el derecho de propiedad.

Fundamenta su pretensión en la negativa de la institución a financiar un transplante de médula ósea de su hijo en el extranjero y que no puede realizarse en Chile, prestación que debiera ser solventada al tenor del artículo 3 del contrato suscrito con la ISAPRE, que dispone que cualquiera sea la enfermedad catastrófica del beneficiario nunca verá alterada la cobertura de este beneficio adicional por no existir capacidad suficiente de atención en el prestador que la red ha designado como tratante. En tal situación la ISAPRE se encargará de derivar al paciente a otro prestador de características similares al primero, debiendo mantenerse las condiciones de calidad médica e idoneidad técnica de éste. La cláusula no contemplaba exclusiones relativas al lugar donde hacerse la atención. Además, el contrato de salud comprendía cobertura internacional.

La recurrida manifestó que su actuación no fue arbitraria ni ilegal ya que se enmarcó dentro de la legislación existente y del contrato firmado por las partes.

La Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso por encontrase amagado el derecho a la vida, de mayor jerarquía que las leyes, incluida la de los contratantes, garantía constitucional que se encuentra en armonía, además, con el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y con el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica".

Agrega esta sentencia que

> el derecho a la vida es el primero de los derechos de las personas expresamente consagrado y protegido, atributo primario y esencialísimo, al que están subordinados, por motivos obvios, los demás derechos. El derecho a la vida surge por lo tanto en la Constitución Política de la República como efecto del reconocimiento universal de los grandes sistemas religiosos, morales y jurídicos de la humanidad a la facultad inherente a todo ser humano de conservar su existencia y, por extensión, su integridad física (c. 10).

La Corte Suprema confirma esta sentencia, precisando que se ha conculcado el derecho de propiedad, ya que el padre del menor deberá financiar un tratamiento para el cual celebró un contrato que, entre otros beneficios, lo contempla.

Además, el máximo tribunal precisó que también se afectó el derecho a elegir el sistema de salud que se desee, ya que el recurrente escogió el sistema privado que le ofreció Banmédica en la justa creencia de que ésta respondería a sus requerimientos de salud. No obstante, agrega la Corte Suprema, con el actuar de la recurrida este precepto deja de tener sentido, ya que vuelve inútil el derecho de acceder a un sistema de salud que, en al práctica, resulta inoperante, frente a las múltiples trabas que se han presentado al recurrente, lo que hace ilusorio su derecho a opción, porque si las ISAPREs pueden interpretar el contrato a su arbitrio negando ciertas prestaciones se hace más gravosa la afiliación del usuario, provocando su expulsión o un alza en el valor del plan en términos tales que imposibilita su pago por el usuario, obligándolo forzándolo a optar por el sistema estatal, lo que suprime su derecho de opción constitucional.

Creemos que la justificación más adecuada es la relativa al derecho a la vida. Con todo, estimamos que también se han vulnerado el derecho a optar por un sistema de salud y el derecho de propiedad del afiliado, aunque la primera de estas dos últimas fundamentaciones parecieran un intento interpretativo extremo por defender más allá del tenor literal el derecho a la protección de la salud.

Las deficiencias del sistema de ISAPREs y la carencia de acciones eficientes que cautelen los derechos de las personas conllevan este tipo de interpretaciones. Además, la exclusión de los derechos sociales de la acción de protección no tiene fundamento en el derecho constitucional del siglo XXI. Es difícil justificar que en Chile exista un recurso de amparo económico y no se haya establecido uno similar en materias tan trascendentes como la salud o el derecho a la no discriminación.

Otras sentencias de protección que siguen la misma línea interpretativa, entendiendo afectado el derecho a optar por un sistema de salud y sobre todo el derecho de propiedad, las encontramos en *Burguer con Banmédica*, por término unilateral del contrato de salud; en *Ezkenazi con Colmena Golden Croos*, *Cortés con Banmédica*, *Cossio con ING Salud* y *Venegas con Colmena Golden Cross*, por una supuesta enfermedad preexistente no declarada; y en *Moyano con Banmédica*, por cobertura ambulatoria.

En *Llanos con Vida Tres* el recurrente explica que la ISAPRE reajustó unilateral e injustificadamente el precio del plan de salud, amenazando su derecho a la igualdad ante la ley, a optar por un sistema de salud y su derecho de propiedad.

La recurrida argumentó que había ejercido una facultad legal.

La Corte Suprema revoca la sentencia apelada y acoge el recurso, manifestando que la ISAPRE debe ejercer su facultad legal con razonabilidad y que no es causa suficiente de revisión la indexación de los precios de las prestaciones cubiertas, ya que para tal fin los planes se pactan en unidades reajustables que permiten mantener la equivalencia entre ellos y los costos de las ISAPREs.

Agrega que la alteración de las prestaciones médicas que justifique la revisión, debe provenir de la introducción de nuevos tratamientos o tecnologías aplicadas, que modifiquen sustancialmente las respectivas prestaciones.

Indica que la facultad de revisión de las ISAPREs es extraordinaria, ajena a la naturaleza privada de los contratos y que, por ende, debe interpretarse en forma restrictiva para evitar abusos.

Señala el fallo que la revisión de precios sólo será legítima en base a una alteración objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, al menos, a todos los que contrataron un mismo plan. En consecuencia,

> la facultad revisora de la ISAPRE debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo del costo de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no de un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios (c. 9).

El recurso es acogido por estimarse que la ISAPRE actuó arbitrariamente y que se ha visto afectado el derecho de propiedad del afiliado.

En *Poblete con Banmédica* la Corte de Apelaciones acoge la acción por estimar vulnerado el derecho de propiedad del afiliado ante el alza del plan de salud.

Luego, la Corte Suprema confirma la sentencia señalando que la recurrida ha indicado que las prestaciones otorgadas a los beneficiarios de un plan se encuentran supeditadas a la cantidad de prestaciones o frecuencia en el uso, precio o cobertura de las mismas. Al respecto, el máximo tribunal expresa:

> El criterio anteriormente expuesto resulta inaceptable, dada la naturaleza de prestaciones de tipo previsional que otorga la ISAPRE contra la cual se recurre, enmarcadas en el rubro salud y derivadas de la suscripción de un contrato con una de las instituciones que se denominan "de salud previsional"; prestaciones a las que corresponde un tratamiento totalmente diverso del que poseen otro tipo de servicios directos (c. 2).

Agrega que no es posible exigir una equivalencia matemática o exacta entre el valor de la cotización y las coberturas a proporcionar, que dependen de las particularidades propias del cotizante. Con dicho criterio debería concluirse que los que no utilizan el sistema, no deberían pagar nada. Por ello, el planteamiento de la recurrida es estimado discriminatorio y, por ende, arbitrario, porque pretende cobrar más a quienes impetran una mayor cantidad de prestaciones, lo que conduce a que los enfermos deban pagar más que los sanos, sin que a éstos les beneficie ningún tipo de rebaja. Hace presente, finalmente, que las ISAPREs tienen suficientemente garantizados sus intereses cuando el contrato de salud se pacta en unidades de fomento.

En *Carrasco con Vida Tres* la Corte Suprema confirma la sentencia de primera instancia por estimar amagado el derecho de propiedad ante un alza injustificada de un plan de salud.

Concordamos con los planteamientos anteriores, sin perjuicio de subrayar las imperfecciones del actual sistema y los elevados costos que las personas deben asumir para proteger sus derechos constitucionales por vía de la acción de protección, lo que limita la tutela sólo a los que cuenten con los recursos necesarios. Lo anterior justifica un refuerzo de las acciones de fiscalización, sin perjuicio de los resguardos jurisdiccionales necesarios en todo estado de derecho. Por otra parte, las sanciones a las ISAPREs por estos abusos que afectan el derecho a la vida y a la protección de la salud, debieran ser más efectivos, como por ejemplo una multa elevada o una indemnización adecuada.

Por último, comentaremos brevemente dos causas más. En *Hoyos con Banmédica* la Corte Suprema revoca la sentencia de primera instancia, rechazando el recurso y precisando que el actor, al no declarar las patologías que padecía su hijo, vulneró el contrato y la ISAPRE, dentro de sus facultades legales, puede dar por terminado el contrato de salud.

Los dos votos disidentes de los ministros Morales y Oyarzún se inclinan por confirmar la sentencia en alzada, ya que, como lo determinó la Corte de Apelaciones, procede aplicar el trato especial que la ley y el contrato otorgan a las enfermedades preexistentes, excluyéndose esta situación como causal de término de contrato.

En *Lavanderos con Prado* la recurrente explica que su marido legal, del cual se encuentra separada, la ha desafiliado de la ISAPRE Banmédica. Además, su marido e hijos han pasado a ser beneficiados contractuales del contrato de salud de la actual conviviente de su marido.

Agrega que, en la actualidad, sufre de una enfermedad grave que, de no mediar tratamiento médico periódico, le causará parálisis total y, eventualmente, la muerte. Estima conculcados sus derechos a la vida y a la libre elección del sistema de salud. Cita la transacción y avenimiento pactado con su marido, en un juicio de rebaja de alimentos, donde se estipula que éste deberá mantener vigente un contrato de salud con similares características al existente en ese momento.

El recurrido hizo presente que el recurso debe rechazarse porque la materia objeto de controversia está siendo conocida en dos causas de alimentos que se tramitan ante el Cuarto Juzgado de Menores.

La Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso en base a la vulneración de la cláusula citada por la recurrente. Por su parte, la Corte Suprema revoca y rechaza el recurso por estimar improcedente esta acción cautelar, que sólo debe basarse en garantías y derechos no discutidos y preexistentes, situación que no se da en este caso. Hace presente, además, que la desafiliación a una ISAPRE es una acto legal y que la infracción de los contratos es materia de juicio ordinario. Precisa, asimismo, que las garantías invocadas son erróneas ya que debiera haberse citado el derecho de propie-

dad. El ministro señor Yurak estuvo por acoger el recurso en el entendido de que esta materia fue contemplada en un contrato de transacción.

Seguridad social

En *Trincado con Director General de Carabineros*, los recurrentes, personal civil de Carabineros de Chile, solicitan que se les reconozca la equivalencia en grados del personal de fila respecto de cada uno de ellos, con todos los beneficios que implica, ya que la omisión de la referida resolución ha conculcado sus derechos a la igualdad ante la ley y a la propiedad.

El recurrido alegan que se han limitado a cumplir los dictámenes de la Contraloría General de la República en esta materia.

Una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso por estimar que la acción procede por derechos claramente existentes y que los recurrentes no han demostrado cómo han sido afectadas las garantías constitucionales que citan.

La Corte Suprema revoca esta sentencia y ordena asimilar a este personal en los términos solicitados, ya que el artículo 6 de la ley 18961 prescribe, en su inciso final que, entre otros, el personal civil ocupará plazas de grados equivalentes a las del personal de fila y se agrupará jerárquicamente en sus respectivos escalafones. Finalmente, la Corte acoge la acción por estimar vulneradas la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad de los recurrentes.

En *Cordero con INP* la recurrente acciona en contra de una rebaja del 50% de su pensión de viudez, debido a una solicitante que requirió también el beneficio basada en su supuesta calidad de cónyuge sobreviviente del difunto.

La recurrida señala que la Contraloría General de la República, mediante el dictamen Nº 12000 de 20 de mayo de 1983, indicó para el caso de existir dos o más viudas que solicitan la pensión de montepío, respecto de un mismo causante, que el beneficio debe ser concedido en conjunto y por partes iguales.

La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso argumentando que es de lato conocimiento la determinación de lo solicitado. Por su parte, la Corte Suprema revoca y acoge la acción, precisando que la recurrida debió abstenerse de reliquidar la referida pensión mientras no se haya resuelto la validez de los matrimonios del causante por medio de un juicio ordinario, vulnerando el derecho de propiedad de la recurrente. El voto de minoría, de los ministros señores Gálvez y Yurak, estuvo por confirmar la sentencia apelada.

Estimamos que estas sentencias sobre seguridad social, en base a los derechos de propiedad, dan cuenta de la insuficiencia del actual ámbito de cobertura de esta acción y del esfuerzo de los tribunales por solucionar los problemas planteados. Al igual que en materia del derecho a la protección de la salud debiera considerarse la inclusión del derecho a la seguridad social en la acción de protección, por tratarse de derechos fundamentales que deben contar con mecanismos adecuados de tutela.

Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo

Una de las materias más controvertida ha sido la interposición de acciones de protección en contra de la actuación fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.

Al respecto y en forma previa, cabe recordar que el derecho del trabajo logra su eficacia no sólo con el establecimiento de normas mínimas sino también por la adecuada fiscalización del cumplimiento de dichos derechos.

La inferioridad del trabajador y su subordinación frente al empleador no solamente justifican un estatuto legal mínimo y de orden público, sino el establecimiento de adecuados mecanismos de tutela. Si en el derecho común de los contratos cualquiera de los contratantes puede exigir su cumplimiento una vez celebrado, no ocurre lo mismo con el trabajador, vinculado por un contrato de tracto sucesivo como es el de trabajo, que lo sujeta al poder del empleador expresamente estatuido en el Código del Trabajo, por ejemplo, en los artículos 12 y 306 inciso 2º.

Debido a lo anterior, se dificulta para el trabajador demandar por el cumplimiento de sus derechos, ya que corre el peligro de perder su fuente laboral o sufrir abusos encubiertos de difícil prueba en sede judicial. Debe tenerse presente que, inclusive, la legislación nacional concede al empleador una potestad disciplinaria como la reconocida en los artículos 154 Nº 10 y 157 del Código del Trabajo, que conforman un verdadero "poder de policía entre privados" del empleador respecto del trabajador. En estas situaciones ante denuncias del trabajador el empleador podría despedirlo u ocupar sus facultades en forma aparentemente técnica pero en el fondo como represalia por la denuncia (*jus variandi*, negar ascensos o permisos, cambiar período de feriado, rebaja en la calidad del jardín infantil que se paga, etc.) e, inclusive, multar al trabajador por aparentes infracciones al reglamento interno de la empresa. Por tanto, muchas de las prerrogativas legales del empleador admiten un uso disfuncional y abusivo, aparentemente técnico pero desviado[53], difícil de probar y que, sin duda, disminuye la posibilidad de que los trabajadores ejerzan sus derechos.

Por lo anterior, en derecho comparado se tutelan los derechos del trabajador mediante la fiscalización, tanto de los sindicatos como por vía administrativa, en este último caso por medio de un organismo especializado, perteneciente a la administración, que vela por el cabal cumplimiento de la legislación laboral.

En nuestro país la Dirección del Trabajo es un organismo técnico, dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, encargado de fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral[54].

53 Ermida, O: *La Flexibilización de la Huelga* (Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1999), p. 24.

54 Al respecto, es dable señalar que el Código del Trabajo reconoce la función social del trabajo y establece el deber del Estado en orden a velar por el cumplimiento de las normas que rigen la prestación de los servicios (art. 2) y dispone que la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, así como la fiscalización de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, de las normas de protección de la maternidad, de las prácticas desleales o antisindicales, de las

En la jurisprudencia del recurso de protección encontramos la interposición de acciones por estimar los recurrentes que la Dirección del Trabajo ha violentado con su actuar fiscalizador su derecho a no ser juzgado en comisiones especiales (art. 19 Nº 3 inc. 4º), su libertad de trabajo (art. 19 Nº 16), su derecho a la libre iniciativa económica (art. 19 Nº 21) y su derecho de propiedad (artículo 19 Nº 24). Básicamente, la Corte Suprema sostiene tres tesis diferentes en esta materia[55]:

No procede la acción de protección ya que no es sustituto jurisdiccional y existe un procedimiento específico para recurrir ante el tribunal del trabajo, en contra de las resoluciones de la Dirección del Trabajo (art. 474 CT).

No procede la acción de protección cuando el recurrente no se encuentra en el legítimo ejercicio del derecho, por ser un derecho dudoso, como cuando ha sido objeto de una instrucción o multa de la Dirección.

Procede la acción, ya que la Dirección ha actuado en forma ilegal y arbitraria al constituirse en una suerte de comisión especial y arrogarse facultades jurisdiccionales propias de los tribunales de justicia. Se agrega que la Dirección sólo debe actuar ante ilegalidades claras, precisas y determinadas.

Esta última tesis la encontramos en *Barredo con Inspector del Trabajo*, *Telefónica Móvil con Inspector del Trabajo*, *Supermecados Montecarlo con Inspección del Trabajo*, *Transportes Catedral con Inspector del Trabajo* y *West Store con Inspección del Trabajo*. Debemos hacer presente que en estas causas el ministro señor Gálvez previno que sólo debía suspenderse el efecto de la resolución de la Dirección y no dejarla sin efecto, en atención a que la naturaleza claramente cautelar de la acción de protección no es compatible con la adopción de medidas que signifiquen afectar la existencia de actos administrativos ya configurados.

organizaciones sindicales y del cumplimiento de los instrumentos colectivos del trabajo (arts. 476, 184 y 191, 208, 292, 299 y 349 CT, respectivamente). Además, el DFL 2, de 1967, establece que la Dirección del Trabajo deberá fiscalizar la legislación laboral y fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo (art. 1 letras a y b de dicho cuerpo legal). Dentro de las facultades del Director del Trabajo, jefe superior de este organismo, se contempla la representación del Estado en la aplicación y fiscalización de las leyes sociales; fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento, y velar por la correcta aplicación de las leyes del trabajo en todo el territorio de la República (art. 5 letras a, b y c DFL 2, de 1967). La interpretación que realice la Dirección del Trabajo no es vinculante para los Tribunales de Justicia, quienes siempre pueden revisar lo resuelto por dicha Repartición (art. 474 del Código del Trabajo). No obstante, esta facultad de interpretar obedece a la necesidad de brindar una seguridad jurídica mínima a los particulares fiscalizados, especialmente los empleadores, quienes podrán guiar su actuar al tenor de la interpretación dada por el organismo fiscalizador, lo que permite una mayor objetividad en la labor fiscalizadora, asegurándose además la igualdad ante la ley. En esta materia, *cfr.* Lizama, L: *La Dirección del Trabajo: Una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena* (Santiago: Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1998), pp. 37ss. La ley confiere asimismo la calidad de ministros de fe a los inspectores del trabajo (art. 23 DFL 2 y 218 y 313 CT). Cabe señalar que el legislador otorga facultades especiales a la Dirección para resolver sobre la aplicación de diversas normas del Código del Trabajo, de cuya resolución se puede entablar reclamo al tribunal del trabajo respectivo. Sobre esto último, *vid.* Novoa, P: "La fiscalización administrativa de la legislación laboral y la Dirección del Trabajo" en *Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer Arteaga*, *op. cit.* en n. 2, pp. 1935s.

55 *Cfr.* Gamonal, S: "La acción de protección y las facultades de la Dirección del Trabajo", en 2 *Anuario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2001), pp. 70ss.

Por otro lado, la primera tesis, referida a que la acción de protección no es sustituto jurisdiccional y existe un "procedimiento específico" para recurrir ante el tribunal del trabajo, la encontramos en *Empresa de Servicios Sanitarios con Dirección del Trabajo* y *Hi-Tec con Dirección del Trabajo*.

En esta materia debemos indicar que nos inclinamos por la segunda tesis, en el sentido de que no procede la acción de protección cuando el recurrente no se encuentra en el legítimo ejercicio del derecho, por ser un derecho dudoso, como cuando ha sido objeto de una instrucción o multa de la Dirección.

Aunque es cierto que la acción de protección nace para resguardar de mejor forma los derechos de las personas, por medio de un mecanismo de tutela expedito y eficaz, especialmente respecto de agravios de agentes del poder público, debemos considerar que la actuación de la Dirección del Trabajo no es solamente respecto de un particular, sino de "dos particulares, el empleador y el trabajador", por tanto también busca el respeto de derechos de orden público consagrados a favor de uno de ellos, por las razones expuestas al inicio de este subpárrafo.

Si el empleador se siente agraviado podrá recurrir al tribunal del trabajo, conforme el artículo 474 del Código del Trabajo. Si, por el contrario, es el trabajador el afectado por un incumplimiento o conducta indebida del empleador, no podrá recurrir de protección ni accionar judicialmente salvo que corra el riesgo de perder su empleo o de sufrir los abusos que ya hemos descrito. Por tanto, la opción de estimar que la Dirección se arroga facultades jurisdiccionales conlleva para los trabajadores la indefensión en sus derechos, paradojalmente por el ejercicio de la acción de protección.

Estabilidad en el empleo

En *Pizarro con Corporación Municipal* la Corte Suprema reitera que la calificación del despido debe ventilarse en el procedimiento expresamente establecido al efecto, como es el laboral, no correspondiendo al recurso de protección, como acción cautelar, dicha calificación. Agrega, además, que esta acción supone la clara existencia de los derechos cuya protección de pretende, lo que no ocurriría al existir una controversia que debe resolverse en sede laboral.

CONCLUSIONES

A continuación, esbozaremos algunas breves conclusiones en base a las sentencias comentadas. Para estos efectos, dividiremos nuestro análisis en los siguientes tópicos: (a) la importancia de los principios y el formalismo jurídico, (b) duración de los procesos judiciales, (c) naturaleza subsidiaria del derecho del trabajo, (d) facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, (e) tutela de los derechos fundamentales y (f) ambivalencia funcional del ordenamiento laboral.

La importancia de los principios y el formalismo jurídico.

Al estudiar todas estas sentencias podemos apreciar la gran trascendencia de los principios y de la doctrina en el derecho del trabajo[56].

En efecto, más allá de todas las normas protectoras, la aplicación práctica de los principios del derecho del trabajo, por parte de los tribunales, permite una eficaz tutela de los trabajadores por medio de una interpretación que vaya más allá de los formalismos o acuerdos aparentes.

Sin duda, el derecho debe ser formalista con el fin de cautelar adecuadamente la seguridad jurídica. No obstante, cuando los formalismos en materia contractual no son producto de un acuerdo libre de voluntades se amenazan los derechos del contratante más débil.

Cabe tener presente que el derecho del trabajo es un derecho de transacción, donde muchas de sus soluciones legislativas más que responder a parámetros técnicos representan acuerdos políticos, que por la premura del tiempo y su propia precariedad no pueden ser revisados por los especialistas, a diferencia del derecho civil o del derecho penal. En este contexto los principios y la doctrina laboral cumplen un rol fundamental al momento de sistematizar y aplicar las normas.

Los principios de protección, de irrenunciabilidad, de continuidad y de primacía de la realidad dan cuenta de esta situación. Además, en estas sentencias encontramos menciones a principios más generales, como el de buena fe.

Por último, debemos destacar la importancia de la enseñanza de los principios en el ramo de derecho del trabajo, con el fin de que alumno conozca las líneas directrices inspiradoras de la legislación positiva, cuya aplicación, para el futuro abogado, será de interés cuando deba argumentar en esta materia.

Duración de los procesos judiciales

Un comentario preocupante es que la duración promedio de las causas laborales alcanza varios años.

Nuestra carta fundamental, en su artículo 19 Nº 3, establece la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y, su inciso 5º, dispone que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas.

Cabe preguntarse si en derecho del trabajo, con estas demoras, se cumple esta garantía.

Si la reforma procesal penal era de primera importancia dados los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, la reforma procesal laboral debiera seguirla en dicho orden, dado el carácter masivo del trabajo en la actividad de los ciudadanos, en su calidad de vida, en sus posibilidades de consumo, de desarrollo cultural, de vida familiar, etc. Por ello, cuando una minoría racial o religiosa es discriminada basta con relegarla a los trabajos de menor importancia, de menor

56 Acerca de los principios y su carácter polisémico, *vid. supra* n. 8.

calificación y remuneración, asegurando, de esta forma, su marginación educacional y su falta de oportunidades. La demora en los juicios encarece la justicia y fortalece la inseguridad jurídica de trabajadores y empleadores.

Cuando Alain Supiot nos dice que en la lengua francesa el significado inicial de la palabra trabajo designa el sufrimiento que la mujer debía soportar en el parto, da cuenta de lo que él denomina "ambivalencia de la palabra trabajo" en cuanto acto de dolor y de creación[57]. Esta actividad que implica sufrimiento y a la vez realización es, no cabe duda, trascendental en la vida del ser humano y su regulación jurídica nos dará luces acerca del grado de desarrollo y de calidad de vida de una determinada sociedad.

Con las actuales demoras muchos derechos laborales son en cierta forma ilusorios, quedando en el papel la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, así como la posibilidad de contar con un procedimiento y una investigación racionales y justas, ya que no bastan las normas procesales del Código del Trabajo sin una justicia laboral orgánica especializada y con capacidad de dar una pronta respuesta a los conflictos en esta materia.

Uno de los grandes desafíos a futuro se vincula directamente con una justicia laboral más expedita.

Naturaleza subsidiaria del derecho del trabajo

Algunos autores destacan que el derecho laboral constituye un ordenamiento subsidiario[58], porque numerosos conflictos son resueltos por medio de negociaciones informales, sin recurrir al derecho estatal, a menos que una de las partes estime que no existe otra solución. Deberíamos preguntarnos cuál es el alcance de esta afirmación y si es aplicable a nuestro país.

Conceptuar al ordenamiento laboral como subsidiario implica reconocer que en el contrato de trabajo subyace una relación de poder, considerando como nos dice Kahn-Freund que "el derecho es una fuerza de importancia secundaria en las relaciones humanas y, especialmente, en las relaciones laborales"[59]. Agrega este autor que

> en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empresario, y, en último término, si ésta falla, mediante el cese concertado del trabajo[60].

En nuestro país las relaciones laborales tanto para empleadores como para trabajadores se basan más en el autoritarismo que en el diálogo y, por otro lado, garantías constitucionales como la negociación colectiva no comprenden más del 10% de los trabajadores. En este contexto, hablar en Chile de subsidiarie-

57 Supiot, A: *Crítica del Derecho del Trabajo* (Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), p. 20.
58 Däubler, W: *Derecho del Trabajo* (Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994), p. 98.
59 Kahn-Freund, O: *Derecho y Trabajo* (Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1987), p. 47.
60 *ibid*, p. 55.

dad del ordenamiento laboral más que dar cuenta de un contrapoder social por parte de los trabajadores, da cuenta de su precariedad, ya que la mayoría de estas "negociaciones informales" se resolverán a favor del poder del empleador.

Esta situación es apreciable al observar las sentencias que hemos comentado, donde los trabajadores aceptan los términos impuestos por el empleador y sólo una vez terminada la relación laboral demandan por sus derechos, como en el caso de las contrataciones a honorarios.

Lo anterior constituye un síntoma delicado si observamos que el número de procesos judiciales es más bien menor en comparación con los contratos celebrados en el mercado de trabajo.

Por ello, un sindicalismo débil unido a procesos judiciales de larga duración conspiran en contra de una mercado de trabajo que asegure un equilibrio mínimo entre las partes sociales.

Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo

Unido a lo anterior se encuentran los límites que imponen a la acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo algunas sentencias de protección.

Si consideramos la precariedad laboral de los trabajadores, una adecuada tutela de sus derechos pasa por contar con una fiscalización eficaz. El desafío para el Estado está en la línea de fortalecer y legitimar la acción de la Dirección del Trabajo, por ejemplo, considerando la posibilidad de que constatada una infracción y cursada una multa dicha decisión sea revisada obligatoriamente por un tribunal laboral, restableciendo, por mientras, el derecho transgredido de forma que la eventual demora en la revisión judicial no afecte a los trabajadores.

Otra solución sería transformar a la Dirección del Trabajo en una suerte de fiscalía que accione ante el tribunal y cuyas actas tengan validez probatoria como en las prácticas antisindicales. No obstante esta vía requiere de mayor celeridad judicial.

Para los tribunales, la tarea inmediata implica considerar y ponderar las garantías constitucionales que la Dirección del Trabajo protege con su actuar. Una multa de este organismo no puede ser asimilable a un mero arbitrio del Estado, sino a una función de tutela de los ciudadanos, de su libertad de trabajo y libertad sindical. De modo contrario, toda la protección del ordenamiento laboral puede quedar inaplicable.

Resulta difícil sostener que un recurrente de protección está en el legítimo ejercicio de su derecho si ha sido multado. Más aún si puede recurrir judicialmente de esa decisión, como lo dispone el artículo 474 del Código del Trabajo. Una postura formalista en esta materia es sólo aparentemente neutra ya que deja en la indefensión a los trabajadores.

Tutela de los derechos fundamentales

Las sentencias de protección comentadas, sobre todo en materia de seguridad social, confirman la necesidad urgente de buscar una tutela adecuada de los

derechos fundamentales de las personas.

Este problema puede ser abordado ampliando la cobertura de la acción de protección o consagrando un recurso similar al de amparo económico en estas materias. No es posible justificar esta grave carencia de nuestro derecho.

Por otra parte, encontramos interesantes algunas tesis de los tribunales, sin perjuicio de hacer presente que falta una interpretación más amplia y protectora de las garantías constitucionales de los trabajadores.

Respecto de los derechos fundamentales al interior de la relación de trabajo, urge un procedimiento más expedito y acorde con el crecimiento económico y tecnológico de nuestro país.

Ambivalencia funcional del ordenamiento laboral

Quisiéramos finalizar esta reflexiones comentando que el derecho laboral no es solamente protector sino que también ha sido un medio de pacificación social, que ha permitido integrar a los trabajadores al desarrollo de la economía capitalista. Por ello la doctrina habla de la ambivalencia funcional de esta rama del derecho[61], de protección del trabajador y de legitimación del orden social y económico, a la vez.

La lectura de las sentencias comentadas y de las normas de nuestro ordenamiento nos permiten apreciar alguna presencia de esta ambivalencia en el derecho chileno, especialmente ante facultades del empleador que difícilmente serían justificables desde una óptica contractual, como el *jus variandi* o su potestad disciplinaria.

Debido a esta doble funcionalidad las sentencias de los tribunales no sólo conforman la tutela efectiva de los derechos de los trabajadores, sino que facilitan también su integración social en el sistema. Por el contrario, jurisprudencia que desconoce la función de los sindicatos, que deslegitima la labor de la Dirección del Trabajo o que aplica criterios civiles a la resolución de conflictos laborales, hace decrecer el impacto de la pacificación social. Ante el surgimiento de la nueva cuestión social, de la mano con la globalización, así como el preocupante incremento de las diferencias de ingresos y desigualdades en el mundo y en nuestro país, creemos que no debe subestimarse esta doble funcionalidad del derecho laboral.

61 *cfr.* Goldin, A: *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003), p. 27.