REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ

NUMERO 2: 2005

COMENTARIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL AÑO 2004

CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES

PEÑALOLÉN Y VIÑA DEL MAR, 2005

Sección de derecho del Trabajo

SECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
TABLA DE CONTENIDOS

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sergio Gamonal Contreras

INTRODUCCIÓN 1231
PRESUNCIÓN DE CONTRATO 1231
NOCIÓN DE EMPRESA 1232
PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL 1233
SUBORDINACIÓN 1235
JUS VARIANDI 1237
CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO 1237
DISCRIMINACIÓN LABORAL 1238
REMUNERACIONES 1238
FERIADO 1240
RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA 1240
FUERO 1242
FINIQUITO 1242
CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN 1243
TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO 1244
- Despido injustificado 1244
- Despido nulo por no pago de imposiciones 1248
- Indemnización del preaviso 1250
- Indemnización por años de servicio 1251

DAÑO MORAL 1256
CONTRATO COLECTIVO 1259
TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL 1260
MATERIAS VARIAS 1261
- Abandono de procedimiento 1261
- Quiebra 1262
- Competencia de los tribunales del trabajo 1262

Prueba y sana crítica 1263
Tercería de prelación 1263
Apelación de las multas laborales 1264
SEGURIDAD SOCIAL 1264
Apropiación indebida de cotizaciones y prisión por deudas 1265
Bono de reconocimiento 1265
Normas de seguridad de contratistas y subcontratistas 1265
Derecho de acrecer en los montepíos 1268
Indemnización del lucro cesante en los accidentes del trabajo 1269
RECURSO DE PROTECCIÓN 1269
Libre elección del sistema de salud y derecho de propiedad 1269
Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo 1272
Libertad sindical 1282
Estatuto Docente 1283
CONCLUSIONES 1283
La duración de los procesos judiciales 1283
Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo 1283
Tutela de los derechos fundamentales 1284
Criterios civiles versus laborales 1285

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SERGIO GAMONAL CONTRERAS

INTRODUCCIÓN

En el presente comentario estudiaremos 141 sentencias de la Corte Suprema en materia laboral y de seguridad social*.

En materia de casación, comentaremos los siguientes tópicos: presunción de contrato, noción de empresa, principios del derecho laboral, subordinación, *jus variandi*, contenido ético-jurídico, discriminación laboral, remuneraciones, feriado, responsabilidad subsidiaria, fuero, finiquito, caducidad y prescripción, término de contrato de trabajo, daño moral, contrato colectivo, tutela de la libertad sindical, y materias varias (abandono de procedimiento, quiebra, competencia de los tribunales del trabajo, prueba y sana crítica, tercería de prelación y apelación de las multas laborales).

En seguridad social comentaremos sentencias sobre apropiación indebida de cotizaciones y prisión por deudas; bono de reconocimiento; normas de seguridad de contratistas y subcontratistas; prescripción; derecho de acrecer en los montepíos, e indemnización del lucro cesante en los accidentes del trabajo.

En cuanto a las acciones de protección, comentaremos sentencias relativas a: libre elección del sistema de salud y derecho de propiedad; facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo; libertad sindical, y estatuto docente.

Analizaremos un recurso de amparo que versa sobre la prisión por deudas y cobro de imposiciones y otro de reclamación que dice relación con las normas de seguridad de contratistas y subcontratistas.

Por último, al igual que en el año pasado, debemos aclarar que cuando hablemos del "Código", nos referimos al Código del Trabajo.

PRESUNCIÓN DE CONTRATO

En *Genta con Constructora LFM* se produce un despido injustificado y frente a la falta de escrituración del contrato, el demandante señala, entre

Gamonal | Derecho laboral
2 Rev D. UAI (2005) 1231-1285
© Sergio Gamonal Contreras, 2006

otras alegaciones y en base al artículo 9° del Código, que el contrato tenía una duración de seis meses. No obstante, de las pruebas rendidas en el proceso los tribunales del fondo dieron por acreditado sólo un término de treinta días.

Al respecto, la Corte Suprema señala que la presunción del artículo 9° es simplemente legal y

> no puede aplicarse sin un raciocinio previo acerca de los elementos de convicción aportados a la causa por el litigante a quien corresponde probar la inexistencia de la circunstancia presumida por ley, en el caso, el plazo de duración del contrato habido entre las partes (c.4).

El criterio de la Corte enfatiza la razonabilidad que deben tener las pretensiones del demandante, así como la posibilidad de que el demandado altere por medio de pruebas las estipulaciones declaradas por el trabajador.

En *Escalante con Supermercados San Antonio* la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda instancia incluyó, en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio, la asignación de colación, en base a la prueba confesional y a la presunción del artículo 9° del Código.

Al respecto, la Corte Suprema precisa que de la prueba rendida se desprende que los representantes de la demandada negaron la existencia de dicha asignación y que frente a un contrato escrito no procede la presunción del artículo 9° del Código. En consecuencia, la Corte de Casación excluyó la asignación de colación de los referidos cálculos indemnizatorios.

Efectivamente la presunción del artículo 9° opera cuando el contrato no ha sido escriturado. Con todo, si se hubiera probado fehacientemente el pago de una asignación de colación, se estaría frente a una cláusula tácita del contrato de trabajo, tan válida como las escritas en el mismo.

NOCIÓN DE EMPRESA

En *Peña con Arbea* y en *Pérez con Arbea* la Corte Suprema rechaza los recursos de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que confirma la de primera instancia, en el sentido de que el empleador ha constituido una sociedad como mero subterfugio "para alterar su individualización y eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales por parte de los demandados" (c.4).

Se trata de la aplicación de la norma del subterfugio del artículo 478 del Código en base al principio de primacía de la realidad, según aclara el fallo de segunda instancia en la causa *Peña con Arbea*.

* NOTA DEL EDITOR: al momento de redactarse este comentario, la ley 20087, que sustituye el proceso laboral, no había sido aprobada. Esta circunstancia debe tenerse presente al leer pasajes que hacen referencia a esa materia.

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

En materia de principios de derecho del trabajo encontramos numerosos fallos de interés[1].

En *Opazo con LAN Chile* se plantea la duda de si el aumento de hasta un 150% dispuesto por el artículo 169 a), para el pago de la indemnización por años de servicio cuando el empleador no la ha cancelado oportunamente, es aplicable sólo cuando expresamente se ha estipulado un plazo para el pago de la misma o, por el contrario, es aplicable en todos los casos, ya sea cuando se acordó su pago en un solo acto o cuando se estipuló un plazo para estos efectos. Al respecto, la Corte precisa

> el objetivo de la regla no es otro que establecer un mecanismo mínimo de resguardo para el trabajador. Por consiguiente, considerando el principio protector que inspira el derecho del trabajo, no existe razón jurídica para discriminar entre dos hipótesis que igualmente perjudican al dependiente (c.14).

En consecuencia, la Corte estima procedente el aumento aunque no se haya estipulado plazo para el pago de la indemnización.

En *Bazaez con La Paloma* la Corte Suprema aclara que el principio protector debe obedecer, en el proceso, a la lógica y experiencia para producir convicción. En este caso, el demandante no probó que sus inasistencias fueran justificadas lo que impide declarar injustificado el despido.

En *Arancibia con SQM* la Corte cita el principio de protección y la *regla in dubio pro operario* al señalar el alcance de los términos "obligaciones laborales y previsionales" del artículo 64 del Código. No obstante, finalmente exime al demandado subsidiario por no haber podido ejercer mayor fiscalización en materia de seguridad respecto del contratante principal. En el acápite pertinente comentaremos más detenidamente esta sentencia.

En *Aguirre con Serena Lt* la Corte Suprema aplica el principio de irrenunciabilidad en el sentido de que las normas de la semana corrida tienen como finalidad última cautelar el derecho al descanso semanal, evitando que, por el sistema de remuneraciones que se acuerde, un trabajador se vea impedido de devengar remuneración durante su descanso semanal.

Se trataba de trabajadores remunerados por comisión y en el contrato se había estipulado que éstas comprendían el pago de la semana corrida. La Corte aclara

> ciertamente no es posible sino concluir que acordar la inclusión del beneficio en el porcentaje de las comisiones que percibirán los trabajadores, constituye una vulneración a aquel derecho laboral, cuya irrenunciabilidad está ínsita en el mismo y, conocidamente regulada en el artículo 5° del Código del Trabajo (c.9).

1 Sobre la noción de principios del derecho del trabajo, *vid.* 1 *Com.* 735 n. 8.

Agrega la sentencia de casación que

> en consecuencia, la cláusula de que se trata carece de la eficacia pretendida por el empleador y su estipulación no ha podido privar a los actores de un derecho establecido en su favor por el legislador de la materia (c.10).

En *Ingesur con Navarro* la Corte Suprema precisa que el principio de irrenunciabilidad en Chile tiene una doble finalidad, de carácter jurídico-público, en el sentido de otorgarle al trabajador condiciones que protejan su vida y salud y la de su familia, y de orden tutelar, en el sentido de establecer positivamente la irrenunciabilidad con el fin de evitar la derogación de las normas mínimas sobre la base de la autonomía de la voluntad. Esta autonomía debe respetar los mínimos legales.

La Corte concluye que se ha atentado en contra del orden público laboral ya que

> mediante las cláusulas se ha convenido confusamente la prestación de servicios en una obra determinada y, al mismo tiempo, por un plazo fijo, que podría extenderse más allá del establecido en el instrumento (c.9).

En definitiva la Corte aplica el artículo 159 N° 4 del Código sobre conversión del contrato a plazo, desestimando que se trate de uno por obra o faena.

En *Morales con Bata SA* la Corte Suprema revoca la sentencia casada en cuanto rechazaba la demanda reconvencional del empleador por diferencias de inventario. En este caso, la Corte estima válida la cláusula del contrato de trabajo que estatuía una cuenta de garantía abierta a nombre del trabajador, donde el empleador abonaba un 0.25% de las ventas netas realizadas en el local a cargo del subordinado. Agregaba esa estipulación que si producto de los inventarios resultaban diferencias a favor o en contra del trabajador, éstos se abonarán o cargarán a la respectiva cuenta, descontándose para estos efectos el 40% sobre el precio de venta al público.

Se disponía que, en caso que esta cuenta arrojara anualmente o al término del contrato saldos en contra del trabajador, tal diferencia debía ser pagada por él. Además estipulaba que si los cheques resultaren protestados por falta de fondos, la pérdida ocasional por esta razón será soportada en un 50% por el trabajador.

La Corte indica que no se ha transgredido el orden público laboral con esta cláusula ya que no se afectan derechos establecidos para el trabajador. Precisa que

> En efecto, tratándose de un dependiente que dirige un local de ventas de mercadería al público, le resulta favorable la creación de una cuenta que reúna fondos para responder ante eventuales pérdidas de esas mercaderías y que, además, en caso que dicha pérdidas no se produzcan, el monto convenido sea entregado al trabajador como asignación de pérdida, es decir, adicional (c.9).

Si bien es razonable la creación de este tipo de cuenta de garantía para el trabajador a cargo de un local, no es admisible estipular en ella que si los cheques resultaren protestados por falta de fondos la pérdida ocasional por esta razón será soportada en un 50% por el trabajador, ya que implica una renuncia encubierta del empleado. Cabe hacer presente que, en principio, el trabajador no participa del riesgo de empresa, por tanto no es posible hacerlo responsable por los cheques sin fondo de los clientes. Un trabajador puede ser responsable de las mercaderías a su cargo pero no de los clientes insolventes. En caso contrario se trata de un socio y no de un trabajador dependiente.

En *Álvarez con Comunidad* se trataba de un contrato a plazo fijo cuya estipulación excedía de un año. La sentencia de primera instancia así como la de segunda y la Corte Suprema expresan que se trata de un contrato indefinido ya que no se encontraba dentro de las excepciones en que puede durar dos años, según el artículo 159 N° 4 del Código. En este caso, se aplica normativa de orden público irrenunciable en el sentido de que el contrato de trabajo debe ser de duración indefinida, por darle mayor estabilidad al trabajador al tenor del principio de continuidad.

En *Castro con Nueva Ovalle* la Corte Suprema precisa que las leyes laborales rigen *in actum*, como es el caso de la ley 19631, conocida como ley Bustos. En esta causa, la Corte aplica una de las normas transitorias de la misma, liberando al demandado de las sanciones del artículo 162.

En *Guerrero con Quincallería* la Corte precisa que, más allá de la especialidad del derecho laboral, éste no se encuentra aislado del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, debe considerar los principios generales del ordenamiento.

Como señaláramos en el comentario del año pasado[2], esta aplicación supletoria no deberá estar en contra de los principios específicos del derecho laboral.

SUBORDINACIÓN

En *Ledezma con Municipalidad de Coquimbo* se estima que en una contratación a honorarios, entre la actora y la municipalidad, aunque haya dependencia en la práctica, resulta inaplicable el Código. Al respecto señala el fallo

> Que aun cuando los servicios ejecutados por la demandante para la Municipalidad demandada se hayan llevado a cabo con obligaciones de asistencia, cumplimiento de horarios y sujetos a la dependencia e instrucciones de jefaturas, así como con una remuneración fijada en cuotas mensuales, ello no hacía aplicable a su respecto la citada regla del artículo 7 del Código del Trabajo (c.10).

2 *ibid* 758 y 777.

La Corte cita el artículo 4° de la ley 18883, donde se señala explícitamente que los contratados a honorarios se sujetan a las reglas del respectivo contrato. Además, precisa en la sentencia de reemplazo respecto del Código que

> Este cuerpo legal no rige en el ámbito de la Administración del Estado sometida al Estatuto Municipal, salvo en las materias o aspectos no regulados por las normas estatutarias aplicables a sus funcionarios, conforme lo dicen los incisos segundo y tercero del artículo 1 del mismo Código (c.3).

En *Vera con Defensa Civil* se arriba a similares conclusiones en base al artículo 10 de la ley 18834, cuyo inciso 2° dispone que podrá contratarse a honorarios la prestación de servicios para cometidos específicos.

En estos casos se mantienen vigentes los comentarios hechos el año anterior[3], ya que las contrataciones a honorarios en el sector público no crean una nueva categoría contractual, por tanto deben ser realmente contrataciones a honorarios, o sea, sin subordinación o dependencia. En el caso del artículo 10 del Estatuto Administrativo, debe tratarse de una contratación civil para cometidos específicos. Una contratación a honorarios cuyo cumplimiento, en la práctica, implica 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. El Estado al igual que los particulares debe aplicar algún estatuto protector a sus propios dependientes.

Con lo sostenido en estas sentencias se favorece la precariedad laboral y se vulneran garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y la protección del trabajo, creando trabajadores dependientes de segunda categoría y sin tutela alguna.

La cita del artículo 4° de la ley 18883, donde se indica que los contratados a honorarios se sujetan a las reglas del respectivo contrato, no es procedente si, en definitiva, no se trata de una contratación a honorarios. Este precepto parte del supuesto de que realmente se está ante una contratación civil. Si este supuesto es distinto la norma es inaplicable y no basta con que la administración califique una relación en uno u otro sentido para que dicha vinculación no pueda ser cuestionada respecto de su naturaleza jurídica.

En *Casanova con Superintendencia* la Corte Suprema profundiza más el caso de la aplicabilidad supletoria del Código a la administración del Estado, indicando que su artículo 1° no sólo se encuentra condicionado

> a que se trate de una materia no regulada por los estatutos especiales a que puedan estar sometidos esos trabajadores, sino, además, a que esas disposiciones no sean contrarias a tales estatutos especiales (c.1).

3 *ibid* 760.

JUS VARIANDI

En *Palma con Epsilon SA* se despide a una trabajadora por haber faltado dos días seguidos a su trabajo, luego de que se le comunicara que debía trasladarse desde Rancagua a Santiago.

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia que revocó el fallo de primera y rechazó la demanda, atendido que en el contrato de trabajo se dejó expresa constancia de que la sociedad empleadora podía trasladar al trabajador a otro domicilio o labores similares dentro o fuera de la ciudad o comuna, por causa justificada, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

La Corte estima injustificada la ausencia de la trabajadora señalando

> que no se trataba en la especie del jus variandi ejercido por el empleador, sino de la existencia de una norma que prevalecía sobre aquél, cual es la ley del contrato, esto es, un pacto consentido y válido que facultaba a la empleadora para modificar incluso la ciudad donde la demandante debía prestar sus servicios (c.6).

Este criterio no pareciera sólido frente a las disposiciones del Código. El *jus variandi* es una facultad muy excepcional y la cláusula de marras pareciera, a lo menos, arbitraria. Con todo, aún si fuera válida debe ejercerse de buena fe y un preaviso de sólo dos días para cambio de ciudad pareciera excesivamente corto y poco razonable.

CONTENIDO ÉTICO-JURÍDICO

En *Trujillo con Cinemark* la Corte declara válido el despido de un supervisor por falta de probidad, por extravío de dineros del "fondo de reserva a cargo del trabajador". La Corte expresa

> no puede desconocerse que el contrato de trabajo se encuentra también marcado por su contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad al que ambas se encuentran obligadas, atendidas, entre otras, las circunstancias de alta competitividad en el que se desarrollan en el mudo moderno las actividades empresariales (c.5).

Agrega la sentencia en el mismo considerando

> Que, por lo mismo, las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, la buena fe (c.5).

La causal de falta de probidad, como dice la Corte, se fundamenta en la buena fe del contrato de trabajo.

DISCRIMINACIÓN LABORAL

En *Singh con Almacenes París* la Corte Suprema resuelve una casación en el fondo relativa a un juicio ordinario de indemnización de perjuicios de daño moral, por una oferta de trabajo discriminatoria.

Se trata de una demanda por responsabilidad extracontractual basada en un aviso discriminatorio por razones de género y edad. La Corte rechaza el recurso por no haberse probado en el proceso el daño y el nexo causal respectivo. En efecto, los sentenciadores establecieron que no se probó que la demandante aceptara la oferta ya que no constaba la recepción de la carta y el currículum que enviara la actora a la empresa demandada. En consecuencia, no hubo vínculo entre las partes y, por ende, no existiría ilícito alguno que sancionar ni se dan los presupuestos mínimos exigidos por el artículo 2314 del Código Civil. De acuerdo a la Corte,

> son condiciones de la reparación pecuniaria que el daño consista en la violación de un interés legítimo y que los perjuicios sean ciertos y directos. Sobre este punto el recurrente sostiene que el daño experimentado por la demandante es la sensación de discriminación que limitó sus oportunidades de acceder al empleo por razones ilegales y arbitrarias. Por consiguiente, no puede sino concluirse que el perjuicio reclamado en la especie no reúne las exigencias anotadas, toda vez que la marginación efectiva de la actora del proceso de selección por razones de sexo y edad, no se deduce de los antecedentes del proceso (c.7).

La sentencia precisa que la discriminación arbitraria en materia laboral puede generar indemnización de perjuicios siempre que concurran todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual.

Si bien este fallo está acorde con los antecedentes del proceso, denota la grave carencia legislativa de nuestro sistema, donde encontramos sendas prohibiciones de discriminación laboral arbitraria a nivel constitucional, de tratados internacionales ratificados por Chile y en el Código, pero sin mecanismos procesales expeditos para sancionar estos ilícitos como ocurre en experiencias de otros países.

La discriminación laboral constituye un grave atentado a los derechos fundamentales de las personas, por lo que deben orientarse todos los esfuerzos a que sólo se contrate en base a capacidad, fomentando de esta forma la igualdad de oportunidades de la población. Para estos efectos es urgente una legislación procesal más moderna y que tutele procesalmente los derechos fundamentales en el ambiente de trabajo*.

REMUNERACIONES

En esta materia encontramos tres sentencias de interés.

En *Araya con Punta del Cobre* la Corte Suprema precisa que el empleador puede hacer préstamos a sus trabajadores sin las limitaciones del

* Véase la nota * del editor *supra*, p. 1232.

15% establecido en el artículo 58 del Código, cuando dichos montos son descontados posteriormente del pago de gratificaciones. La Corte precisa que esta norma

> tiene un carácter eminentemente protector alimenticio, es decir, resguardar el poder adquisitivo del trabajador para los efectos de su propia sustentación y la de su familia, el que no se divisa afectado en los términos en que se hicieron los descuentos reprochados (c.6).

Los argumentos de la sentencia no son convincentes. El artículo 58 establece limitaciones de orden público a los descuentos que puede efectuar el empleador. Como señalan Thayer y Novoa

> El legislador consulta dos importantes disposiciones con vistas a que la remuneración no tenga mermas exageradas, y a permitir, al mismo tiempo, el mayor remanente líquido para el uso personal y responsable de sus haberes por parte del trabajador:
>
> i) Los descuentos autorizados o permitidos tienen un carácter de orden público y de derecho estricto. En tal virtud no sería lícito que el empleador pudiere efectuar de la remuneración otros descuentos, por muy loables que fueren sus propósitos, pues en definitiva sería un acto prohibido por la ley, nulo de nulidad absoluta, por ilicitud del objeto[4].

Luego agregan estos autores

> ii) El total de las deducciones permitidas no podrán exceder del 30% por compromisos habitacionales, ni del 15% por otros compromisos, porcentajes que deben calcularse sobre la remuneración total[5].

Cabe agregar que, anteriormente, la legislación permitía otros descuentos sin el tope de 15%, desnaturalizando esta garantía[6].

Las gratificaciones forman parte de las remuneraciones y, por ende, les son aplicables los límites del artículo 58 del Código.

En *Gómez con Zona Franca* respecto de la posibilidad de descontar sumas adeudadas por el dependiente a una Caja de Compensación, de los montos de gratificaciones, una vez finalizado el contrato, la Corte Suprema dispone que los límites del artículo 58 del Código sólo rigen durante la vigencia de la relación laboral, lo que no puede extenderse a la época en que el contrato ha finalizado.

Al igual que en la sentencia anterior, el acuerdo en discusión implica una renuncia tácita, más aún si se considera que el "acuerdo de voluntades" para el referido descuento fue perfeccionado cuando el contrato de trabajo estaba vigente, aunque fuera a aplicarse una vez finalizado el mismo, transgrediendo claramente el artículo 5° inciso 2° del Código.

4 Thayer, W. y P. Novoa: *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 352. 5 *ibid.* 6 *ibid* 352, nota 163.

En *Aguirre con Serena Lt* la Corte Suprema aplica las normas de la semana corrida cuando los trabajadores están remunerados por comisiones, por sobre lo estipulado en el contrato de trabajo, estableciendo que los vendedores devengan su comisión por día y que la semana corrida busca evitar que por el sistema de remuneraciones que se acuerde el trabajador se vea impedido de devengar o no devengue remuneración por los días de descanso dominical.

Votó en contra el ministro señor Medina por estimar que la semana corrida debe ser aplicada exclusivamente a los trabajadores expresamente remunerados por día.

FERIADO

En *Ortiz con Conosur* la Corte Suprema aplica la prescripción de dos años del artículo 480 del Código a uno de los dos períodos de feriado demandados por los actores. Respecto del segundo, lo acoge en base a que corresponde a la empleadora acreditar la época relativa al feriado pendiente para efectos de alegar su prescripción, lo cual no se hizo.

Esta sentencia revela la ineficacia de las normas sobre feriado y su acumulación. El artículo 70 inciso 3° del Código dispone

> El empleador cuyo trabajador tenga acumulados dos períodos consecutivos, deberá en todo caso otorgar al menos el primero de éstos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período.

En consecuencia, la prescripción debiera contarse desde que el empleador incumplió este precepto, o sea, desde que no otorgó el feriado después de dos años de acumulación, y no desde la fecha en el cual se devengó ese derecho. Por otra parte, atendida la naturaleza del derecho al descanso anual, el legislador debiera enmendar la normativa y contabilizar la prescripción extintiva, a lo menos para estos efectos, desde el término del contrato.

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

En *Arancibia con SQM* la Corte actuando de oficio señala, al igual que en sentencias del año pasado[7], los límites de derecho y de hecho de la responsabilidad subsidiaria.

Al respecto, se indica que, jurídicamente, esta responsabilidad limita cuando se trata de la construcción de edificios por un precio único prefijado, encargada por una persona natural.

Desde un punto de vista práctico 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. En este contexto, la Corte en el fallo de reemplazo revoca la sentencia apelada, en cuanto condena a la demandada subsidiaria al pago de la indemnización por daño moral derivado de un accidente del trabajo, debido a que

> la posibilidad de fiscalización y control de la efectiva adopción de las medidas de seguridad por parte de su contratista, no ha podido extenderse más allá de lo que se dejó establecido (c.2).

En el mismo sentido, en *Erazo con Danton Bravo Ingeniería* la Corte exime al demandado subsidiario por un despido de un trabajador con fuero, lo cual se encuentra fuera de su capacidad de control.

En *Prieto con Outokumpu Lt* la Corte exime al demandado subsidiario del pago de la indemnización de lucro cesante por término anticipado de contrato de trabajo por obra o servicio, toda vez que dicha indemnización no se contempla en el Código, sino que se deriva de aplicación de principios y normas generales. Por tanto, mal puede estimarse que esta indemnización forme parte de "las obligaciones laborales y previsionales" a que alude el artículo 64 del Código.

Votaron en contra los ministros Álvarez y Medina por estimar que la referida indemnización surge de la vinculación laboral habida entre las partes, aunque no la contemple expresamente el Código. Por ello, estuvieron por condenar a la demandada subsidiaria.

En *González con Resk Lt* la mayoría de la Corte reitera su doctrina, que comentábamos el año pasado[8], en orden a que las palabras "obligaciones laborales y previsionales" a las que alude la responsabilidad subsidiaria, deben entenderse en forma amplia y 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.

Agrega esta sentencia

> que las indemnizaciones por años de servicio y la compensación del feriado, entre otras, son obligaciones que tienen su fuente en la ley y que nacen o se devengan, ya sea mes a mes o con motivo de una indebida, improcedente o injustificada terminación de la relación laboral (c.7).

La sentencia concluye que los sentenciadores no han incurrido en errores de derecho al condenar al demandado subsidiario junto con el empleador directo al pago de las indemnizaciones por años de servicio.

Este fallo fue acordado con el voto en contra de los ministros Pérez y Marín quienes estiman que la responsabilidad subsidiaria sólo comprende el pago de remuneraciones y de las imposiciones mas no el de la indemnización por años de servicio.

7 1 *Com.* 765.

8 *ibid.*

En el mismo sentido de esta sentencia se pronuncia la Corte, por mayoría, en *Manríquez con Darrigrande.*

FUERO

En *Pizarro con Constructora* la Corte Suprema precisa que la caducidad es de derecho estricto y debe ser estatuida expresamente por el legislador. Por ende, no es aplicable para efectos de demandar por incumplimiento del fuero laboral. En efecto, la caducidad del artículo 168 del Código regula el despido injustificado pero no la improcedencia o nulidad del despido en el caso del fuero.

En *Esperanza Lt con Zamora* la Corte Suprema sostiene que, en los desafueros, incluso cuando se reúnan los requisitos del artículo 174 del Código, los jueces del fondo pueden o no otorgarlo ya que se trata de una autorización facultativa.

En *Fisco con Bravo* la Corte Suprema acoge la casación y rechaza la demanda de desafuero toda vez que el contrato a plazo se había transformado en indefinido, al tenor de lo dispuesto en el artículo 159 N° 4 del Código. En este caso la acción de desafuero no fue intentada antes del término del contrato y la trabajadora continuó prestando servicios una vez vencido el mismo.

Esta sentencia fue acordada con el voto disidente del ministro Marín y del abogado integrante señor Infante, por estimar afectada la buena fe contractual ya que la actora, de profesión matrona, debía conocer su estado de gravidez al contratarse.

Por último, en *Erazo con Danton Bravo Ingeniería*, ante el despido de un trabajador con fuero sindical se postula que, cuando el contrato del trabajador finaliza con infracción a las normas protectoras del fuero, procede la indemnización correspondiente por todo el período a futuro por el cual el actor gozaría del fuero sindical y no limitada a seis meses, como había dictaminado la Corte de Apelaciones de Copiapó por una incorrecta aplicación extensiva del artículo 243 del Código.

La tesis sostenida por la Corte Suprema en esta sentencia es plenamente coincidente con la institución del fuero sindical y su naturaleza protectora del principio constitucional de la libertad sindical.

FINIQUITO

En *Soto con Unimarc* la Corte Suprema precisa que un finiquito otorgado con todos los requisitos legales tiene la misma fuerza de una sentencia firme o ejecutoriada y que, por su carácter transaccional, ha constituido una forma de extinguir derechos y obligaciones de carácter laboral.

En *Guerrero con Quincallería* se aclara que, según lo indicado en el artículo 462 del Código, las actas que den constancia de acuerdos producidos ante los inspectores del trabajo tendrán mérito ejecutivo respecto de las obligaciones laborales que contengan. En este caso, se precisa que no es aplicable la prescripción del artículo 480 del Código, sino la del artículo 2515 del Código Civil que dispone una prescripción de tres años para las acciones ejecutivas.

En esta causa la Corte determina los requisitos de forma y fondo del título ejecutivo de naturaleza laboral. Desde la perspectiva de forma debe tratarse de un acta (relación escrita de lo sucedido o tratado), debe estar firmada por las partes y debe ser autorizada por un inspector del trabajo. Desde una perspectiva sustantiva en dicha actas deben constar acuerdos de las partes que deben contener la existencia de una obligación laboral.

En *Vargas con TELEC Chile* la Corte Suprema señala que la reserva realizada por el trabajador en el finiquito es válida y puede ser efectuada antes o después de la firma del documento por parte del empleador.

En *Chávez con Xilometal* la Corte Suprema determina que los finiquitos suscritos por los trabajadores y el demandado principal, ratificados ante la Inspección del Trabajo, no reúnen los requisitos para impetrarlos como título ejecutivo en relación con la demandada subsidiaria.

La Corte aclara que el finiquito

> sólo obliga a quienes concurrieron a su génesis con su manifestación de voluntad, es decir, a aquéllos que consintieron en dar por concluida una relación laboral en determinadas condiciones y expresaron ese asentimiento libre de todo vicio (c.11).

No puede deducirse acción ejecutiva sin el establecimiento previo de la responsabilidad subsidiaria. Para estos efectos no es idóneo el finiquito ya que el demandado subsidiario no concurrió con su voluntad en el mismo.

CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

En *Espinoza con Power Diesel*, en *Ulloa con Victoria Lt* y en *Cantarela con COOPEUCH* la Corte Suprema señala, respecto de la interrupción de la prescripción, que resulta necesaria que la demanda sea notificada dentro del plazo respectivo.

Este criterio es discutible. Las prescripciones laborales son de corto tiempo y muchas veces la notificación de la demanda depende de los recursos económicos del trabajador. No pareciera razonable un criterio tan estricto en la materia.

Por el contrario, respecto de la caducidad, en *Moraga con Nisa Navegación* la Corte Suprema precisa que la caducidad se interrumpe por el mero ingreso de la demanda en la secretaría de la Corte de Apelaciones, para su posterior distribución por el Presidente de dicho tribunal.

En *Fuentes con Fuentes* la Corte Suprema, al igual que en sentencias comentada el año anterior[9], 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 1° del artículo 168, de 60 días hábiles, caducando la acción respectiva.

En *Ortiz con Conosur* la Corte Suprema aplica la prescripción de dos años, del artículo 480 del Código, a uno de los dos períodos de feriado demandado por los actores. Respecto del segundo, lo acoge en base a que corresponde a la empleadora acreditar la época relativa al feriado pendiente para efectos de alegar su prescripción, lo cual no se hizo.

En *Torres con Municipalidad de Puerto Varas* se determina que, respecto de los trabajadores regidos por el Estatuto Docente, rige la prescripción del artículo 480 del Código ya que dicho estatuto no contempla precepto alguno al respecto.

En *Guerrero con Quincallería* la Corte Suprema señala que no es aplicable la prescripción del artículo 480 del Código a las actas que den constancia de acuerdos producidos ante los inspectores del trabajo, sino la del artículo 2515 del Código Civil que dispone una prescripción de tres años para las acciones ejecutivas, según las reglas generales.

TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO

Al igual que el año anterior[10], 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 las indemnizaciones que proceden.

Dividiremos nuestro estudio en los siguientes tópicos: Despido injustificado, despido nulo por no pago de imposiciones, indemnización del preaviso e indemnización por años de servicios.

Despido injustificado

En *Bórquez con Banco de Chile* la Corte Suprema señala que los errores en el aviso dispuesto en el artículo 162 del Código, en la causal citada por el empleador, no invalidan el despido y tampoco lo convierten en injustificado.

Asimismo, en la sentencia *Ramos con Villegas y Berrios Lt* la Corte precisa

> es dable señalar que la omisión de los hechos constitutivos de la causal en la carta de despido enviada al trabajador, además de no acarrear por si sola la injustificación del mismo, no han ocasionado la indefensión del dependiente desde que éste pudo conocer oportunamente el auto de prueba dictado en autos (c.6).

9 *ibid* 769.

10 *ibid* 771.

En esta causa se acreditó suficientemente la falta de probidad del actor que hacía aparecer como ventas propias en terreno a clientes de la demandada atendidos en el local de ventas de la misma, cobrando así comisiones ilegítimas en perjuicio de la demandada y de sus compañeros de trabajo.

En *Sapag con Banco de Chile* se precisa por la Corte Suprema que

> las partes no pueden preestablecer, en los contratos de trabajo, causales de incumplimiento grave, determinación que corresponde a los Tribunales de Justicia, en el ejercicio de su jurisdicción (c.6).

En cuanto a las causales de término de contrato y la autonomía privada destacamos la sentencia *Marambio con Roberto Vásquez Lt* donde la Corte precisa lo siguiente:

> en lo atinente a la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, la calificación de graves de los hechos en que ella se hace consistir, se corresponde con una cuestión fáctica cuya revisión no compete a este Tribunal de Casación, de manera que en tal aspecto el presente recursos de nulidad debe ser desestimado (c.4).

Respecto de las causales específicas de los artículos 159 y siguientes, comentaremos a continuación los fallos más relevantes.

En la causa *Negrón con Reyes* el demandante se desempeñaba como chofer de un taxi colectivo y fue despedido por su empresario por "fuerza mayor" originada por la negativa de la municipalidad de Osorno de renovar el permiso de circulación del automóvil, por aplicación del reglamento de los servicios nacionales de transporte público de pasajeros, contenido en el Decreto Supremo de transporte N° 212 de 1992, que hace salir de circulación a los autos colectivos año 1983, estableciendo como fecha máxima para esos efectos el 31 de mayo de 2002.

La Corte Suprema acoge la casación y rechaza la demanda por estimar que concurre la causal señalando

> si bien falta en la situación a que se ha visto enfrentado el demandado, la imprevisibilidad que caracteriza la fuerza mayor, concurre la irresistibilidad o insuperabilidad que permite calificarla jurídicamente como tal y encuadrarla en la causal contemplada en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo (c.7).

Cabe destacar los argumentos dados por la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el sentido de que la fuerza mayor definida expresamente por el Código Civil implica imprevisibilidad e irresistibilidad en forma copulativa. Este tribunal señala

> si bien la fuerza mayor es el imprevisto imposible de resistir, la negativa de la Municipalidad de Osorno de renovar el permiso de circulación del taxi colectivo Chevrolet BV 5324-9 no lo es, pues se funda en disposiciones legales vigentes

desde 1992, que el demandado no puede desconocer, ya que rigen aspectos del transporte público directamente relacionados con sus actividades como propietario de taxi (c.1).

En base a estos argumentos estimamos que no procede en esta causa el despido por caso fortuito o fuerza mayor, sino por necesidades de la empresa y, por ende, deben cancelarse las indemnizaciones del caso.

Respecto de la causal de falta de probidad regulada en el artículo 160 Nº 1 letra a del Código, en *Trujillo con Cinemark* la Corte señala que es válido el despido de un supervisor por extravío de dineros del "fondo de reserva a cargo del trabajador". La Corte indica

no puede desconocerse que el contrato de trabajo se encuentra también marcado por su contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad al que ambas se encuentran obligadas, atendidas, entre otras, las circunstancias de alta competitividad en el que se desarrollan en el mudo moderno las actividades empresariales (c.5).

Agrega la sentencia en el mismo considerando

Que, por lo mismo, las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, la buena fe (c.5).

La causal de falta de probidad, como dice la Corte, se fundamenta en la buena fe del contrato de trabajo.

Interesante es la sentencia en *Valdés con Cigna Salud*, respecto de la causal del artículo 160 Nº 3 del Código, donde la Corte Suprema cita la garantía constitucional del artículo 19 Nº 9 sobre el derecho de protección de la salud así como el libre e igualitario acceso a las acciones de salud. Dentro de estos derechos se encuentra la licencia médica y la Corte indica

Que es dable entender que la posterior o tardía presentación de la licencia médica no puede privar de justificación a la ausencia del trabajador y dar lugar a la causal de terminación del contrato de trabajo prevista en el Nº 3 del artículo 160 del Código del Trabajo, en la medida que ella se produjo en el ejercicio de un derecho, al margen de que pueda importar el no pago o pago menor de un subsidio, en caso que la autoridad que debe revisarla no la acepte (c.10).

De esta forma la sentencia entiende vulnerados el artículo 160 Nº 3 del Código y el artículo 19 Nº 9 de la Constitución Política, al aplicar dicha causal cuando la ausencia del afectado correspondía a una licencia médica, "esto es, a una prestación comprendida en el derecho a la protección de la salud garantizado por esa disposición constitucional" (c.11). En similar sentido la sentencia *Marambio con Roberto Vásquez Lt*.

Dentro de la misma línea y fundamento, en *Silva con GM* la Corte Suprema expresa

Que la circunstancia que el demandante haya presentado la licencia médica en forma extemporánea y que le haya sido extendida retroactivamente, no puede afectar al hecho de que éste se ausentó del trabajo haciendo uso del beneficio por once días de reposo, según la prescripción médica consignada en la licencia (c.10).

En voto en contra el ministro señor Pérez opina que la causal de caducidad se encuentra configurada dada la extemporaneidad de la licencia médica y considerando que el actor no prestó los servicios por decisión propia, recordando que el empleador esperó durante siete días la justificación de la ausencia del demandante.

En *Rojas con Bianchi* la Corte reitera que la licencia médica constituye causa justificada de inasistencia aunque haya sido presentada con retraso al empleador.

Estas sentencias tutelan el derecho a la protección de la salud de los trabajadores. Las inasistencias por enfermedad son siempre justificadas para efectos de la aplicación del artículo 160 Nº 3 del Código.

En *Bazáez con La Paloma* la Corte Suprema precisa que establecidas las ausencias del trabajador para efectos del artículo 160 Nº 3 del Código, era de su cargo la prueba de la justificación, lo cual no se produjo en autos.

Respecto de la causal del artículo 160 Nº 7, en *Barriga con Cía de Seguridad* la Corte Suprema ratifica el criterio de que en materia de término de contrato las partes no pueden preestablecer causales de incumplimiento grave de las obligaciones.

En otra sentencia, *Olave con BCI* la Corte Suprema estima incumplimiento grave del contrato el caso de un trabajador que controla las tarjetas de crédito del banco y que no realiza su función cuando se trata de su propio caso, esto es de su tarjeta de crédito personal, disimulando y ocultándole a sus superiores las deudas que tiene en dicho instrumento, atentando en contra del principio de buena fe contractual. La Corte expresa en la sentencia de reemplazo

es dable asentar que éste presentaba deudas o cupo excedido en su tarjeta de Crédito Visa, la que, como se dijo, debía ser controlada y fiscalizada por el mismo, es su calidad de Jefe de esa Unidad. Esta situación es, además, corroborada por los testigos de la demandada, quienes agregan que tal circunstancia fue ocultada y disimulada por el demandante a sus superiores (c.3).

En este acápite incluiremos asimismo el autodespido o despido indirecto, regulado en el artículo 171 del Código.

En *Pizarro con Urzúa* la Corte Suprema aclara que el pago de cotizaciones es una obligación legal que se entiende incorporada al contrato y que es, por ende, imperativa, irrenunciable y su regulación se realiza por medio de normas de orden público. Por ello, constituye "incumplimiento

grave de las obligaciones del contrato" si el empleador no paga las cotizaciones. En definitiva la Corte rechazó la casación en el fondo del demandado.

Por último, en *Valencia con Óptica Lens* la Corte invalida de oficio una sentencia por no estar acreditado el incumplimiento grave del empleador, ya que la actora no logró probar dicha circunstancia. Se aclara que aunque empleador haya abonado $30.000 en junio, por la remuneración de mayo del año 2001, no es prueba suficiente para configurar el despido indirecto.

Despido nulo por no pago de imposiciones

En *Zuñiga con Vanward* la Corte Suprema reitera su criterio en el sentido de que el pago de remuneraciones devengadas con posterioridad al despido, en virtud de la aplicación del inciso 5° del artículo 162 del Código, debe hacerse extensivo sólo por un lapso de seis meses en razón de una adecuada equidad guardando, además, armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso 3° del artículo 480 del mismo texto legal, sobre la misma materia.

En el comentario del año pasado hicimos presente, criticando esta interpretación restrictiva del tenor expreso del precepto, lo siguiente[11]: Primero, no debe olvidarse que el principal fundamento de la ley fue la gran cantidad de imposiciones impagas por parte de los empleadores con independencia de la causal de término de contrato. 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, garantía constitucional en nuestro derecho. 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. En consecuencia, cualquier aplicación limitativa del tenor literal de dicho precepto debe ser justificada en forma especial.

La Corte Suprema en *Silva con Lavandería SA*, al igual que en el comentario del año anterior[12], interpreta el inciso 5° del artículo 162 restrictivamente en orden a que la palabra "despido" sólo sería aplicable a la manifestación unilateral del empleador de poner término a la relación laboral, lo que sería inaplicable en el caso de vencimiento del plazo del contrato según el artículo 159 N° 4 del Código.

Esta interpretación limita el tenor literal del precepto y restringe esta norma protectora que no distingue en la materia. Además, el argumento histórico en el sentido de que la ley 19631 buscaba desincentivar el despido no es riguroso, 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 esa debió quedar explicitado en el texto legal.

11 *ibid* 782.

12 *ibid* 783.

Por otra parte, la Corte Suprema reitera su criterio relativo al efecto constitutivo de algunas sentencias[13]. En *Marín con Universidad Católica del Norte* se determinó en el juicio que la supuesta relación de honorarios era un contrato de trabajo y, por ende, no se habían enterado las respectivas cotizaciones provisionales. La Corte señala

> Que, en la especie, según los hechos asentados, el empleador argumentó una prestación de servicios a honorarios durante los meses ya referidos, no obstante lo cual, se estableció que la relación había sido continuamente de naturaleza laboral, pero sólo en la sentencia dictada en estos autos, que es la que viene a constituir los derechos del trabajador en forma continua en calidad de tal, desde la época de su dictación y posterior ejecutoriedad, de manera que tales derechos del dependiente se han perfeccionado jurídicamente a partir de esa época. Por este motivo no puede estimarse que la demandada se haya encontrado en mora de pagar las cotizaciones provisionales de los meses reseñados, a la fecha del despido, ya que para la empleadora por los meses de octubre de 1999, noviembre y diciembre de 2001 y enero y febrero de 2002, existió un arrendamiento de servicios respecto del actor (c.6).

Cabe agregar que en este caso la Corte anula de oficio la sentencia y la revoca parcialmente manteniendo el pago de las indemnizaciones por despido injustificado considerando el período a honorarios del trabajador.

En similar sentido encontramos las sentencias *Vega con Soc. de Transportes*; *Molina con Ortiz*; *Correa con Bayside*, y *Alvarado con Bayside*. En *Vera con Asian Work* se sostiene este criterio aunque existe un voto disidente de la ministra señorita Morales, ya que, en su opinión, al declararse la existencia de la relación laboral se hace plenamente aplicable el artículo 162 del Código en sus incisos 5° y siguientes.

En estos casos la tesis adecuada es la sostenida en este voto disidente. En efecto, la naturaleza de la resolución que determina la existencia de una relación laboral es declarativa y no constitutiva, ya que declara derechos preexistentes[14]. Por otra parte, las mismas sentencias en comento otorgan eficacia declarativa a dicha determinación para efectos del los pagos indemnizatorios y de remuneraciones, goce de feriado y otros beneficios. Por tanto, la determinación de una relación laboral tendría un doble efecto: declarativo respecto de las obligaciones laborales en general y constitutivo respecto del artículo 162 inciso 5°.

Tampoco resulta razonable argumentar que para el empleador existió una relación de servicios, ya que nadie puede aprovecharse de su propio dolo y el empleador ha incumplido normativa de orden público laboral, afectan-

13 *ibid.*

14 *vid.* Tapia, F: *Fallos Laborales Comentados 2004* (Santiago: LexisNexis, 2005), p. 18.

do derechos de rango legal y también constitucional (la obligación de seguridad del art. 184 CT no es aplicable a los arrendamientos de servicios).

En *Ulloa con Victoria Lt* la Corte Suprema determina que

> ciertamente, en el caso de la quiebra no puede tener aplicación el artículo 162 del Código del Trabajo en lo concerniente a mantener vigente el vínculo contractual laboral de la empresa fallida y sus dependientes, mientras no se comunique a estos trabajadores su situación provisional y, más aún, estar al día en el pago de sus remuneraciones (c.9).

En esta sentencia la Corte distingue entre si la empresa sigue funcionando normalmente o si cae en quiebra. En este último caso, expresa la sentencia, deben aplicarse las normas del procedimiento concursal. De otro modo, aplicar el artículo 162 inciso 5° importaría gravar la masa con mayores créditos, generar diferencias entre los acreedores y sus preferencias y desconocer que, según el artículo 66 de la ley de Quiebras, N° 18175, la sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento.

En *Oliva con Universidad Mayor* las imposiciones fueron enteradas pero en una entidad distinta, lo cual fue corregido por la empleadora. A este respecto, la Corte Suprema determinó que no es aplicable la sanción del artículo 162 inciso 5° del Código.

En Rojas con Municipalidad de Quilicura la Corte precisa que la acción por aplicación del artículo 162 inciso 5° es independiente de la por despido injustificado, aunque se puedan ejercer conjuntamente. En consecuencia, el plazo de prescripción para la primera acción es de seis meses siendo inaplicable el término de caducidad del artículo 168 del Código.

En *Piña con Cavalla* la Corte Suprema aplica el artículo 162 inciso 5° ya que al momento del despido las imposiciones no se encontraban al día, por tanto no hubo cumplimiento oportuno de dicha obligación y debe aplicarse la referida sanción.

En *Hernández con Soclina* se precisa por la Corte Suprema que el artículo 162 inciso 5° es aplicable aún cuando no se haya solicitado expresamente en el libelo la "nulidad del despido", sino sólo la sanción respectiva estatuida por dicho precepto, a saber, la condena al pago de remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo.

Indemnización del preaviso

En *Ramírez con Abello* la Corte Suprema se refiere a la compatibilidad de la indemnización adicional contemplada en el artículo 87 del Estatuto Docente y la indemnización sustitutiva del aviso previo, establecida en el artículo 162, inciso 4°, del Código del Trabajo.

Sobre el particular, se opta por la incompatibilidad ya que ambas, la indemnización adicional del artículo 87 del Estatuto Docente y la sustitutiva del aviso previo, buscan la misma finalidad, por lo que resultaría una doble recompensa para el dependiente.

La Corte expresa

> La norma del artículo 87 del Estatuto Docente, establece la obligación de pagar las remuneraciones a que tendría derecho el docente hasta el fin del año escolar, en el evento que no se le avise la terminación de sus servicios con la antelación allí establecida. Tal disposición, en idéntica forma que el analizado artículo 162 inciso cuarto del Código Laboral, tiende a otorgar al profesional de la educación la posibilidad de sustentarse durante el tiempo en que se procure una nueva fuente de ingresos. Tratándose de los docentes, es cierto que las dotaciones de los establecimientos educacionales, en general, están decididas a más tardar en el mes de diciembre de cada año, de manera que es lógico concluir que, si no se le comunica el despido en la época preestablecida en la norma en examen, el docente carecerá durante el resto del año escolar de la remuneración que hubiera podido obtener en el evento de disponer del tiempo necesario para ello (c.7).

Indemnización por años de servicio

En *Bravo con Lía Orsini y Cía*se demanda despido injustificado en virtud de la causal del artículo 160 N° 7 del Código, luego de que la trabajadora se reincorporara de su descanso de post natal, oportunidad en que se percató de que la empresa había sido vendida y se había fusionado con otra.

Se le informó que sus compañeros habían sido finiquitados y, según expresa la demandante en su libelo, se le mantenía en un cuarto sin realizar funciones o se le encomendaban labores no relacionadas con su contratación. Ante esta situación reclamó ante la Inspección del Trabajo y ante la actitud del empleador procedió al autodespido del artículo 171 del Código, con las formalidades legales, solicitando, entre otras prestaciones, el pago de la indemnización por años de servicio, su recargo y el pago de las remuneraciones por los meses restantes de fuero maternal.

La sentencia de primera instancia aplica la incompatibilidad del artículo 176 del Código, indicando que la actora deberá optar entre el pago de la indemnización por años de servicio o el pago de los meses restantes del fuero maternal.

La décima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revirtió este último punto declarando compatibles ambos pagos.

Ante esta situación el demandante interpone recurso de casación en el fondo argumentando que el despido indirecto corresponde a una renuncia de la actora y que, por ende, no debieran cancelarse los meses restantes de fuero maternal.

La Corte Suprema rechaza el recurso indicando que proceden todos los pagos decretados por la Corte de Apelaciones, dado que el despido indirecto se originó en el incumplimiento grave de obligaciones del empleador.

En *Carrasco con Tricot* se plantea el alcance del artículo 169a del Código. El demandado al responder el libelo se opone al incremento establecido en dicha norma, en el entendido de que se requieren para su procedencia tres requisitos copulativos: aceptación de la causal por parte del trabajador, la extensión del finiquito y el incumplimiento del pago acordado. A la demandante se había presentado un proyecto de finiquito considerando un pago de diez cuotas para estos efectos. Con todo, la demandante se negó a aceptarlo.

Los jueces del fondo estimaron que no concurrían los requisitos de la referida norma, a saber, el incumplimiento de un acuerdo sobre la forma y el monto del pago del finiquito, ya que no hubo acuerdo y, en consecuencia, no se suscribió finiquito entre las partes.

La Corte Suprema revoca esta decisión y precisa que el artículo 169a del Código regula

> El procedimiento a seguir en el evento que entre las partes exista un acuerdo en torno a las indemnizaciones que debe percibir el trabajador, señalando el momento en que ellas deben ser pagadas, esto es, a la época de extenderse el finiquito. Pero, ciertamente que el legislador debió colocarse – y así lo hizo – en el caso que tal acuerdo no exista o no se produzca al momento de ajustarse las cuentas. Recordemos que el empleador envió el aviso de desvinculación al dependiente, sin que éste haya participado hasta esa fecha en el cálculo o determinación de sus indemnizaciones. Por lo tanto, puede, indiscutiblemente, existir desacuerdo en los montos a pagar o en la base de cálculo de los montos determinados. Y es esta la situación que regula el párrafo cuarto de la letra a) del artículo 169 del Código del Trabajo (c.8).

En definitiva, en la sentencia de reemplazo se condena a la demandada a pagar el 50% de incremento sobre la indemnización por años de servicios.

Por otra parte, en la sentencia de casación se concluye que el aumento del artículo 169a sólo es aplicable a la indemnización por años de servicio y no a la indemnización sustitutiva del aviso previo, armonizando esta disposición con el artículo 168 sobre despido injustificado, ya que este último precepto sólo contempla aumentos en la indemnización por años de servicio.

Este último criterio es discutible. El tenor literal del precepto es claro y no se justifica una interpretación restrictiva y en contra de la finalidad protectora de la disposición. No resulta evidente que la sanción sólo opere en un caso excluyendo a la indemnización del preaviso, más aún cuando numerosos trabajadores pueden tener derecho sólo a esta última dada su corta antigüedad.

En *Opazo con LAN Chile* surge la duda de si el aumento de hasta un 150% dispuesto por el artículo 169a, para el pago de la indemnización por años de servicio cuando el empleador no lo ha efectuado oportunamente, es aplicable sólo cuando se ha estipulado un plazo para el pago de la indemnización o, por el contrario, es procedente en todos los casos, sea que se ofrezca el pago en un solo acto o con plazo.

Al respecto, la Corte se inclina por esta última opción, considerando procedente el aumento aunque no se haya estipulado plazo para el pago de la indemnización, ya que cualquiera sea la situación el trabajador se encuentra perjudicado con el incumplimiento del empleador. Se precisa, por otra parte, que la única diferencia será respecto del plazo dado por el legislador para reclamar judicialmente por esta situación, que se contabilizará desde la separación del trabajador o desde el incumplimiento del pacto sobre pago fraccionado, según el caso.

En *López con Alimentos Doñihue* la Corte Suprema precisa que no corresponde incluir en la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicio las sumas por concepto de comisiones adeudadas. Al respecto, la Corte precisa que para efectos de la interpretación del artículo 172 del Código, relativo a la noción de última remuneración mensual para efectos del pago de indemnizaciones, la percepción o recepción a la que alude el legislador es la que se origina durante la misma unidad de tiempo por la que se retribuye el trabajador.

En *Rojas con Los Lagos SA* los jueces del fondo han estimado que existe un acuerdo tácito en el sentido de calcular la remuneración base para efectos de la indemnización por años de servicio, sin sujeción al tope de 90 UF mensuales estatutito por el artículo 172 del Código, dado que el demandado pagó en forma anticipada 7 años de indemnización casi tres años antes de que terminara la relación laboral, considerando el total de la remuneración y no el referido tope máximo.

Por el contrario y respecto de esto último, la Corte Suprema señala que un acuerdo de esa naturaleza no puede ser tácito y, por ende, debe ser expreso. Con todo, el incremento del 30% por el despido injustificado es aplicado a la totalidad de la duración del contrato, no obstante el adelanto indemnizatorio ya comentado.

La aplicación del aumento por el despido injustificado del artículo 168 es plenamente procedente.

No obstante, el argumento de la Corte Suprema respecto del pacto tácito es débil. En primer lugar, no es posible adelantar el pago de la indemnización por años de servicio, trasgrediendo normas de orden público laboral así como la finalidad de previsión y asistencia social de esta indemnización[15]. La Corte nada dice a este respecto. En segundo lugar, no aparece razonable que se le otorgue validez a dicho adelanto en cuanto tal pero no en lo relativo al monto de base de la indemnización. Interpretar la procedencia de un acuerdo tácito está en armonía con la protección del

15 Ulloa Rosas, L: *Régimen de terminación del contrato de trabajo* (Concepción: Universidad de Concepción. Fondo de Publicaciones, 1993), p. 113.

trabajador y con las normas civiles sobre consentimiento en los contratos consensuales.

En *Fuentes con COOPEUCH* se demanda por despido injustificado por causal de necesidades de la empresa. La demandada, por su parte, expresa, entre otras materias, que cumpliendo instrucciones del trabajador se procedió a pagar a la Caja de Compensación Los Andes la suma de $ 4.296.885 a fin de solucionar el crédito que mantenía con dicha institución. Por tanto, deduce demanda reconvencional para estos efectos.

La Corte de Apelaciones de Arica invalida de oficio la sentencia de primera instancia y establece, en su sentencia de reemplazo, que el trabajador autorizó el descuento de los dividendos del crédito que mantenía con la Caja de Compensación Los Andes de sus remuneraciones mensuales, comprendiendo también el caso de su retiro de la empresa donde se le descontaría el respectivo importe de sus indemnizaciones por años de servicios. En todo caso, como en la causa no hubo "retiro" sino "despido", no corresponde aplicar el referido acuerdo y se rechaza la demanda reconvencional.

La Corte Suprema invalida la sentencia de segunda instancia sólo en cuanto rechaza la excepción de compensación y ordena descontar lo cancelado por el empleador de los montos que deben cancelarse al trabajador. Para arribar a esta conclusión la Corte aplica las normas del derecho civil sobre el pago, específicamente en el sentido de que el pago puede ser realizado por una persona distinta del deudor según los artículos 1572 y 1580 del Código Civil.

Por otra parte, la Corte argumenta en base al artículo 22 del Estatuto General de Cajas de la Asignación Familiar, ley 18883, cuyo texto ordena que lo adeudado a una de esas entidades por prestaciones de crédito social, por un trabajador afiliado, sea deducido de su remuneración por el empleador para ser retenido y remesado a la Caja acreedora respectiva.

En cuanto a la conclusión de la Corte de Apelaciones, en el sentido de que el empleador sólo estaría autorizado al descuento por retiro del trabajador y no por despido, la sentencia de casación expresa

> ante tal conclusión la declaración de voluntad del trabajador carecería de efecto, pues al renunciar el dependiente a su trabajo no existe legalmente la obligación de pagar indemnizaciones y, por ende, el empleador no estaría en condiciones de efectuar el descuento y posterior pago de la obligación asumida por el trabajador (c.11).

Llaman la atención los argumentos de la Corte Suprema en base al derecho civil. Un acuerdo como el comentado implica, en la práctica, adelantar el pago de la indemnización por años de servicios, transgrediendo gravemente el orden público laboral.

La indemnización por años de servicio tiene una clara finalidad de previsión y asistencia social para cuando ha finalizado la relación laboral, lo que se desvirtúa con este tipo de acuerdos. Confirma lo anterior lo señalado en el mensaje del proyecto de ley que consagró las normas actuales, en el sentido de que la indemnización por años de servicio "constituye en el hecho, en nuestra actual situación económica y social, la principal fuente de subsistencia económica durante el período de cesantía"[16]. Esta idea se refuerza con el artículo 13 de la actual ley 19728, que faculta al empleador a imputar el monto de las cotizaciones provisionales que él ha efectuado para financiar el seguro de cesantía del trabajador, más la rentabilidad acumulada por la administradora de fondos de cesantía (AFC), a las indemnizaciones legales por años de servicio que deba pagar[17].

En idéntico sentido encontramos la sentencia *Reyes con Zona Franca.*

Al igual que en el comentario del año pasado[18], en *Curín con Corporación Educacional* la Corte Suprema decreta inaplicable la indemnización adicional contemplada en el artículo 87 del Estatuto Docente, cuando el despido no se basa en las causales del artículo 161 del Código.

El referido artículo 87 establece una indemnización adicional 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 3° 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.

Esta aplicación restringe la tutela laboral, 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 esgrimir 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.

16 *cfr.* nota anterior.
17 Lizama, L: *Derecho del trabajo* (Santiago: LexisNexis, 2003), p. 193.
18 1 *Com.* 789.

En idéntico sentido encontramos la sentencia *Vega con Escuela Particular*, por estimar la Corte Suprema que el despido fue incausado y, por ende, no es aplicable la indemnización adicional del artículo 87 del Estatuto Docente.

En *Arévalo con Municipalidad de Lolol* se discute acerca del artículo 73 del estatuto docente, el cual, después de regular el procedimiento para poner término a la relación laboral cuando se suprimen horas a los docentes, dispone que los titulares tendrán derecho a una indemnización de cargo del empleador equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes que correspondan al número de horas suprimidas, por cada año de servicio en la respectiva municipalidad o corporación o fracción superior a seis meses, con un máximo de once o la indemnización a todo evento que hubieren pactado con su empleador conforme al Código si ésta fuere mayor. Mientras no se cancelen estas indemnizaciones, el afectado mantendrá su derecho a las remuneraciones y demás beneficios de carácter legal y contractual.

Se discute en esta causa si la impugnación de la legalidad de la decisión adoptada, ante otras instancias que no sean el juez del trabajo, por ejemplo la Contraloría General de la República, implica que el actor ha rechazado el pago de la indemnización y, en consecuencia, libera a la demandada del pago de las referidas remuneraciones y demás beneficios según lo dispuesto en el artículo 73 del Estatuto Docente.

Al respecto, la sentencia de casación determina que no, precisando que

> Es efectivo que la actora se colocó en situación de negarse a recibir la indemnización, al utilizar los recursos antes referidos, pero no es menos cierto que, desde el momento en que la presente demanda fue notificada a la demandada, ha sido ésta quien ha incurrido en la mora que la hace acreedora de la sanción en estudio, es decir, de pagar las remuneraciones a la docente afectada, mientras no solucione la correspondiente indemnización por años de servicios (c.8).

Una tesis idéntica se sostiene en *Correa con Municipalidad de Lolol*.

DAÑO MORAL

En *Valenzuela con Conosur* el demandante había sido despedido por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, artículo 160 N° 7, por haber otorgado un crédito de $ 11.558.259 y haber evaluado mal la renta de la deudora, omitiéndose que suscribiera escritura pública, por lo que el crédito resultó incobrable. Por sentencia de término en lo laboral, se estableció que el actor cumplió en forma correcta sus obligaciones y el demandado tuvo que pagar las indemnizaciones y recargos que estatuye el Código.

Posteriormente, el actor demanda en sede civil responsabilidad extracontractual por daño moral, ya que, según expone en su libelo, quedó cesante y expuesto a comentarios, no pudiendo encontrar trabajo sino en un puesto cuya remuneración asciende a sólo un tercio de su renta original, debiendo reducir su sistema de vida, todo lo cual le produjo un daño moral cuyo resarcimiento demanda. Agrega que su ex empleador incurrió en un ilícito civil debido a que, en forma culpable, señaló un hecho que le produjo un daño económico siendo su obligación indemnizarlo al tenor del artículo 2314 del Código Civil.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda otorgando una indemnización por daño moral de $ 3.000.000.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Arica revoca la sentencia y rechaza en todas sus partes la demanda, indicando que

> el caso sublite, lo que sucedió fue que el empleador incurrió, a juicio de los tribunales, en una errónea interpretación del derecho, que no justifica de manera alguna la indemnización por daño moral, por mucho que sea el sufrimiento que haya experimentado el trabajador con su despido, lo que tampoco se comprobó, en el supuesto de haber sido efectivo (c.4).

Agrega la Corte de Apelaciones

> es improcedente la indemnización adicional del daño moral que puede experimentar cualquier trabajador a raíz de su despido, cuando no se ha acreditado la magnitud y seriedad del sufrimiento (c.5).

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo por adolecer de falta de fundamento, precisando que es el demandante quien debe probar en este caso el actuar culposo del empleador y el daño moral sufrido.

Este caso es de gran importancia dada una materia que en los últimos años ha vinculado despidos abusivos con la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a las ya decretadas en sede laboral.

Al respecto, debemos hacer algunas precisiones. Parte importante de la doctrina postula que las indemnizaciones laborales tarifadas, por término de contrato de trabajo, como ocurre en nuestro Código, no comprenden el eventual daño moral por el despido cuando éste adquiere cierta relevancia y entidad. Por tanto, la indemnización del daño moral por término de contrato de trabajo es plenamente compatible con las indemnizaciones laborales por despido[19].

Se discute cuál es el tipo de responsabilidad que se genera ante un daño moral indemnizable por término de contrato de trabajo. La mayoría de la doctrina estima que debe regirse por las de la responsabilidad extracontractual. Otro sector es de opinión que debe regirse por las reglas de la

19 Gamonal Contreras, S: *El daño moral por término del contrato de trabajo* (Santiago: Editrem, 2000), pp. 62s.

responsabilidad contractual, como consecuencia de la violación del contenido ético jurídico del contrato, salvo que se base en hechos ocurridos con anterioridad al contrato o con posterioridad a su término[20].

Sin considerar la situación del despido antisindical, en el artículo 294 del Código, existen tres casos en nuestro sistema laboral que podrían justificar una indemnización de daño moral por término de contrato: cuando un despido injustificado deriva en abusivo; cuando derechamente se produce el despido abusivo del artículo 168 inciso 2°, y cuando se configura un despido indirecto[21]. En la causa en comento no se cumplen ninguna de estas situaciones por lo que los sentenciadores de segunda instancia fallaron correctamente rechazando la demanda.

La sentencia de la Corte de Apelaciones recoge adecuadamente la idea de que una reparación por daño moral en materia laboral es de carácter extraordinario. En efecto, para que proceda la indemnización por daño moral éste debe ser de cierta entidad, distinto del que normalmente se produce por término de la relación laboral, lo que se ha denominado principio de extraordinariedad[22].

La Corte de Apelaciones exige que se acredite la magnitud y seriedad del sufrimiento, distanciándose de la tesis común hasta hace algunos años de nuestros tribunales, criticada por la doctrina[23], en el sentido de que el daño moral se acredita con la sola realización del hecho ilícito, sin necesidad de que éstos sean probados.

Por último, debemos precisar que si bien la tesis de la responsabilidad extracontractual del daño moral por término del contrato de trabajo se mantiene en tribunales, desde el año 2001 la ley 19759 ha reforzado la tesis de la procedencia del daño moral contractual en materia laboral, al enmendar el artículo 2° del Código y establecer que la prohibición de los actos de discriminación y las obligaciones que de ella emanen se entenderán "incorporadas en los contratos de trabajo" que se celebren (inciso penúltimo). Por tanto, cualquier despido por motivos discriminatorios generará responsabilidad contractual, por expresa disposición legal.

Asimismo, refuerza la tesis del daño moral contractual la nueva regulación del despido antisindical, definido como todo despido que directa o indirectamente atenta o amenaza a la libertad sindical individual o colectiva[24]. Esta situación se produce cuando una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en el libro III (arts. 289 a 294 bis) o

20 *ibid* 64ss. 21 *ibid* 67ss. 22 *ibid* 68.

23 Domínguez Águila, R: "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en 188 Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, pp. 155-157; Fueyo Laneri, F: *Instituciones de derecho civil moderno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990), pp. 105s; y Lecaros Sánchez, J: "La determinación del "cuantum" en la indemnización del daño moral", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1996), p. 459.

24 Gamonal Contreras, S: *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago: LexisNexis, 2002), p. 507.

en el título VIII del libro IV (arts. 387 a 390), han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral. En estos casos el despido no producirá efecto alguno (art. 294 inciso 1° del Código).

Se establece que el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Esta nueva indemnización responde a la noción de reparación del daño moral contractual por este despido antisindical. Aquí el legislador estatuye un mínimo y máximo, desvinculando su monto de los años de servicios.

Por último, la ley 20005 que tipifica y sanciona el acoso sexual confirma la tendencia de aceptar indemnizaciones por daño moral contractual en materia laboral, al disponer, en el nuevo inciso 2° del artículo 171, que el trabajador podrá reclamar, en forma simultánea, en el caso de las causales del artículo 160 a y b, las indemnizaciones del despido indirecto así como "las otras indemnizaciones a que tenga derecho". Estas otras indemnizaciones podrán comprender el daño moral y dicho reclamo simultáneo será en la sede laboral. De esta forma, el legislador estatuye en forma expresa la responsabilidad contractual respecto de estas otras indemnizaciones.

CONTRATO COLECTIVO

En *Sindicato con Correos de Chile* se deduce demanda por incumplimiento del contrato colectivo vigente por no pago de la asignación de pérdida de caja, de la asignación profesional, del seguro de cajeros y del bono de especialización.

La sentencia de primera instancia acoge la demanda en el sentido de que la Empresa de Correos deberá pagar las asignaciones por pérdida de caja contemplada en el contrato colectivo.

Por su parte, la undécima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revoca la sentencia denegando el pago de las asignaciones por pérdida de caja, declarando que se da lugar al pago de las asignaciones de especialización y profesional. En definitiva, la Corte Suprema rechaza las casaciones de forma y fondo, señalando que es el demandado quien debía acreditar el pago y que

> en cuanto al pago de la asignación profesional, teniendo presente que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, la sentencia de segunda instancia ha reconocido acertadamente la procedencia del pago a los demandantes que lo requieren (c.12).

Es importante el cambio de criterio de nuestros tribunales en comparación con el año anterior[25], en el sentido de que los sindicatos pueden demandar

25 1 *Com.* 791.

beneficios otorgados por contratos colectivos. En efecto, el artículo 220 Nº 1 del Código 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.

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

Comentábamos en dicha oportunidad que 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 para "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.

Con este cambio de criterio se perfecciona el derecho a la negociación colectiva en nuestro sistema.

TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

En *Inspección del Trabajo con Servi 2000* dicha repartición denuncia prácticas antisindicales por haberse ejercido, respecto de los dirigentes sindicales, el *jus variandi* sin que concurrieran en la especie caso fortuito o fuerza mayor.

La sentencia de primera instancia ordena la inmediata restitución a sus labores habituales a los directores sindicales y cesar toda prohibición de la actividad sindical denunciada en autos, multando a la empresa en 100 unidades tributarias mensuales.

En segunda instancia fue confirmada la sentencia y la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo por considerar que las alegaciones del recurrente pugnan con las conclusiones fácticas determinadas por los jueces del grado. Agrega, además, la Corte

> que las conductas descritas en las normas que rigen la materia no constituyen una enumeración taxativa y que la determinación en orden a que otros hechos pueden o no configurar prácticas antisindicales, se encuentra entregada al criterio de loas falladores e importa una cuestión de naturaleza fáctica que escapa al control de casación. En tal sentido debe considerarse la circunstancia que se califique de práctica antisindical el traslado del lugar de trabajo (c.6).

En *Espinoza con El Oasis* se demanda por un despido antisindical (del presidente del sindicato) al constituir el sindicato. La sentencia de primera instancia sólo acogió la demanda en lo subsidiario, sobre despido injustificado, estimando que el actor no se encontraba asistido por el fuero sindical.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta revoca la sentencia en cuanto no daba lugar a la indemnización compensatoria del fuero sindical.

Esta causa es interesante ya que el derecho aplicable es el anterior a las reformas de la ley 19759, que estableció directamente el fuero cuando se constituye un sindicato. Con todo, la Corte Suprema, reiterando sentencias anteriores[26], hace aplicable el fuero a la constitución del sindicato, única forma de dar concreción a la garantía constitucional de la autonomía sindical en el artículo 19 Nº 19 inciso 3º de la Constitución.

La Corte Suprema señala

> Entre la tesis de la inexistencia del fuero de los candidatos a la primera elección sindical y el planteamiento de su existencia, sin conocimiento del empleador de tal circunstancia, esta Corte de Casación ha sostenido que debe optarse decididamente por esta última, la que está acorde con la normativa y, sobre todo, como se ha expresado, recoge idóneamente las garantías constitucionales del derecho de sindicarse y a la autonomía de las organizaciones sindicales (c.9).

Además, la Corte menciona en sus fundamentos los Convenios sobre libertad sindical ratificados por Chile, NNº 87, 98 y 135, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En definitiva la Corte rechaza el recurso con el voto en contra del ministro señor Pérez quien estima que, antes de la vigencia de la ley 19759, no es posible sostener que existe fuero para un trabajador despedido antes de la formación del sindicato.

Esta sentencia reitera la postura de la Corte Suprema en orden a tutelar efectivamente la libertad sindical cuando se constituye un sindicato. Con posterioridad a esta tesis jurisprudencial el legislador, por medio de la ley 19759, enmendó el artículo 221 del Código en este sentido.

MATERIAS VARIAS

En este acápite analizaremos diversas materias, a saber, abandono de procedimiento, quiebra, competencia de los tribunales del trabajo, prueba y sana crítica, tercería de prelación y apelación de las multas laborales.

Abandono de procedimiento

En *Olivares con Municipalidad de Arica* se notifica la sentencia en un plazo mayor a seis meses desde la última resolución útil por lo que, aplicando las reglas civiles, la sentencia de primera instancia declara el abandono

26 Gamonal, *op. cit.* en nota 24, pp. 488ss.

del procedimiento. La Corte de Apelaciones confirma el fallo y la Corte Suprema rechaza el recurso por manifiesta falta de fundamento, precisando que siempre el impulso procesal corresponde a las partes, sin perjuicio de las actuaciones de oficio que deba realizar el tribunal, que no es el caso.

Esta tesis fue comentada el año anterior[27] y se basa en el artículo 426 del Código, el cual dispone que 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.

Quiebra

En *Ulloa con Victoria Lt* la Corte Suprema determina que

> ciertamente, en el caso de la quiebra no puede tener aplicación el artículo 162 del Código del Trabajo en lo concerniente a mantener vigente el vínculo contractual laboral de la empresa fallida y sus dependientes, mientras no se comunique a estos trabajadores su situación provisional y, más aún, estar al día en el pago de sus remuneraciones (c.9).

En esta causa la Corte distingue entre si la empresa sigue funcionando normalmente o si cae en quiebra. En este último caso, expresa la sentencia, deben aplicarse las normas del procedimiento concursal. De otro modo, aplicar el artículo 162 inciso 5° importaría gravar la masa con mayores créditos, generar diferencias entre los acreedores y sus preferencias y desconocer que, según el artículo 66 de la ley de quiebras, N° 18175, la sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento.

Competencia de los tribunales del trabajo

Una materia controvertida ha sido la correcta interpretación del artículo 420 letra f) del Código, que dice

> Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: [...]
> f) Los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N° 16744.

En *Sepúlveda con Sopesa* la Corte Suprema reitera que los tribunales del trabajo son los competentes para conocer de las demandas por daño moral derivado de un accidente del trabajo o enfermedad profesional cuando es el trabajador quien demanda. Se precisa que la responsabilidad es contractual en estos casos, emanando directamente del deber de seguridad dispuesto en el artículo 184 del Código.

27 I *Com.* 793.

Por el contrario, en *Poblete con Moteles Ensueño* la Corte reitera que cuando la demandante acciona en su calidad de hija de la trabajadora fallecida, con la finalidad de obtener una indemnización de perjuicios por daño moral, la competencia no corresponde a los tribunales del trabajo. Por tanto, se trata de responsabilidad extracontractual. Con idéntico criterio en *Araya con CODELCO* se dice

> Que, según aparece del libelo presentado, los demandantes son terceros que no tienen ni han acreditado relación laboral alguna con el demandado. No se trata de una cuestión entre trabajador y empleador, ni tampoco se ha ejercido acción en calidad de sucesores del dependiente afectado. Es decir, ciertamente entonces, el padre, la madre y la hermana del trabador fallecido pretenden hacer efectiva una responsabilidad de naturaleza extracontractual, ya que ninguna relación los ha unido con el demandado, por ende, no puede considerarse, en este caso, que los proteja la obligación que recae sobre el empleador de adoptar todas las medidas de seguridad pertinentes (c.4).

En otro orden de ideas, la Corte Suprema en *Muñoz con Municipalidad de Colina* declara la incompetencia de los tribunales del trabajo para emitir pronunciamiento acerca de la relación existente entre una funcionaria que se desempeña como directora del departamento de desarrollo comunitario de una municipalidad y esta última.

Prueba y sana crítica

En *Muñoz con Constructora* se demandaba el pago de un bono estipulado en los siguientes términos, en el contrato de trabajo

> Además de la remuneración señalada en el punto anterior el empleador se compromete a pagar al trabajador por día trabajado los siguientes beneficios: Un bono según acuerdo con el empleador (cláusula quinta).

La Corte Suprema revoca la sentencia apelada que concedía el bono, expresando al respecto lo siguiente:

> sin que se rinda prueba que permita justificar el acuerdo de voluntades entre las partes respecto al valor del referido beneficio, concluir que el demandado lo adeuda, infringe las regalas a que deben someterse los jueces en esta materia, quienes si bien deben respetar la ley del contrato conforme a los principios que inspiran el derecho del trabajo, no es menos cierto que en sus análisis deben obedecer a la lógica y a la experiencia para adquirir su convicción y, en el caso es obvio que el trabajador no acreditó la obligación demandada (c.9).

Tercería de prelación

En *Morales con BCI* se discute el alcance del privilegio establecido a favor de las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores como créditos de primera clase, al tenor

de lo dispuesto en los artículos 61 del Código y 2462 Nº 8 del Código Civil.

La Corte de Apelaciones de Copiapó confirma la sentencia de primera instancia señalando que ninguna de dichas disposiciones limita el concepto de indemnizaciones convencionales y, por ende, comprenden todas las indemnizaciones que provengan del concurso real de voluntades. Agrega que, respecto de los trabajadores

> no puede olvidarse que el privilegio establecido en la ley en su favor, se fundamenta en la razón social de permitir que el trabajador se pague con preferencia para que pueda atender sus necesidades de subsistencia personal y familiar, y que como ha dicho la Excelentísima Corte Suprema, su contenido humano, jurídico y moral debe prevalecer sobre otros criterios (c.5).

La Corte Suprema confirma esta sentencia con un voto en contra del ministro Rodríguez quien estuvo por acoger el recurso, señalando que los privilegios son de derecho estricto y que, en el caso en cuestión, los contratos terminaron por mutuo acuerdo, causal que no da derecho a indemnización por años de servicio, sin perjuicio de que el empleador se obligara por mera liberalidad a pagar una indemnización voluntaria. Ésta no está incluida en el privilegio y, por tanto, es un crédito valista.

Apelación de las multas laborales

En *Ferromat con Dirección del Trabajo* la sentencia de segunda instancia declaró inadmisible una apelación en contra de una sentencia de un juzgado del trabajo, por un reclamo del demandante en contra de una multa cursada por al Dirección del Trabajo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 474 del Código.

La Corte Suprema declara inadmisible un recurso de casación en el fondo por estimar que

> en contra de las resoluciones administrativas que imponen sanciones por multas emanadas de la Dirección del Trabajo, el artículo 474 del Código del Ramo sólo concede el recurso de reclamación que conocerá el Tribunal de competencia laboral (c.2).

En consecuencia, la sentencias de los tribunales del trabajo recaídas en las reclamaciones de multas aplicadas por la Dirección del Trabajo son inapelables.

SEGURIDAD SOCIAL

En el ámbito de la seguridad social nos ocuparemos de las siguientes materias: apropiación indebida de cotizaciones y prisión por deudas, bono de reconocimiento, normas de seguridad de contratistas y subcontratistas, derecho de acrecer en los montepíos e indemnización del lucro cesante en los accidentes del trabajo.

Apropiación indebida de cotizaciones y prisión por deudas

En *Francos Steinsapir* la Corte Suprema revoca un recurso de amparo acogido, sosteniendo que el apremio contra el representante de una empresa que debe imposiciones previsionales no constituye prisión por deudas ya que el artículo 19 inciso final del Decreto ley 3500 – agregado por la ley 19260 – contempla esta figura como delito, con las penas previstas en el artículo 467 del Código Penal, sancionando al que con perjuicio del trabajador se apropiare o sustrajere dinero de las cotizaciones, en concordancia con el artículo 19 Nº 18º de la Constitución Política, en orden a que el Estado debe supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

Un criterio similar se sostiene en *Muñoz con INP*.

Bono de reconocimiento

En *Anfruns con INP* la Corte Suprema aclara que el bono de reconocimiento sólo es exigible cuando se cumplan los requisitos de edad, invalidez o jubilación anticipada y cuando la institución provisional del régimen antiguo o la que deba realizar el pago no solucione su monto dentro del plazo de 60 días contados desde que el bono se hace exigible. En este caso la institución responsable incurre en la sanción contemplada en el artículo 11 transitorio del Decreto ley 3500.

En esta causa el demandante había solicitado el bono con antelación a la fecha en que cumpliría los 65 años, edad legal par pensionarse por vejez y solicitaba la aplicación de las referidas sanciones desde esa primera solicitud.

Normas de seguridad de contratistas y subcontratistas

En *Celulosa Arauco con Servicio de Salud* se reclama en virtud de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Sanitario por la imposición de una multa de 200 Unidades Tributarias Mensuales en virtud de un sumario sanitario.

Según expone el Servicio de Salud de Valdivia, la sanción se originó por un accidente fatal de dos trabajadores de la empresa Sigdo Koppers SA, que efectuaban faenas de montaje en la obra de Celulosa Arauco en ausencia de condiciones sanitarias y ambientales y de seguridad necesarias para proteger la vida y salud de los mismos.

La responsabilidad para la empresa emana del artículo 3 de Decreto Supremo 594 de 29 de abril de 2000, que dispone

> La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes, directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella.

Por su parte el artículo 174 del Código Sanitario dispone

La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos [...] será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales [...].

La sentencia de primera instancia rechaza la reclamación estimando que la empresa demandante, en su calidad de dueña de la obra, no cumplió de manera cabal con la obligación de mantener condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores que en ella se desempeñaban.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia revocó este fallo y dejó sin efecto la resolución del Servicio de Salud de Valdivia, estimando que la responsabilidad de la celulosa es subsidiaria, lo que significa que debe responder sólo a falta o incapacidad de la contratista, en base a lo dispuesto en el artículo 64 del Código sobre responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena. Además cita el artículo 4° de la ley 16744, que dispone en su inciso 2°:

Respecto de los trabajadores contratistas o subcontratistas, deberán observarse, además, las siguientes reglas:

El dueño de la obra, empresa o faena, será subsidiariamente responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a sus contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con las obligaciones de sus subcontratistas.

La Corte de Apelaciones precisa que un reglamento no tiene fuerza como para alterar normas legales ya que éstas son de rango superior a aquél.

El Servicio de Salud de Valdivia recurre de casación en el fondo manifestando, entre otros argumentos, que se omite en la sentencia recurrida

La aplicación del artículo 68 de la ley 16744, que obliga a las empresas o entidades a implantar todas las medidas de higiene y seguridad en el trabajo que le prescriban directamente el Servicio Nacional de Salud, o en su caso, el respectivo organismo administrador a que se encuentran afectas. El incumplimiento de estas obligaciones es sancionado, conforme con dicho precepto, por el Servicio Nacional de Salud (c.3).

Agrega el referido Servicio, en su argumentación, que

el artículo 67 del Código Sanitario dispone que corresponde a los Servicios de Salud velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medioambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes, en conformidad a las disposiciones del Código Sanitario y sus reglamentos.

El artículo 68 del mismo Código prescribe que un reglamento contendrá las normas sobre condiciones de saneamiento y seguridad de todo establecimiento, local o lugar de trabajo (c.4).

La tercera sala de la Corte Suprema rechaza el recurso indicando que

según el parecer del Servicio reclamado, la fuente normativa de la responsabilidad de la reclamante se encontraría en el artículo 3° del Decreto Supremo 594, según el cual "La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias o ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella".

Como se desprende de la lectura de dicho precepto, éste no es pertinente ni aplicable al caso de la especie, ya que se refiere tan sólo a condiciones sanitarias y ambientales "necesarias", según agrega.

Por sanitario debe entenderse lo relativo a la sanidad (cualidad de sano), o condiciones higiénicas.

Ambiental se refiere a las condiciones de ambiente que rodena a las personas, animales o cosas (c.14).

Agrega la Corte

Que en el presente caso, se trata de un problema de seguridad, que ninguna vinculación tiene ni con el ambiente de trabajo ni con las condiciones sanitarias o de higiene, de todo lo cual es ajeno.

En efecto, el accidente en cuestión ocurrió en circunstancias de que una cuadrilla de trabajadores montaba en el fondo del quinto evaporador secundario, que se encontraba suspendido desde una grúa y afianzado a la estructura de soporte. Uno de los puntos de anclaje se fracturó en el cordón de soldadura y se desprendió, producto de lo cual se deformó la estructura y se deslizó, quedando colgada desde la grúa. En el interior había cinco trabajadores que cayeron al suelo (c.15).

La Corte concluye que no hubo problemas ambientales ni sanitarios, rechazando el recurso de casación en el fondo.

Los argumentos de la Corte de Apelaciones son improcedentes ya que no son aplicables al caso las normas del Código del Trabajo ni de la ley 16744.

En cuanto a los argumentos de la Corte Suprema, decir que "ambiental" se refiere a las condiciones de ambiente que rodean a las personas, animales o cosas, significa no aplicar la normativa del Código Sanitario. El Decreto Supremo 594 no es un acto aislado y menos arbitrario sino que emana dentro del contexto del ordenamiento jurídico. La Constitución Política consagra el derecho a la vida e integridad física de las personas en su artículo 19 N° 1° y el derecho a la protección de la salud en su artículo 19 N° 9°. Para estos efectos, el legislador ha dictado un código especializado como es el sanitario, cuyo libro III se titula "De la higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo". Este libro III, en su título I, consagra el artículo 67 que estatuye, como señalaba el Servicio de Salud de Valdivia, que corresponde a los Servicios de Salud velar porque se eliminen o controlen todos los facto-

res, elementos o agentes del medioambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes, en conformidad a las disposiciones del Código Sanitario y sus reglamentos. El artículo 68, dentro de este mismo título, señala que un reglamento contendrá las normas sobre condiciones de saneamiento y seguridad de todo establecimiento, local o lugar de trabajo.

El título III del libro III del Código Sanitario se denomina "de la higiene y seguridad de los lugares de trabajo", y su artículo 82 dispone

> El reglamento comprenderá normas como las que se refieren a:
> a) las condiciones de higiene y seguridad que deben reunir los lugares de trabajo, los equipos, maquinarias, instalaciones, materiales y cualquier otro elemento, con el fin de proteger eficazmente la vida, la salud y el bienestar de los obreros y empleados y de la población en general.

En este contexto debemos ponderar el Decreto Supremo 594.

La diferencia que hace la Corte Suprema entre "sanitario", "ambiente" y "seguridad" es artificial ya que las condiciones sanitarias y ambientales son requisito indispensable para que el trabajo de las personas en un ambiente laboral seguro.

En palabras del profesor Alfredo Bowen,

> El ambiente físico natural tiene una influencia evidente en la salud, pero donde más acción preventiva puede desarrollarse es en el ambiente físico creado por el hombre. Nos basta recordar todo lo referente a los peligros del desarrollo de la energía atómica y sus nefastas influencias o sencillamente mencionar el neologismo "smog" para darnos cuenta fácilmente de la dimensión que este factor representa[28].

Estimamos que, acorde con nuestro ordenamiento jurídico, la sentencia de primera instancia rechazó adecuadamente la reclamación de Celulosa Arauco. La pérdida de vida de trabajadores por inadecuadas condiciones de seguridad es una desgracia evitable, y que el ordenamiento jurídico busca reprimir con multas como la reclamada en estos autos y que nunca serán lo suficientemente elevadas si de la vida humana se trata.

Derecho de acrecer en los montepíos

En *Guzmán con INP* se sentencia que no existe derecho de acrecer de los hijos respecto del montepío de la madre. La Corte Suprema indica que el derecho de acrecer configura una situación excepcional en materia sucesoria y que la expresión "si no hubiere viuda", ocupada por el artículo 3° de la ley 12522, debe entenderse referida al momento en que fallece el causante del montepío y no a la época posterior, como en esta causa. De esta forma si deferido el beneficio concurren viuda e hijos a percibirlo y, con posterioridad, fallece la viuda, no opera el derecho de acrecimiento reclamado.

28 Bowen, A: *Introducción a la Seguridad Social* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992; 3ª edición), p. 106.

Indemnización del lucro cesante en los accidentes del trabajo

En *Sepúlveda con Sopesa* la Corte rechaza la procedencia de una indemnización por lucro cesante en una causa por accidentes del trabajo, precisando que

> Habiéndose establecido que el siniestro que afectó al actor de autos, fue un accidente del trabajo que le produjo incapacidad parcial y que, por ello, se le otorgó el derecho a una pensión calculada en la forma establecida en la citada ley, es decir, en otros términos, se le confirió el derecho a una de las prestaciones contempladas en la ley 16744, no es dable pretender una indemnización diferente por ese concepto, ya que por expresa disposición legal, las incapacidades o disminución de la capacidad laboral de un trabajador, deben dar lugar a las prestaciones ya señaladas, de suerte que no procedía acoger la demanda por lucro cesante intentada por el actor (c.13).

El ministro señor Benquis, en un voto complementario, precisa que el lucro cesante es indemnizable cuando se trata de una pérdida de una ganancia cierta y no cuando se trata a la posibilidad de que el del trabajador hubiera podido seguir laborando normalmente.

Con todo, cabe precisar que no fue impugnada la condena por daño moral en esta causa, indemnización que, cumpliendo con los requisitos legales, es plenamente procedente al tenor de lo dispuesto en el artículo 69b de la ley 16744.

RECURSO DE PROTECCIÓN

En las acciones de protección, comentaremos cuatro grupos relativos a las siguientes materias: libre elección del sistema de salud y derecho de propiedad; facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo; libertad sindical, y Estatuto Docente.

Libre elección del sistema de salud y derecho de propiedad

En *Diban con Vida Tres* la ISAPRE aumentó el precio del plan de salud en base a dos factores totalmente distintos: primero, en virtud del artículo 38 de la ley 18933, sobre adecuación de los planes de salud de los afiliados según la variación de los costos experimentados en la última anualidad. Segundo, se trata de un ajuste individual por aplicación de la tabla de factores de edad y sexo que hace variar el precio del plan de los afiliados. Este segundo criterio se denomina "factor de riesgo" y se basa en una operación de ajuste genérica, contenida en todos los planes de salud de todas las ISAPRE y es previamente conocida por los afiliados al momento de contratar y no depende de ningún otro factor que no sea el sexo y la edad del cotizante y beneficiario.

La Corte Suprema, respecto del primer factor de aumento, ratifica su jurisprudencia anterior[29], en el sentido de que se afecta el derecho de

29 I *Com.* 796ss.

propiedad del recurrente así como su derecho de afiliación, por un alza arbitraria que no se basa en cambios efectivos del costo de las prestaciones médicas y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios que carecen de justificación por ser reajustables automáticamente las cotizaciones.

Criterios similares respecto de este primer factor de aumento, encontramos en las causas *Arrieta con Banmédica*; *Vizcarra con Vida Tres*; *San Nicolás con Vida Tres*; *Piedrabuena con Vida Tres*; *Robledo con ING Salud*; *Jara con Consalud*; *Perramont con Vida Tres*; *Laban con Vida Tres*; *Habibeh con ING Salud*, y *Olmedo con Banmédica*.

En cuanto al segundo factor, se estima legal y no arbitrario el actuar de la ISAPRE, ya que es un ajuste individual en base a una operación genérica contenida en todos los planes de salud de la recurrida, siendo conocida previamente por todos los afiliados. La norma legal que fundamenta este aumento es el inciso 5° del artículo 38 de la ley 18933 que dispone

> el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigente en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.

Debemos hacer presente que el artículo 38 de la ley 18933 fue modificado el año en curso por la ley 20015.

Respecto de este segundo factor, encontramos los siguientes casos con criterios similares: *Vizcarra con Vida Tres*; *San Nicolás con Vida Tres*; *Piedrabuena con Vida Tres*; *Laban con Vida Tres*; y *Olmedo con Banmédica*.

En *Omegna con Promepart* se acoge un recurso de protección ordenando a la ISAPRE recurrida la bonificación de los gastos médicos originados como consecuencia de una operación de liposucción, incluyendo tanto los gastos hospitalarios como los honorarios médicos.

En esta causa la Corte Suprema precisa que los gastos no se derivan de la liposucción en sí, en cuanto operación de cirugía plástica, sino por la atención médica requerida por las complicaciones posteriores que surgieron y por las que la recurrente debió recibir atención de urgencia y estar internada durante dos meses en la clínica.

La Corte encuentra afectado el derecho de propiedad de la recurrente y precisa que con el criterio de la recurrida las IISAPRE

> Podría negarse a prestar cobertura a muy diversos episodios médicos derivados de situaciones de riesgo en que se pueda haber puesto en forma voluntaria o incluso involuntaria un beneficiario, con lo que podría ampliarse de un modo exagerado el ámbito de las exclusiones o negativas de bonificación, lo que no resulta lógico ni admisible (c.8).

En *Villar con Banmédica* la séptima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acoge un recurso en contra de la ISAPRE para que se otorgue cobertura adicional, para enfermedades catastróficas, respecto de la hospitalización domiciliaria del hijo de ocho meses de edad de la recurrente. La sentencia expresa que se ha afectado el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, así como el derecho de propiedad.

La Corte Suprema confirma este fallo y declara inadmisible la apelación del recurrente, indicando que del tenor de la sentencia apelada fluye que la ISAPRE ha sido igualmente condenada al pago de las costas de la causa. La ministra señorita Morales votó en contra de la declaración de inadmisibilidad y estuvo por pronunciarse expresamente en cuanto a la petición del apelante, en orden a la condena en costas del recurrido.

En *Moscoso con ING Salud* la Corte Suprema estima, en voto de mayoría, que el no haber declarado una enfermedad preexistente no es motivo suficiente para desahuciar el contrato de salud, sin perjuicio de no bonificar los gastos respectivos de la dolencia preexistente.

Se concluye lo anterior ya que la ley otorga a las enfermedades preexistentes no declaradas un trato especial consistente en que, transcurrido un cierto plazo desde la suscripción del contrato, caduca la exclusión de las prestaciones convenidas para este tipo de patologías a menos que la ISAPRE pruebe que el beneficiario, a sabiendas, requirió atención médica ocultando la preexistencia con el objetivo de favorecerse. Idéntico criterio de mayoría encontramos en *Álamos con Colmena Golden Cross* En voto de minoría el ministro señor Gálvez se manifiesta por rechazar la acción de protección por estimar que la ISAPRE perfectamente puede acordar con el afiliado causales de término del contrato, como por ejemplo, la no declaración de enfermedades preexistentes.

En *Wu Ye con Vida Tres* se acoge la acción manifestando que la supuesta dolencia preexistente no había sido diagnosticada médicamente, como corresponde para ser invocada, afectándose el derecho de propiedad del recurrente puesto que se le ha negado la cobertura contratada.

En *Suzarte con ING Salud* la Corte Suprema revoca una sentencia de protección y rechaza el recurso por estimar que los recurrentes desde hace años tenían problemas de infertilidad, sometiéndose reiteradamente a consultas, tratamientos y cirugías con anterioridad a su incorporación a la ISAPRE, donde al completar la declaración de salud indicaron que no había nada que declarar, por tanto el desahucio del contrato de salud obedece a una causal determinada y precisada en dicho convenio. Un criterio similar encontramos en *Jiménez con Banmédica*.

En *Sepúlveda con Consalud* la Corte Suprema acoge la acción de protección y precisa que la no bonificación de una supuesta enfermedad preexistente debe estar justificada y la ISAPRE debe probar que el afiliado o

beneficiario, en su caso, padecía una enfermedad previa y diagnosticada médicamente, que no fue declarada al suscribir el respectivo contrato.

En *Guevara con Banmédica* se ordena a la ISAPRE el pago de una licencia médica rechazada por la recurrida. En este caso cabe destacar el razonamiento de la sentencia de una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en orden al alcance de la acción de protección y, específicamente, al hecho de que el artículo 20 de la Constitución excluye el derecho a la protección de la salud. Al respecto este tribunal indica

> se hacen estos jueces un deber destacar que según el artículo 25 N° 1 del Decreto Supremo 873 de Relaciones Exteriores, de 5 de enero de 1991, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante el tribunal competente, que la ampare contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la respectiva constitución, a tal punto que los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal respectivo decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (artículo 25.2.a).
>
> Chile es Estado Parte de esa convención y en su sistema legal son los tribunales los llamados a pronunciarse sobre un recurso tal, lo que hacen por la vía que define el artículo 20 de la carta fundamental – y en su especificidad, también el 21.
>
> Por consiguiente, aunque ese precepto – artículo 20 – excluya de su ámbito de aplicación la plenitud de la garantía del apartado 9° del artículo 19 de la ley primera, es lo cierto que no sólo porque es un principio hoy universalmente aceptado que en materia de derechos humanos predomina el derecho internacional por sobre los derechos locales, sino en razón de lo que prescribe el artículo 5 inciso segundo, oración final de la propia constitución, el régimen de protección que ésta consagra no tolera la exclusión de ninguno de los derechos fundamentales, entre los cuales el de la salud (c.15).

Estos razonamientos son interesantes y plantean un principio de solución a la grave e importante exclusión de derechos fundamentales que realiza el artículo 20 de la Constitución Política.

Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo

En el comentario del año pasado hacíamos presente que[30], 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 N° 3 inc 4° CPol), su libertad de trabajo (art. 19 N° 16 CPol), su derecho a la libre iniciativa económica (art. 19 N° 21 CPol) y su derecho de propiedad (art. 19 N° 24 CPol).

La Corte Suprema ha postulado tres tesis diferentes en esta materia[31]: Primero, no procede la acción de protección ya que no es sustituto jurisdiccional

30 *ibid* 802.

31 *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.

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).

Segundo, 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.

Tercero, 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.

En el comentario del presente año nos centraremos en esta última tesis de la Corte.

En *Transportes CCU con Dirección del Trabajo* la Inspección del Trabajo había impuesto una multa al empleador, por no haber pagado íntegramente la remuneración del mes de septiembre a tres trabajadores que son dirigentes sindicales en la empresa. La recurrente alega que dichos dirigentes se han negado sistemáticamente a prestar servicios para la misma. La tercera sala de la Corte Suprema reitera la tesis en comento, en los siguientes términos

> el artículo 2° del Código del Trabajo, junto con reconocer la función social que cumple el trabajo, otorga al Estado la misión de amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su empleo y, además, la de velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios, labor esta última que corresponde cautelar, en representación del Estado, a la Dirección del Trabajo y en cuya virtud, especialmente en lo que la recurso interesa, ésta debe fiscalizar la aplicación de la ley laboral;
>
> Que, sin embargo, tales facultades deben ejercerse sólo cuando dicho servicio se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales, o sea, cuando con su actividad de fiscalización se sorprendan ilegalidades claras, precisas y determinadas (cc.1-2).

La Corte señala que la fiscalización ha ido más allá de sus facultades y se ha referido a asuntos que deben ser resueltos por la judicatura respectiva. Señala sobre el particular:

> Ello, porque se ha de determinar la existencia de la infracción denunciada, esto es, si la empleadora se encontraba efectivamente en situación de no haber pagado determinadas remuneraciones y, en caso de ser así, calificar el motivo de tal omisión; por lo tanto, lo descrito se relaciona con derechos que están en discusión, siendo un asunto en el que existen involucradas situaciones de hecho y de derecho que es necesario analizar, debatir y acreditar en un procedimiento contencioso [...].
>
> Que de lo expresado fluye que la recurrida se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, de los juzgados del trabajo [...].

Que, de lo reflexionado precedentemente, aparece de manifiesto que la recurrida incurrió en una actuación ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 Nº 3, inciso 4º, de la Constitución Política de la República, ya que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad a ésta (cc.5-7).

En definitiva, se revocó la sentencia apelada y se acoge el recurso de protección de la empresa dejándose sin efecto la resolución administrativa. 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.

Para efectos de este comentario debemos recordar lo siguiente: el artículo 2º, inciso 1º, del Código dispone: "Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan". Su inciso final establece: "Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios".

El inciso 1º del artículo 476 estatuye:

La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen.

Los incisos 1º a 4º del artículo 474 establecen:

Las sanciones por infracciones a las legislaciones laboral y de seguridad social como a sus reglamentos se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores o funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe.

En todos los trámites a que dé lugar la aplicación de sanciones, regirá la norma del artículo 4º.

La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa.

Una vez ejecutoriada la resolución que aplique la multa administrativa, tendrá mérito ejecutivo, persiguiéndose su cumplimiento de oficio por el Juzgado de Letras del Trabajo.

El artículo 420e otorga competencia a los juzgados de letras del trabajo para conocer de las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, provisionales o de seguridad social.

Además, el Código dispone que 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 organizaciones sindicales y del cumplimiento de los instrumentos colectivos del trabajo será realizada por la Dirección del Trabajo (arts. 476, 184 y 191, 208, 292, 299 y 349, respectivamente).

Por su parte, el Decreto con Fuerza de ley Nº 2, de 1967, establece, entre otras funciones de la Dirección del Trabajo, la fiscalización de la legislación laboral y el fijar de oficio o a petición de parte, por medio de dictámenes, el sentido y alcance de las leyes del trabajo (art. 1º a y b).

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. 5º a, b y c DFL 2).

Por otra parte, la ley confiere la calidad de ministros de fe a los Inspectores del Trabajo (arts. 23 Nº 2 DFL y 218 y 313 CT).

Finalmente, cabe señalar que el legislador otorga facultades especiales a la Dirección para resolver sobre la aplicación de diversas normas del Código, de cuya resolución se puede entablar reclamo al tribunal del trabajo respectivo[32].

En palabras del profesor Patricio Novoa,

El Derecho Administrativo del Trabajo aparece como el corolario indispensable del intervensionismo estatal en las relaciones jurídico-laborales y fiel expresión del interés estatal relativo al adecuado cumplimiento de las normas que el mismo Estado ha promulgado en defensa y protección de los derechos laborales y sociales en general[33].

Agrega este autor

Resulta fácil fundamentar y justificar tanto la existencia de la Dirección del Trabajo, como sus funciones. Desde el punto de vista histórico doctrinal, la base de ésta descansa en el sentido del propio intervensionismo. Asumido por el Estado un rol protector de las relaciones de trabajo, a través de una función legislativa tuitiva de orden público y de derecho necesario que impone enfáticamente la irrenunciabilidad de los derechos del trabajo, debe existir, como necesario corolario instrumental, un organismo encargado de cuidar de la efectividad de los mismos, toda vez que al trabajador le resta la posibilidad de acudir ante los organismos jurisdiccionales.

Es más, el reclamo de un trabajador, muchas veces dentro de la esfera de la misma empresa, puede implicarle más de algún problema, de ahí la necesidad del amparo estatal de oficio tanto para la protección de su derecho cuando para la eficacia del Derecho del Trabajo mismo[34].

32 Novoa, P: "La fiscalización administrativa de la legislación laboral y la Dirección del Trabajo", en *Estudios en Homenaje del Profesor William Thayer Arteaga* (Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998), pp. 193ss.

33 *ibid* 182s.

34 *ibid* 184s.

Dado lo anterior, podemos concluir que la fiscalización de la legislación laboral es un elemento trascendental del orden público laboral. Para estos efectos, el legislador tanto en el Código como en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1967, establece claramente las facultades de la Dirección del Trabajo en orden a fiscalizar, interpretar la legislación laboral (sin perjuicio de la interpretación definitiva que den los tribunales de justicia) y aplicar sanciones administrativas en base a dichas fiscalizaciones cuando se han cometido infracciones al ordenamiento laboral.

La justificación de este sistema se basa en las asimetrías de poder entre las partes del contrato de trabajo. Toda la tutela laboral se basa en estos supuestos y fundamentan el actuar de la Dirección del Trabajo. ¿Y si en su actuar fiscalizador ésta comete arbitrariedades? El propio legislador se coloca en este caso y otorga al afectado la posibilidad de recurrir al tribunal del trabajo respectivo.

Lamentablemente, la Corte en su sentencia no considera las razones que hemos expuesto anteriormente y sus fundamentos resultan contradictorios.

Primero señala que las facultades de la Dirección del Trabajo deben ejercerse sólo cuando dicho servicio se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales, o sea, cuando con su actividad de fiscalización se sorprendan ilegalidades claras, precisas y determinadas.

Luego, expresa que esta materia se relaciona con derechos que están en discusión, siendo un asunto en el que existen involucradas situaciones de hecho y de derecho que es necesario analizar, debatir y acreditar en un procedimiento contencioso.

La pregunta es ¿cómo la Corte estima que pueden fiscalizarse situaciones de infracción a las normas laborales y, por ende, según su criterio, sorprender ilegalidades claras, precisas y determinadas, sin que esto importe analizar, debatir y acreditar situaciones de hecho y de derecho?

La labor fiscalizadora en sí importa analizar los hechos y el derecho. Éste se aplica a situaciones y hechos determinados. La fiscalización del cumplimiento de una ley no es en abstracto sino justamente en relación a un caso particular.

El legislador en ninguna parte diferencia entre fiscalizaciones de ilegalidades claras, precisas y determinadas y de otro tipo de ilegalidades más sutiles (*sic*). El legislador otorga una facultad amplia de tutela a los trabajadores que estas sentencias desconocen con la tesis sobre fiscalizaciones de "infracciones evidentes".

Además, este mismo criterio ha sido aplicado a la infracción más evidente y grosera que puede existir a la legislación del trabajo. Nos referimos al caso cuando la relación de trabajo ha sido calificada como un contrato a honorarios, por ejemplo en *Villaseñor con Dirección de Trabajo*. En este caso, de una vez queda inaplicada toda la tutela laboral en su integridad. En el mercado de trabajo chileno cada vez más encontramos que los empleadores imponen esta farsa de contratos a honorarios y si la Dirección del Trabajo ordena escriturar los contratos laborales, como exige expresamente el legislador en los artículos 7°, 8° y 9° del Código, la Corte Suprema estima que la Dirección ha sobrepasado sus atribuciones. Este criterio implica la inaplicabilidad, en la práctica, del derecho del trabajo.

¿Quiere decir la Corte, con su tesis, que si la Dirección del Trabajo encuentra una empresa con trabajadores menores de edad sin los requisitos que la ley establece para estos efectos, no podría aplicar el artículo 17 ya que implica la calificación de hechos? ¿Y si hay trabajadores realizando sus labores en condiciones infrahumanas bastaría con que el empleador diga que los contratos son a honorarios para que la Dirección quedara inhibida de actuar?

Esta especie de "muerte solapada y jurisprudencial del derecho laboral" es de la mayor gravedad.

La tercera sala de la Corte Suprema expresa, además, que aparece de manifiesto que la Dirección del Trabajo incurrió en una actuación ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3, inciso 4°, de la Constitución Política de la República, ya que nadie puede ser juzgado por "comisiones especiales", sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad a ésta.

¿Es factible sostener que la Dirección del Trabajo es una comisión especial siendo que el propio legislador establece sus funciones y, además, contempla una revisión judicial de sus pronunciamientos?

Al respecto, cabe consignar la opinión del profesor Enrique Evans de la Cuadra comentando el artículo 19 N° 3 incisos 4° y 5° de la Constitución

> Cuando las autoridades administrativas dictan resoluciones que afectan derechos de las personas, están ejerciendo un "deber" impuesto por la ley y, por consiguiente, la revisión de sus actos por autoridad judicial no constituye una violación de "derechos" del administrador, sino una cautela de los derechos de los administrados. El administrador está ejerciendo una función jurisdiccional cuando, por ejemplo, impone sanciones, priva de la administración de bienes a sus dueños, temporal o definitivamente, desconoce el derecho de asociación negando arbitrariamente la personalidad jurídica, etc., y el reclamo ante la justicia ordinaria no es más que la continuación de ese proceso jurisdiccional ante un órgano de superior jerarquía. Sostener, por tanto, que "lo jurisdiccional" se inicia con la intervención del tribunal ordinario y negar que las autoridades políticas y administrativas son "órganos que ejercen jurisdicción" cuando afectan derechos de las personas, es un grave error que desconoce la letra, el espíritu y la historia del precepto que nos ocupa[35].

Otros autores comentando esta norma señalan

35 Evans de la Cuadra, E: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), t.ii, p. 144.

Se explica, así, la importancia del principio de que en todo procedimiento, sea o no judicial, el imputado sea juzgado por un tribunal predeterminado por la ley independiente e imparcial, y no por uno que sea designado especialmente, que podría ser fuente de esas irregularidades[36].

José Luis Cea define las comisiones especiales como "aquellas entidades formadas por un individuo o grupo de individuos que, *de facto*, ejercer jurisdicción"[37].

En este contexto no se percibe de qué forma la Dirección del Trabajo pueda constituir una comisión especial por fiscalizar la legislación laboral e imponer multas por expreso mandato legal, considerando, además, que, según dispone el artículo 474 del Código, esta actuación puede ser revisada por el tribunal del trabajo respectivo.

De sostenerse esta tesis, cabe preguntarse por todas las otras situaciones en las que la supervigilancia y fiscalización de un determinado estatuto legal queda entregada a un órgano técnico, sin perjuicio de su posterior revisión judicial, como ocurre, por citar algunas, con el Servicio de Impuestos Internos (arts. 115 y 120 del CTrib); la Superintendencia de Valores y Seguros (art. 30 del DL 3538); la de Bancos e Instituciones Financieras (art. 21 del DL 1097); la de Administradoras de Fondos de Pensiones (art. 18 del DFL 101 de 1980); la de Instituciones de Salud Previsional (art. 7° L 18933); el Banco Central (art. 61 L 18840); el Comité de Inversión Extranjera (arts. 34 y 35 DL 600 de 1974)[38]; y la Comisión Resolutiva en materia de Libre Competencia (art. 19 DL N° 211). De postularse el criterio de las protecciones laborales en contra de la Dirección del Trabajo, en todos estos casos, estos organismos estarían impedidos de actuar "por calificar hechos, interpretar normas legales y arrogarse facultades jurisdiccionales".

En este contexto, resultan de gran interés los fundamentos del voto de mayoría de la octava sala de Corte de Apelaciones de Santiago, de los ministros Cerda y Silva Cancino, en *Transportes CCU con Dirección del Trabajo*, que rechazó el recurso interpuesto en contra de la Dirección del Trabajo exponiendo

Que con lo extractado de la legislación aplicable, no cabe duda que no existe ilegitimidad de origen que afecte a la recurrida. Su labor inspectiva y de fiscalización tiene expreso fundamento en la ley, como asimismo, el indispensable momento interpretativo (c.7).

36 Verdugo, M, E. Pfeffer y H. Nogueira: *Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), t.i, p. 220.

37 Cea Egaña, J: *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004), t.ii, p. 152.

38 En estos casos el Comité de Inversión Extranjera sólo conoce la admisión de las solicitudes de compensación de perjuicios que presenten los inversores extranjeros respecto del Estado chileno. Admitida a tramitación, conoce en primera instancia la Contraloría General de la República.

Agrega la mayoría de la Corte de Apelaciones, luego de analizar los fundamentos de la actuación administrativa

En tal actuación no hay exceso que desborde el marco de las atribuciones de la recurrida. El comportamiento interrumpido aparece afectando el principal derecho del trabajador tal cual aparecía reconocido por la aplicación práctica del contrato y el organismo fiscalizador ha debido velar por el cumplimiento de esta legislación especial, manteniéndose en esta función dentro de los parámetros propios de su obligación cautelar o tutelar (c.8).

Concluye la mayoría de la Corte de Apelaciones que al actuar fiscalizador no ha sido ilegal ni aparece adoptado en forma irracional o caprichosa.

Por el contrario, el voto de minoría del abogado integrante señor Pfeffer Urquiaga estuvo por acoger la acción dado que el rol fiscalizador debe limitarse a impartir instrucciones e imponer multas cada vez que conste alguna infracción abierta y clara a normas laborales precisas y determinadas.

Por último, debemos llamar la atención sobre otro punto importante de la materia que nos ocupa, relativo a la viabilidad de la acción de protección cuando los actores no se encontraban en el legítimo ejercicio de su derecho.

Nos referimos al argumento de la Corte, ya citado, sobre que la fiscalización de la Dirección del Trabajo se relaciona con derechos que están en discusión, siendo un asunto en el que existen involucradas situaciones de hecho y de derecho que es necesario analizar, debatir y acreditar en un procedimiento contencioso.

Al respecto, la jurisprudencia de protección ha precisado que el artículo 20 de la Constitución es aplicable sólo cuando el recurrente se encuentre en el legítimo ejercicio de un derecho.

Por ejemplo, se ha sentenciado en materia de recurso de protección que

El derecho de propiedad en sus diversas especies [...], se encuentra establecido para resguardar derechos legítimamente adquiridos y no para proteger una situación que tenía el recurrente por error[39].

Así, en el mismo sentido, se ha sostenido que

el legítimo ejercicio del derecho del recurrente se halla impedido por su propia situación de incumplidor de obligaciones que libremente ha contraído con la cooperativa recurrida[40].

O que

el ejercicio que se priva, perturba o amenaza debe ser legítimo, vale decir, que aquel que lo impetra tenga el pleno y legal ejercicio de él, sin que pueda caber duda acerca de si lo tiene o no[41].

39 *Núñez con caja de Retiro*, 79 RDJ (1982), 2-5, p. 21.

40 *Bazaes con Cooperativa*, 79 RDJ (1982), 2-5, p. 171.

41 *Mena con Caja de Compensación*, 308 FM (1984), p. 339.

Finalmente, los tribunales han postulado que "un derecho dudoso no reviste el carácter de "legítimo" para hacer procedente el recurso de protección"[42].

¿Es posible postular que el empleador sancionado por la Dirección del Trabajo está en el legítimo ejercicio de su derecho como para accionar de protección? Nuestro parecer es negativo, sin perjuicio de que el empleador siempre podrá recurrir ante el tribunal del trabajo si está disconforme con el criterio de la Dirección del Trabajo. Además la misma Corte expresa en sus fundamentos que se trata de "derechos que están en discusión".

Por el contrario, en *Otarola con Araneda y Cía* dos trabajadoras recurren de protección en contra de su empleadora, por descuentos de remuneraciones por una cuota que debería haber pagado la trabajadora Quiteria Hormazábal Sepúlveda por concepto de un préstamo obtenido en la Caja de Compensación La Araucana y respecto del cual las recurrentes son avales y codeudoras solidarias.

Sostienen que el descuento es ilegal ya que la deudora principal no ha dejado de tener la calidad de trabajadora, y que sólo se encuentra con licencia médica, de forma que las recurrentes no se encuentran obligadas a soportar los descuentos señalados.

El recurrido señala que las actoras suscribieron un mandato en virtud del cual, en el evento que no sea susceptible el descuento a la deudora principal, como es el caso del recurso ya que se encuentra con licencia médica, éste se efectúa a los avales y codeudores solidarios.

La Corte de Apelaciones de San Miguel acoge la protección por estimar que la recurrida no ha acreditado la imposibilidad de efectuar los descuentos a la deudora principal, sin establecerse de manera fehaciente los supuestos que permiten dicho descuento, constituyéndose esta actuación en arbitraria e ilegal.

La tercera sala de la Corte Suprema revoca la sentencia por estimar que se trata de una situación compleja y que las recurrentes trabajadoras no cuentan con un "derecho indubitado, porque el que han hecho valer se encuentra en discusión, por haber sido cuestionado por la Clínica recurrida" (c.4).

En este caso la Corte postula a favor del empleador que el derecho de las trabajadoras recurrentes no es indiscutido, señalando que "la Clínica lo ha cuestionado". No resulta convincente que por las simples declaraciones de una de las partes se entienda cuestionado un derecho, a diferencia de los casos en contra de la Dirección del Trabajo, donde nunca se entiende cuestionado el derecho a pesar de su labor fiscalizadora en base a su expreso mandato legal.

42 *Vázquez con Superintendencia*, 82 RDJ (1985), 2-5, p. 185.

Las sentencias de protección en estas materias debieran sopesar igualmente los intereses en juego, tanto de empleadores como de trabajadores. Estas sentencias de protección se encuentran lejos del ideario de los redactores de la Constitución al establecer esta acción como un procedimiento rápido, informal, inquisitivo, unilateral, concentrado, abierto y provisorio de defensa de derechos fundamentales[43].

Encontramos otras sentencias de protección con similar tesis de la ya expuesta y comentada, por ejemplo, en *Cobranzas Judiciales con Inspección de Trabajo*; en *Villaseñor con Dirección de Trabajo*; en *Siglo XXI con Dirección del Trabajo*; en *El Paico con Inspección del Trabajo*; en *Transmisión Hípica con Inspección del Trabajo*; en *Hospital del Profesor con Inspector de Trabajo*; en *Summa Bansander con Inspección del Trabajo*; en *Sacco SA con Inspección del Trabajo*; en *Rodríguez y Maulen Lt con Inspección del Trabajo*; en *Johnson's con Dirección del Trabajo*; en *Secal Lt con Dirección del Trabajo*; en *Industria de Parabrisas con Inspección del Trabajo*; en *Viña San Pedro con Inspección del Trabajo*; en *Administradora con Inspección del Trabajo*; en *Asociación de Empresarios con Inspección del Trabajo*; en *Comercial Valencia con Dirección del Trabajo*; en *Banco Santander con Inspección del Trabajo*; en *Soc. San Bernardo con Inspección del Trabajo*; en *Valle Nevado SA con Inpección del Trabajo*, y en una causa contra Fonasa en *Meta SA con FONASA*.

En *Distribuidora de Industrias con Dirección del Trabajo*se mantiene el criterio descrito, con la salvedad de dos votos disidentes de los ministros señor Pérez y señorita Morales, quienes estiman que debiera rechazarse la acción por tratarse de una materia de lato conocimiento, a saber, sobre la interpretación de una cláusula del contrato colectivo.

En *Sermec con Inspección del Trabajo* la cuarta sala de la Corte Suprema acoge la acción por estimar que la Dirección del Trabajo ha amenazado el derecho de propiedad del recurrente, al exceder sus facultades legales por interpretar la procedencia del pago de bonos de responsabilidad pactados individual o colectivamente.

En el mismo sentido en *Explonor con Inspección del Trabajo*, por afectar el derecho de propiedad y ya estar sometido al imperio del derecho el asunto fiscalizado por la Dirección del Trabajo. También se mantiene este criterio en *Comin SA con Inspección del Trabajo*, respecto de la calificación jurídica de los contratos de los trabajadores, donde se considera que la Dirección del Trabajo ha vulnerado el artículo 19 N° 3 inciso 4°.

En *Cervecería Austral con Inspección del Trabajo* se rechaza la acción de protección por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, ya que el empleador había reclamado previamente de la resolución de la Dirección en el Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago, por lo que estando en conocimiento de un tribunal especializado no se puede, mediante esta ac-

43 Nogueira, H: "El recurso de protección en Chile", en 230 GJ (1999), p. 9.

ción, sustituir la actividad jurisdiccional del naturalmente competente. La primera sala de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, con el voto en contra del ministro señor Medina quien estuvo por acoger la acción al estimar ilegal el actuar de la Dirección.

En *Becker con Inspección del Trabajo* la primera sala de la Corte Suprema confirma la de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que estima que la Dirección del Trabajo se ha arrogado facultades jurisdiccionales y, por ende, ha vulnerado los numerales 3 inciso 4° y 24 del artículo 19 de la Constitución. Se precisa que la Dirección debe actuar sólo ante infracciones claras a las disposiciones laborales. En el mismo sentido en *Distal SA con Inspección del Trabajo*.

En *Minera Quebrada Blanca con Dirección del Trabajo* se rechaza la acción de protección por estimarse que el pronunciamiento de este organismo no es obligatorio ya que sólo se ha tratado de un informe, conformando una mera opinión de la autoridad requerida por lo que no existe agravio en la causa en cuestión.

Debemos, como comentario final, señalar que no pareciera adecuado que las acciones de protección en materia laboral sean conocidas por diversas salas de la Corte Suprema. Todas ellas debieran ser resueltas por la cuarta sala laboral.

Libertad sindical

En *Lazo con Sindicato* la Corte Suprema deja sin efecto la expulsión de un socio de un sindicato toda vez que, de los antecedentes agregados al proceso, no es posible demostrar el cumplimiento de las formalidades del procedimiento disciplinario interno, afectándose el derecho del recurrente para permanecer en el sindicato.

En *Sindicato con Banco de Chile* se solicita se deje sin efecto la modificación unilateral hecha por el banco acerca de cómo ha de entregarse la información para hacer uso del "Fondo Médico Dental", existente en virtud del convenio colectivo. El recurrente manifiesta que con la información solicitada se viola la privacidad de sus asociados ya que se trata de datos sensibles.

La Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones por estimar que no se trata de datos sensibles, ya que el propio artículo 10 de la ley 19628 excluye de dicha categoría a los datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que corresponda a sus titulares. Tampoco estima que el banco no pueda adoptar medidas de control debido del otorgamiento de estos beneficios, ya que entre los años 2002 y 2003 hubo un aumento exagerado de las bonificaciones solicitadas en virtud de servicios dentales.

Estatuto Docente

En *Seguel contra Municipalidad de Santa Bárbara* la recurrente acciona respecto de la resolución alcaldicia de cambio de destinación a otra escuela de la zona. La Corte Suprema revoca la sentencia apelada y acoge el recurso por estimar afectado el derecho de propiedad de la recurrente, ya que en la nueva destinación no contará con la asignación por desempeño en condiciones difíciles de que gozaba en su cargo original, transgrediéndose el artículo 42 del Estatuto Docente, que autoriza el cambio de destinación siempre que no se cause menoscabo en el trabajador.

CONCLUSIONES

Para concluir, plantearemos unas breves conclusiones en base a las sentencias comentadas. Para estos efectos, dividiremos nuestro análisis en los siguientes tópicos: la duración de los procesos judiciales, facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, tutela de los derechos fundamentales y criterios civiles versus laborales.

La duración de los procesos judiciales

Analizando las fechas de las causas comentadas podemos concluir que ha existido un breve aceleramiento en su tramitación. Lo anterior es fundamental si consideramos que las asimetrías de poder que justifican el nacimiento del derecho del trabajo no sólo se dan durante la vigencia del contrato, sino también una vez finalizado el mismo, sobre todo cuando el trabajador se encuentra sin sustento para solventar sus gastos familiares.

Sobre este punto, es de esperar el pronto despacho de la reforma procesal laboral, aún en trámite final en el Congreso Nacional al redactarse este comentario, acelere en forma sustancial los procedimientos laborales*.

Facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo

Los problemas derivados de la jurisprudencia de protección son delicados para el adecuado cumplimiento del derecho del trabajo.

Más allá de las críticas que expusimos, en el cuerpo de este comentario, a los fundamentos de estas sentencias, es necesario que el Poder Legislativo refuerce la labor de la Dirección del Trabajo.

Para estos efectos propondremos algunas ideas.

Una solución sería una reforma constitucional que aclare el rol de la acción de protección en relación a las labores de fiscalización que tienen un rol claramente protector de los ciudadanos, como es el caso de la Dirección del Trabajo que tutela la efectividad de las normas legales que protegen al trabajador, a diferencia, por ejemplo, del Servicio de Impues-

* Véase la nota * del editor *supra*, p. 1232.

tos Internos. Sin embargo, es difícil que se llegue a un acuerdo en este sentido.

Otra solución sería modificar el artículo 474 y que las multas de la Dirección sean siempre revisadas posteriormente por una instancia judicial. O, como propone el proyecto de Reforma Procesal Laboral despachado por el Senado, que dicha revisión sea a petición de parte pero sin consignación y sujeta a apelación en ciertos casos*.

Una tercera vía sería estatuir que la Dirección fiscaliza pero que la multa es aplicada sólo por el tribunal del trabajo en un procedimiento concentrado y sumario.

Mientras no cambie la interpretación de la Corte deberá buscarse una solución como las que hemos sugerido en este párrafo.

Tutela de los derechos fundamentales

En el comentario del año anterior[44] hacíamos presente la necesidad de la necesidad urgente de buscar una tutela adecuada de los derechos fundamentales de las personas*.

Para estos efectos se hace imprescindible ampliar la cobertura de la acción de protección.

Por otra parte, no se percibe una interpretación más amplia y protectora de las garantías constitucionales de los trabajadores.

Rescatamos la proposición interpretativa planteada por la Corte de Apelaciones en *Guevara con Banmédica* , en orden al alcance de la acción de protección y sus exclusiones.

En este fallo se expresó que, según el artículo 25.2.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante el tribunal competente que la ampare contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos por la respectiva constitución, a tal punto que los Estados Partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente, prevista por el sistema legal respectivo, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.

En consecuencia, aunque en el artículo 20 se excluyan diversos numerales del artículo 19, dado que en materia de derechos humanos predomina el derecho internacional por sobre los derechos locales y, además, considerando el alcance del artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución, el régimen de protección que ésta consagra no tolera la exclusión de ninguno de los derechos fundamentales, a pesar de lo establecido en dicho artículo.

Concordamos con esta tesis, pero lamentablemente aún no ha sido aceptada por nuestro máximo tribunal.

* Véase la nota * del editor *supra*, p. 1232.

44 *1 Com.* 806.

Criterios civiles versus laborales

Dentro de las sentencias estudiadas una situación delicada es la comprobación de que en muchas de ellas se falla en base a criterios civiles más que laborales.

Lo anterior no implica que, en una causa laboral, los tribunales no puedan basarse en los principios y normas civiles, pero su aplicación debe ser supletoria, o sea cuando no existan normas laborales y siempre que los principios del derecho del trabajo no sean vulnerados con su aplicación.

Por ejemplo, es notorio que en materia de subordinación, *jus variandi* y remuneraciones se le ha dado un énfasis exagerado al principio de autonomía privada, aceptándose renuncias encubiertas y vulnerándose el orden público laboral.

El derecho del trabajo es un derecho social que para muchos constituye un *tertium genus* entre del derecho privado y el público, con principios propios que deben ser ponderados caso a caso. Por ello la Corte Suprema se encuentra dividida en salas especializadas y existe una que es de competencia "laboral".

Es de esperar que esta evolución negativa no se acentúe en los próximos años.