REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD ADOLFO IBAÑEZ

NÚMERO 3: 2013

COMENTARIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL AÑO 2005

CORTE SUPREMA

PEÑALOLÉN Y VIÑA DEL MAR, 2013

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
ISSN 0718-1175

Universidad Adolfo Ibáñez — Facultad de Derecho
Avenida Diagonal Las Torres 2640
794-1169 Peñalolén
Santiago – Chile

Representante legal
Andrés Benítez Pereira

Director responsable
Rodrigo P. Correa González

Director responsable reemplazante
Antonio Bascuñán Rodríguez

Consejo editorial
(consejo.editorial@uai.cl)
Antonio Bascuñán Rodríguez Rodrigo P. Correa González
Eduardo Court Murasso

Editor
Fernando Atria Lemaitre

Editor Asistente
Constanza Salgado Muñoz

Gracias también a
Pablo Marshall Barberán
Tomas Mackenney Bertrán
Juan Ignacio Contardo González
Alejandra Castillo Ara Pablo Castillo Montt
Manuel José González González Agustín Martorell Awad
Jorge Rodillo Martínez
y a
Guido Rojas Leiva

© de cada artículo, su autor 2013
© de esta edición, Universidad Adolfo Ibáñez 2013
Registro de propiedad intelectual N°228.894

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio sin consentimiento de los editores, salvo con fines estrictamente docentes y mencionando la fuente.

Cite este volumen con la siguiente abreviación:
3 Rev D uai (2013)

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN vii
ABREVIACIONES ix

SECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

DERECHO DE FAMILIA 1 *Eduardo Court Murasso*
DERECHOS REALES 13 *Fernando Atria*
OBLIGACIONES Y CONTRATOS 75 *Jorge Lopez Santa Maria*
DERECHO SUCESORIO 91 *Eduardo Court Murasso*
RESPONSABILIDAD CIVIL 97 *Fabián Elorriaga De Bonis*
DERECHO COMERCIAL 133 *Felipe Muñoz Benavente*
DERECHO DEL CONSUMO 155 *J. Ignacio Contardo González*
PROCESO CIVIL 165 *Juan Carlos Marin González*

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

LEY PENAL 243 *Antonio Bascuñán Rodríguez*
CONDICIONES GENERALES DE LA PUNIBILIDAD 253 *Juan Pablo Mañalich Raffo*
DETERMINACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PENA 289 *Juan Pablo Mañalich Raffo*
DELITOS CONTRA INTERESES PERSONALÍSIMOS 319 *Juan Pablo Cox Leixelard*
DELITOS CONTRA INTERESES INSTRUMENTALES 347 *Felipe de la Fuente Hulaud*
PROCESO PENAL 381 *Alejandro Awad Cherit*
Marcos Contreras Enos
Miguel Schürmann Opazo

SECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
TABLA DETALLADA DE CONTENIDOS

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sergio Gamonal Contreras

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO 555
Orden público laboral y principios, 555
Ius variandi, 558
Feriado, 560
Semana corrida, 561
Subcontratación, 561
Suministro, 562
Término de contrato, 563
Despido nulo por no pago de imposiciones, 566
Despido indirecto o autodespido, 569
Indemnización por años de servicio, 572
Prescripción, 578
Materias varias, 578

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO 579
Negociación colectiva y orden público, 579
Efectos del contrato colectivo, 580

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO 581

SEGURIDAD SOCIAL 601
Cobranza judicial de imposiciones, 601
Salud previsional, 602

CONCLUSIONES: EL DERECHO LABORAL EN LA ENCRUCIJADA 606

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL[1]

SERGIO GAMONAL CONTRERAS

Pare efectos del presente comentario hemos seleccionado las sentencias más novedosas de la Corte Suprema. En los dos trabajos anteriores se ha cubierto la totalidad de las decisiones de la Corte, con la finalidad de tener una base para los números futuros de esta revista. A continuación expondremos los criterios nuevos o aquéllos que enmiendan los ya adoptados en años anteriores.

Este comentario está organizado en cuatro secciones generales: derecho individual del trabajo, derecho colectivo del trabajo, derecho administrativo del trabajo y seguridad social.

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

Orden público laboral y principios

En *Chávez con Gómez* se demanda despido injustificado solicitando un aumento del 50% de la indemnización por años de servicio, artículo 168.b, en circunstancias que en el despido se había imputado una causal de caducidad, a saber, acoso sexual, por lo tanto el aumento que correspondía era mayor, de un 80% según la letra c de la referida norma.

La Corte de Apelaciones, en aplicación del artículo 168, aumenta en un 80% la indemnización por años de servicio y el demandado recurre de casación en el fondo por haber sido dada en ultra petita.

La Corte rechaza el recurso, indicando que

1 Se agradecen las observaciones al borrador de este trabajo de Caterina Guidi Moggia y de Pamela Prado López, sin perjuicio de que la responsabilidad final de este comentario es exclusiva del autor.
Es dable señalar que, a la fecha de elaboración de este comentario, aún no entra en vigencia la L 20087 que cambia la numeración de los artículos del libro V CT.

Gamonal | Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
3 Rev D. UAI (2013) 555-608
© 2013 Sergio Gamonal Contreras

> el precepto antes citado es una norma de carácter imperativo que contempla una serie de hipótesis en la materia estableciendo, en cada una de ellas, el porcentaje en que la indemnización por años de servicios debe ser aumentada. La regla en estudio no puede ser desatendida por los jueces, pues ellos son los llamados a aplicar el Derecho al caso concreto y por consiguiente, al condenar a la demandada al incremento que expresamente señala el legislador, no han incurrido en el vicio reclamado (c.4).

Concordamos plenamente con este criterio dado el carácter de orden público de la legislación laboral.

En la causa *Pairicán y otros con Pérgola* la Corte aplica el principio de continuidad frente a contrataciones sucesivas a plazo de profesores, durante tres años, firmando los finiquitos respectivos.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 159 N°4 del Código del Trabajo contempla tres alternativas o hipótesis de conversión del contrato a plazo en indefinido:

1. Cuando el trabajador continúa prestando servicios una vez vencido el plazo, con conocimiento del empleador;

2. Cuando se renueva por segunda vez el contrato a plazo, y

3. Cuando se han prestado servicios discontinuos, en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más, en un período de quince meses contados desde la primera contratación.

La Corte repara en que los hechos de la causa no se encuadran en ninguna de las referidas hipótesis legales. Con todo y en virtud del principio de continuidad, se reconoce que la relación laboral fue indefinida y se invalidan los finiquitos.

Sobre el particular, la Corte indica

> no es admisible que la estabilidad en el empleo pueda dejar de ser respetada, mediante las aludidas figuras de celebraciones sucesivas de contratos y otorgamientos de finiquitos, a las que se ha aludido (c.12).

Concordamos plenamente con el criterio de la Corte. De lo contrario, por vía fraudulenta sería posible eximirse del deber de contratar indefinidamente a los trabajadores, vulnerándose, además, la *ratio legis* del artículo 159 N°4 del Código.

En *Yapur y otros con Steel S.A.* la Corte precisa que la despersonalización del empleador, estatuida en el artículo 4° inciso 2° del Código del Trabajo, no puede extenderse

> en términos tales de hacer responsable al nuevo empleador de las obligaciones insolutas o incumplidas por el anterior empleador (c.9).

Efectivamente, la doctrina ha entendido que la despersonalización del empleador no comprende la obligación del nuevo empleador de pagar lo adeudado por el anterior. En el mismo sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo[2].

2 *Cfr.* Gamonal, S. *Introducción al Derecho del Trabajo* (Santiago: ConoSur, 1998), p. 168.

En *Umaña con Calzados Emilio Calleja* se trata de la aplicación de la presunción del artículo 9° del Código del Trabajo. En el recurso de casación el demandado alega que la citada presunción se ha aplicado a una hipótesis no comprendida en la norma.

El trabajador había sido objeto de un *ius variandi* abusivo, ya que se le había provocado un menoscabo económico al ser trasladado a otra sede en la cual su remuneración se redujo en forma considerable. Lo anterior fue constatado por la Inspección del Trabajo, en virtud del reclamo realizado por el afectado según el artículo 12. El empleador no dio cumplimiento a lo ordenado por la Inspección y despidió al trabajador por necesidades de la empresa. El trabajador señaló que, al realizarse el traslado, el empleador le habría prometido mantener su nivel de ingresos superior a los 400 mil pesos mensuales.

En primera instancia el empleador fue condenado por despido injustificado y se consideró, para efectos de los cálculos respectivos, la remuneración percibida antes del traslado.

En segunda instancia, se confirma la sentencia y se eleva de un 20 a un 30% el porcentaje de incremento de la indemnización por años de servicio.

La Corte invalida la sentencia ya que, según expresa, se habría extendido la presunción del artículo 9° del Código a la supuesta promesa del empleador de mantener el nivel de ingresos del trabajador. La Corte dice que el actor no ha acreditado dicha promesa y que no es aplicable la presunción del artículo de marras.

Esta sentencia es, a lo menos, desconcertante. Recapitulemos: el empleador utiliza un *ius variandi*, éste provoca menoscabo económico, lo anterior es constatado por la Inspección del Trabajo ya que el trabajador reclama, el empleador no da cumplimiento a la resolución de la autoridad laboral y despide por necesidades de la empresa al trabajador y la Corte estima que la remuneración base para calcular los pagos indemnizatorios es la que resultó disminuida precisamente por una actitud ilegal del empleador. Por tanto, el empleador se ha visto beneficiado de su propio dolo (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*: arts. 1468, 1683, 1685 CC): altera el lugar de los servicios en base a una potestad unilateral que le concede la ley y que usa sin cumplir los requisitos legales (causa menoscabo), de esta forma obtiene un enriquecimiento injusto ya que disminuye la remuneración del trabajador, luego, cuando éste alega por sus derechos lo despide y la Corte ampara esta situación.

Claramente el empleador ha obrado de mala fe, ilegalmente y transgrediendo abiertamente el orden público laboral.

En *Marín con Equipos Mecanizados Industriales Ltda.* la mayoría de la Corte, frente a una casación en la forma por ultra petita, recuerda que el derecho procesal del trabajo recoge y refleja la naturaleza y principios que son propios del derecho laboral y que se orientan a proteger a los trabajadores, tutelando sus relaciones con los empleadores de quienes dependen, con el

propósito de corregir y compensar el desequilibrio que naturalmente existe en el vínculo laboral (c.3).

Por ello, si se demanda por despido injustificado los tribunales pueden aplicar la ley aunque el actor no haya solicitado el pago de la indemnización por años de servicio, ya que ésta corresponde en derecho.

Concordamos con este criterio que enfatiza el carácter protector y de orden público del derecho laboral.

Ius variandi

En *Beltrán con Comercial Antonio Garrido* el demandante se desempeñaba como ayudante de repuestos hasta que la demandada, por decisión unilateral, avisa al trabajador que debía seguir prestando sus labores en otra dirección, de hecho, en la casa matriz, con el fin de efectuar labores netamente administrativas.

Ante la negativa del trabajador el empleador lo despidió por las causales de los NN° 3 y 4 del artículo 160, por no presentarse a laborar en la nueva sede.

Los jueces del fondo estimaron que esta decisión de traslado era injustificada y que, por ende, el despido era indebido. Por otra parte, el mismo contrato estatuía que el lugar de labores podía modificarse por causa justificada.

La Corte, en voto de mayoría de los ministros Pérez, Álvarez y Marín estima justificado el despido ya que, según indican, el trabajador posee dos vías para reclamar de un ius variandi abusivo: el reclamo del artículo 12 del Código del Trabajo y la facultad de despido indirecto o autodespido del artículo 171. Pero en la especie, el demandante no habría utilizado ninguna de dichas vías, sino que optó por la autotutela al mantenerse en funciones en el lugar en que primitivamente prestaba funciones, incurriendo en las causales de caducidad del artículo 160 NN°3 y 4.

En voto de minoría, los ministros Benquis y Medina precisan que no se acreditó la causa justificada del traslado exigida en el contrato y que, además, se le habían modificado las funciones al trabajador. Agregan que, en este contexto, no ha podido ejercerse válidamente la potestad del artículo 12, ya que debe prevalecer el pacto entre los contratantes y, además, al tenor de la ley, el *ius variandi* no debe producir menoscabo para el trabajador. Por ello, aunque el demandante pudo optar entre el reclamo y el autodespido, estas medidas no estuvieron a su alcance ya que el empleador lo despidió por no haberse presentado a trabajar, en día sábado, en el nuevo local.

Concordamos con el voto de minoría, pero no con sus argumentos.

Antes que nada, debemos precisar que no se trata de un tema de cláusulas contractuales, ya que el *ius variandi* es una potestad derivada del poder de dirección del empleador y que debe ser ponderada con mucha prudencia. Se trata de una potestad excéntrica al derecho de los contratos, donde es posible

para una parte, en este caso el empleador, alterar unilateralmente la ley del contrato, configurándose una excepción al artículo 1545 del Código Civil.

Esta excepción tan importante se basa en que el derecho del trabajo no sólo contiene normas a favor del trabajador, parte débil de la relación laboral, sino que también reconoce y legitima el poder del empleador por sobre el trabajador. Por ello, este poder debe ser apreciado e interpretado restrictivamente, ya que se trata de un poder privado de un particular sobre otro[3].

El *ius variandi*, como toda potestad del empleador puede ser ejercido en forma abusiva, por ejemplo, cuando no reúne los requisitos legales o cuando es utilizado en forma desviada, sin atender a su finalidad, por ejemplo, como medida disciplinaria[4].

Ante un *ius variandi* abusivo el trabajador puede hacer lo siguiente:

1. Operar vía reclamo del artículo 12 del Código.

2. Negarse a trabajar por causa justificada (ius variandi abusivo) en las faenas del contrato, artículo 160 N°4 letra b.

3. Requerir la intervención de su sindicato, para que solicite al empleador el respeto de sus derechos y para que requiera la intervención de la autoridad correspondiente, al tenor del artículo 220 NN°2, 3 y 4.

4. Demandar por despido indirecto o autodespido, artículo 171.

En el segundo caso, la causal de caducidad opera sólo cuando la negativa a trabajar es sin causa justificada. Pero un *ius variandi* abusivo sí lo es. Incluso, aplicando reglas civiles generales, podríamos entender que estamos frente a una excepción del contrato no cumplido (art. 1552 CC)[5], que permite al contratante diligente suspender el cumplimiento de su obligación, mientras su contraparte no cumpla con su propia obligación[6], a saber, que el empleador respete el lugar donde debe ejecutarse el contrato de trabajo.

Por estas consideraciones estimamos injustificado el despido debatido en este caso. Por el contrario, el criterio mayoritario ignora la realidad del contrato, las asimetrías brutales de poder entre empleadores y trabajadores, y que los reclamos del artículo 12 y 171, implican, indirectamente el primero y directamente el segundo, que el trabajador pierde su fuente de sustento (como sucede en la sentencia ya comentada caratulada *Umaña con Calzados Emilio Calleja*). Efectivamente, después de un reclamo de *ius variandi* abusivo es improbable la continuidad del contrato, sin perjuicio de que el empleador puede ocupar todo su poder de mando y disciplinario para acosar al trabajador, además de despedirlo por la causal de necesidades de la empresa del

3 Estas ideas las hemos tratado en Gamonal, S. *Daño moral en el contrato de trabajo* (Santiago: LexisNexis, 2005), pp. 5ss.

4 Ermida, O. *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), p. 60.

5 Ermida, *op. cit.* en n.4, pp. 94-5.

6 *Cfr.* López, J. *Los Contratos, Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), t.ii, pp. 547ss.

artículo 161 del Código, cuya impugnación será, probablemente, una quimera para el trabajador.

Feriado

En *Acevedo Quivira con AGFA Ltda.* el despido de un Gerente de Logística para la Región Andina se estima justificado por el artículo 160 NN°1 y 7, a saber, falta de probidad e incumplimiento grave de obligaciones del contrato. Con todo, se discute la compensación de los feriados pendientes.

Lo anterior, debido a que el artículo 70 del Código del Trabajo dispone, en sus incisos segundo y tercero, que

> el feriado también podrá acumularse por acuerdo de las partes, pero sólo hasta por dos períodos consecutivos.
>
> 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 norma no establece expresamente las consecuencias de la acumulación de más de dos períodos de feriado. Al respecto, la Corte, citando fallos anteriores relativos a la acumulación de feriados, señala que

> si el trabajador no hizo uso de ellos o no reclamó de esta situación, siendo el impedimento imputable al empleador, perdió el beneficio exigible por su propia inactividad, de manera que no puede impetrar una compensación mayor por ese concepto (c.6).

Este argumento desconoce la realidad fáctica de la relaciones laborales en Chile y en el mundo, donde el empleador ejerce un fuerte poder privado sobre otros particulares, sus trabajadores. Si la argumentación de la Corte fuera correcta, el derecho laboral sería innecesario y el legislador habría dictado toda una legislación y un Código del Trabajo inútiles.

Añade la Corte que

> cabe agregar que el objetivo del feriado es el de proporcionar un descanso anual al trabajador, de modo que no es un beneficio compensable en dinero, salvo las excepciones fundadas que señala la legislación laboral, porque un criterio distinto no resulta congruente con las garantías que la Constitución Política de la República dispensa a los derechos a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud de todas las personas, en la medida que la postergación indefinida del feriado anual de un trabajador y su compensación pecuniaria al término de la relación laboral conducen, como ya se dijo, a menoscabar la aplicación de tales derechos fundamentales al posibilitar que el afectado se vea privado del goce real de sus descansos anuales (c.7).

O sea, si entendemos bien, si el empleador vulnera derechos fundamentales como los señalados en el considerando, dado que no podrán ser satisfechos *in natura*, no corresponde para la Corte su reparación por equivalencia, por

ejemplo, con la compensación del feriado. En este contexto, en materia de goce de feriado, el empleador puede presionar para que sus subordinados no lo tomen, se beneficia de un enriquecimiento sin causa y, además, queda absolutamente impune.

En *Espinoza y otros con Arellano* la Corte precisa respecto del feriado que el

> cálculo de esta compensación en dinero, es decir, el total de los días hábiles a que tiene derecho el trabajador debe comprender, además, los días a sábado, domingos y festivos, el primero por expresa disposición de la ley es considerado inhábil sin importar la jornada acordada por las partes (c.11).

En la primera instancia se había perjudicado al trabajador considerando los días corridos y no, de lunes a viernes, contados desde el día hábil siguiente al término del contrato hasta enterar el cómputo de los días hábiles reconocidos a cada uno de los actores, lo que lógicamente arroga una cantidad de días corridos superior a los hábiles y, en consecuencia, una suma de dinero mayor a pagar.

Concordamos plenamente con este criterio.

Semana corrida

En *Sindicato de Trabajadores con Traveller S.A.* se demanda el pago de la semana corrida de trabajadores remunerados por incentivos de producción. Tanto en primera como en segunda instancia se rechaza la demanda.

La mayoría de la Corte revoca la sentencia en el entendido de que la finalidad de la semana corrida es cautelar el derecho al descanso semanal. El ministro señor Pérez estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo, ya que los recurrentes, en su opinión, no eran trabajadores remunerados exclusivamente por día.

Concordamos con el criterio de la mayoría en esta sentencia.

Subcontratación

En *Campos con Corporación Club Unión Árabe*En *Campos y otro con Al Ard Sociedad Anónima* se demanda por responsabilidad subsidiaria a la Corporación Club Unión Árabe de Viña del Mar, en circunstancias de que, según esta última, no tenía relación alguna con los demandantes, ya que el demandado principal sólo era arrendataria de algunos de sus espacios físicos, por una renta de 46 UF, por lo que no podía ser considerada como una empresa con responsabilidad subsidiaria. En otras palabras, no había una relación de empresa principal a contratista.

Se trataba de una concesión de los comedores, terrazas y cocina del Club Árabe, para el desarrollo de labores de gastronomía. Además, el deman-

dado subsidiario acompañó un certificado del primer juzgado civil de Viña del Mar, recaído en la causa rol 595-2002, donde constaba que la demandada fue lanzada con auxilio de la fuerza pública del inmueble concesionado, por no haber pagado las rentas de arrendamiento y los gastos respectivos.

La Corte da la razón al demandado subsidiario y lo exime de responsabilidad al tener por acreditado el arrendamiento con los fines ya citados. Indica que

> no es el Club Árabe quien paga al demandante principal "por labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios a cambio de un precio convenido contratando trabajadores", pues ella asume el carácter de arrendadora de la demandada principal (c.7).

En voto disidente, el ministro Marín estuvo por rechazar el recurso ya que la relación entre ambos demandados corresponde a una concesión de servicios propios del giro del Club en favor de sus socios, más allá del contrato pactado, considerando, además, que el Club bien puede reportar un beneficio pecuniario directo de esa actividad.

Concordamos con el voto disidente. Resulta claro que un club de colonia requiere de un servicio de restaurante para sus socios y que éstos acuden a dicho recinto de esparcimiento justamente porque, entre otras actividades y dependencias, existe un servicio de almuerzo y gastronomía en general.

Por la vía de contratos de arriendo simulados puede quedar absolutamente inaplicable la normativa sobre responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena[7].

En *Gutiérrez con Manufacturas Sabinco* se discute, para efectos de determinar la responsabilidad subsidiaria, si es o no necesario acreditar haber perseguido previamente la satisfacción del crédito en el empleador directo.

La Corte precisa que el juicio es declarativo y que, en este contexto, no se requiere haber ejecutado el crédito previamente respecto de la empleadora principal.

Concordamos con este criterio.

Suministro[8]

En *Aguilera con Servimarket* se demanda tanto a Servimarket como a la Administradora e Inversiones Supermercados Unimark SA, por un despido injustificado de una trabajadora que gozaba de fuero maternal.

Se trataba de una cajera contratada por Servimarket y que era puesta a disposición de Unimark. En primera instancia se condena a Unimark como responsable subsidiario en conformidad al artículo 64 del Código del Trabajo[9].

7 Cabe advertir que al momento de realizarse este comentario se encuentra en vigencia la nueva L 20123, sin perjuicio de que su normativa no era aplicable al caso en comento.

8 La sentencia comentada es anterior a la vigencia de la L 20123.

9 Norma vigente a la fecha del fallo y derogada por la L 20123.

La Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, condena también a Unimark como demandado principal en su calidad de coempleador.

La Corte, en su sentencia de reemplazo, confirma la tesis del tribunal de alzada en el sentido de que ambos coempleadores deben responder laboralmente.

Esta sentencia, anterior a la nueva ley de subcontratación y suministro, es interesante ya que frente a un suministro ilegal la Corte hace responsable tanto al usuario como al supuesto contratista.

Término de contrato

En *Urzúa con Sociedad Minmetal* se demanda despido injustificado, ya que, frente a un contrato por obra o servicio, se despide al trabajador por necesidades de la empresa. El trabajador fue contratado como ingeniero en minas en tanto sus trabajos fueren requeridos mediante orden de servicio Nº 6 en el marco del proyecto Nº 4500231851 "Servicio de Ingeniería de Apoyo para Proyectos de Inversión año 2001". Luego esta orden de servicio varió, se redujo el número de horas hombre y por ello el demandado despidió al actor por necesidades de la empresa.

La Corte estima justificado el despido sosteniendo que, aunque el contrato es por obra o faena, ello no es óbice para que finalice por necesidades de la empresa. Sin embargo, consideramos que este argumento está errado. El contrato a plazo y el por obra o faena no pueden terminar por necesidades de la empresa, sino el respeto del plazo y de la obra o faena no obligarían en forma alguna al empleador. Por el contrario, estos contratos sí podrían terminar por una causal disciplinaria de las del artículo 160. Además, en la especie y dada la redacción del contrato, estimamos que éste no es por obra o faena sino indefinido. Lo que no puede ocurrir es que un empleador contrate mientas tenga clientes..., o mientras realice tal o cual proyecto..., etc. O el empleador contrata por obra o faena determinada o contrata indefinidamente. De lo contrario, el trabajador asume el riesgo de empresa y es, en el fondo, un socio pero sin derechos sociales...

En términos similares, la Corte permite el término del contrato por necesidades de la empresa en *Jiménez y otro con EMIN Ingeniería y Construcción.*

En la causa *Vilches con Segetrans Transporte* se discute la existencia de un despido injustificado. El trabajador señala que el empleador lo ha despedido en forma verbal por negarse a firmar un finiquito que finalizaba el contrato por mutuo acuerdo de las partes y en el cual solamente le cancelaban la mitad de lo que le correspondía por concepto de indemnizaciones por años de servicio. Además, su empleador no estaba al día en las cotizaciones previsionales.

Por su parte, la demandada señala que el trabajador renunció al trabajo.

En primera instancia se rechazó la demanda. En la segunda se revocó la de primer grado y se acogió la demanda del actor. La Corte Suprema por mayoría de los ministros Álvarez, Marín, Infante y Peralta, invalida esta última sentencia, sosteniendo que el trabajador debe probar el hecho del despido. Agrega que así como se presume el perdón de la causal si el empleador nada hace frente a incumplimientos graves del trabajador, no resulta equitativo interpretar igual actitud pasiva de manera distinta, es decir, establecer que el trabajador no puede ser despedido por sus conductas pretéritas, pero sostener que, en cambio, existe ese despido ante el silencio del empleador. Tal planteamiento resultaría, además, incongruente. En consecuencia, en la especie, perfectamente el demandado pudo guardar silencio ante las ausencias del trabajador, sin hacer uso de las causales que le otorga la ley para poner término al contrato de trabajo, sin contravenir las disposiciones legales que regulan esa terminación y sin que pueda presumirse la existencia de la desvinculación y, además, que ella sea injustificada (c.9).

El ministro Benquis vota en contra dado que puede presumirse el despido una vez que el trabajador rechazó la indemnización por años de servicio que le ofreció el empleador, a cambio de la renuncia a su puesto de trabajo.

En principio es efectivo que el trabajador debe acreditar el despido, por ejemplo, por medio de la intervención de la Dirección del Trabajo o del aviso del empleador. Con todo, cabe destacar que será una prueba compleja, sobre todo si el empleador se limita a no aceptar que el trabajador ingrese a la empresa. Por ello, cada caso deberá ponderarse con prudencia y, en la causa en comento, no resulta razonable lo sostenido por la mayoría de la Corte, ya que es el mismo empleador quien dice que el trabajador renunció y la renuncia, en nuestro derecho, es solemne en virtud de lo dispuesto en el artículo 177. En consecuencia, el empleador alega renuncia del trabajador pero no puede probarla porque ella no existió (debía cumplir los requisitos del artículo que mencionamos), lo que lo deja, a lo menos, en una posición de mala fe. De lo contrario bastaría con despedir verbalmente y alegar renuncia para que el trabajador debiera probar el hecho del despido, con todas las complejidades que ello conlleva, y así eximirse de la normativa de orden público sobre término de contrato. Agrava esta situación el no pago de las imposiciones. En la resolución de la mayoría tampoco se aplica el despido nulo y el empleador que ha cometido un delito, una apropiación indebida (estafa)[10], queda impune. En esta causa la Corte menciona la equidad, pero ésta queda preterida, ya que debiera favorecer al trabajador.

10 El art. 13 L 17322 dispone que "se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador".

Un criterio similar de la Corte lo encontramos en *Betancur con Sociedad de Inversiones* con la agravante de que, como dice el voto de minoría de los ministros Benquis y Pérez, se encontraba acreditado el despido por el reconocimiento que hizo el empleador ante la Inspección del Trabajo. O sea, para la mayoría de la Corte un reconocimiento de despido frente a la Inspección del Trabajo, que tiene la calidad de ministro de fe, no constituye prueba. Con estos criterios, la Corte legisla y deroga en la práctica la normativa de término de contrato del Código del Trabajo.

Del mismo modo, en *Gaete con Señoret* el demandante fue despedido en forma verbal y su empleador niega tal hecho, debiéndose dilucidar quién debe probar el hecho del despido.

La Corte analiza los efectos de la actitud pasiva del demandado concluyendo que, en este caso, recae en el demandante la prueba del hecho del despido, por lo que anula las sentencias de la instancia en la parte que determinaba el pago de las indemnizaciones por despido injustificado.

En un caso como éste, señala la Corte, el demandante debe probar el hecho del despido, sobre todo si el empleador niega tal situación. ¿Cómo puede probar esto el trabajador si el despido es verbal? Concurriendo a la Inspección del Trabajo para que se cite al empleador y se aclare la situación. En efecto, el demandante acompañó ante el juzgado del trabajo el acta de comparecencia ante la inspección del trabajo, de fecha 21 de febrero de 2003, realizada en rebeldía del reclamado. Con el mérito de este antecedente, estimamos que el empleador en rebeldía da cuenta de su mala fe en esta causa, lo que, lamentablemente, no fue considerado por la Corte.

Con este criterio, que estimamos errado, basta con que el empleador despida verbalmente y después lo niegue para que el trabajador deba rendir una prueba diabólica, considerando, además, que la Corte ignora el rol de la Dirección del Trabajo y su carácter de ministro de fe.

La causa *Gidekel con Instituto de Investigaciones Agropecuarias* (INIA) se refiere al caso de las negociaciones que realiza el trabajador en un giro distinto al del empleador, configurándose la causal de falta de probidad del artículo 160 N°1.a), ya que la del N° 2 exige que las negociaciones sean realizadas dentro del giro del negocio.

La Corte precisa en la sentencia de reemplazo que

> se ha conceptualizado la falta de probidad como la ausencia de rectitud, integridad u honradez en el obrar y, ciertamente, la circunstancia de que un dependiente encargado de desempeñar, entre otras, labores de administración, como se lee en el contrato acompañado a fojas 1, resulte ser administrador de una sociedad comercial que negocia con su empleadora, constituye esa falta de probidad que se le atribuye, si además, se considera que en las negociaciones habidas entre ambas empresas la ganancia económica aparece como un claro objetivo, el que, lógicamente, ha pretendido obtener quien forma parte de una de las sociedades que negocia y, sin duda, en perjuicio de la otra (c.3).

Se agrega que esta conducta transgredió la buena fe del contrato de trabajo y, por ende, el despido es justificado. Concordamos con este planteamiento, ya que el contrato de trabajo supone un grado importante de confianza en el trabajador, más aún si éste estaba a cargo de la gestión, ejecución y desarrollo de proyectos.

En *Jáuregui con Torres y Compañía Ingeniería y Construcción* el trabajador es despedido por faltar injustificadamente a sus labores entre el 7 y el 11 de enero de 2002, según lo dispuesto en el artículo 160 N°3 del Código. La ausencia del actor se debió a su detención por conducir en estado de ebriedad a raíz de lo cual se instruyó la causa rol N° 1700-02, en el 24° juzgado del crimen de Santiago. Se desconoce el resultado final de este proceso.

La Corte rechaza íntegramente la demanda y razona sobre el hecho de que la "causa justificada" exigida por el artículo 160 N°3 debe ser "caso fortuito o fuerza mayor", lo que exige imprevisibilidad e irresistibilidad. Su detención, señala la Corte, puede ser irresistible pero no imprevisible ya que

> quien ejecuta voluntariamente un acto penado por la ley, debió prever los resultados de esa acción y la posibilidad de ser, finalmente, encausado y privado de libertad (c.8).

Agrega la Corte que

> no se ha probado en estos autos, por parte del trabajador, la improcedencia del acto de autoridad que lo mantuvo privado de libertad, circunstancia que podría modificar la concurrencia de la imprevisibilidad a que se ha hecho referencia precedentemente (c.9).

No concordamos con este criterio que vulnera abiertamente un principio constitucional como es la presunción de inocencia.

Cabe recordar que la Corte ha tenido un criterio distinto, diametralmente opuesto, eximiendo del requisito de la imprevisibilidad a un empleador que había despedido por caso de fuerza mayor[11].

Despido nulo por no pago de imposiciones

Cabe aclarar que al momento de realizarse este comentario el legislador ha dictado la ley 20194, que reinterpreta el artículo 162, en orden a que el empleador debe seguir pagando la remuneración del trabajador por todo el período que medie entre el despido y la convalidación del mismo, a diferencia de la interpretación restrictiva que ha tenido la Corte Suprema en esta materia. Obviamente esta nueva ley no es aplicable a la jurisprudencia del año 2005, que estamos analizando en este comentario.

En *Araya con Pellegrini* se discute la procedencia de la aplicación del artículo 162 inciso 5° cuando el trabajador despedido ha obtenido un nuevo trabajo.

11 *Cfr.* 2 *Com* 1245.

La Corte precisa al respecto que no es posible admitir

> el argumento del demandado principal en el sentido que dicha norma no es aplicable en el caso que el trabajador haya obtenido una nueva fuente de ingresos, pues el espíritu del legislador ha sido sancionar al empleador que no ha enterado las imposiciones, no obstante haberlas retenido, cuyo es el caso (c.9 sentencia reemplazo).

No cabe duda alguna de que esta tesis es acertada. Si el empleador ha retenido las imposiciones ha cometido un acto fraudulento, delictual, de apropiación indebida, afectando gravemente el derecho de propiedad y a la seguridad social de sus subordinados, enriqueciéndose sin causa y vulnerando el interés público, ya que los trabajadores sin imposiciones pagadas serán, en definitiva, una carga para el Estado si no cuentan con fondos suficientes para jubilar, y, en el caso de las cotizaciones de salud impagas, se violenta en forma grave el derecho a la protección de la salud y a la familia del trabajador.

Por las mismas razones hemos criticado todos los criterios restrictivos de la Corte que hemos comentado con anterioridad[12], ya que no se basan ni en el tenor literal de la norma ni en su espíritu.

En *Muñoz con Laboratorio Clínico* ante una demanda por despido indirecto la Corte no accede a la aplicación del artículo 162 incisos quinto y siguientes, debido a que, como señala el fallo de reemplazo,

> del tenor literal de la referida norma se puede advertir que la sanción pecuniaria impuesta al empleador, de mantener la remuneración de sus dependientes, exige que dicho ente haya tenido una participación activa en el despido de sus trabajadores, es decir, que haya sido el empleador quien por decisión unilateral haya puesto término a la relación laboral (c.3).

Este argumento literal de la Corte es poco convincente, considerando que, como ya mencionamos, precisamente respecto de este precepto (art. 162 inc. 5ss) en numerosas sentencias se ha dejado de lado el tenor literal para "corregir" la norma al tenor de la equidad, por ejemplo, estatuyendo como límite de la sanción del empleador el plazo de seis meses, inexistente en la norma e intención del legislador[13].

Resulta incongruente imaginar que el trabajador pueda poner término al contrato de trabajo, invocando un autodespido basado en el no pago de sus imposiciones, lo que implica una apropiación indebida del empleador y una grave vulneración del derecho de propiedad de sus subordinados, y que éstos, por su parte, no puedan solicitar la aplicación del artículo 162.

En *Muñoz con Inmobiliaria El Rebaño* se había despedido a la actora por no presentarse a trabajar una vez finalizado su período de feriado, desde el 24

12 *Vid.* 1 *Com* 782ss. y 2 *Com* 1248ss.

13 *Cfr.* 1 *Com* 782 ss. Como ya hicimos presente, la L 20194, posterior a esta causa, reinterpreta el art. 162 CT en el sentido original de la norma, corrigiendo el criterio limitativo adoptado por la Corte Suprema.

al 31 de enero de 2004, artículo 160 Nº 3 del Código. Se acreditó que la demandante sólo pudo conseguir pasaje aéreo para regresar a Punta Arenas el 30 de enero. Con todo, también se constató que la demandante había adquirido con antelación los pasajes, el 31 de diciembre, por tanto sabía de su situación y, por ende, el problema no fue producto de un imprevisto o de falta de cupos en los vuelos durante enero.

Con dichos antecedentes la Corte concluye que la trabajadora no operó de buena fe en esta materia, y rechaza el recurso de casación en el fondo.

Por otra parte, la trabajadora fue despedida en dos oportunidades. La primera gozando de fuero maternal por lo que fue reincorporada. La segunda una vez finalizado dicho fuero y por la misma causal de ausencia injustificada. En este contexto, los ministros Benquis y Pérez estuvieron por acoger la casación en el fondo por estimar que la reincorporación legal determinada por el fuero implica el reinicio de la relación de trabajo, debiendo entenderse agotada la causal invocada en el primer despido.

No concordamos con este último criterio. Sin duda las normas del fuero deben ser respetadas y el trabajador reincorporado si no hubo autorización judicial. No obstante, al tenor de los hechos probados, el trabajador sí había incurrido en causal de caducidad y había actuado de mala fe.

Por otra parte, no resulta admisible que el efecto de la reincorporación sea el reinicio de la relación laboral, ya que, para todos los efectos, la antigüedad del trabajador será contabilizada desde la contratación original y el mismo artículo 174 dispone que deberán cancelarse las remuneraciones del período de separación.

En *Cerda con Ilustre Municipalidad de Lo Espejo* frente a un despido justificado por la existencia de irregularidades graves del trabajador en la obtención, administración y rendición de cuentas respecto de 133 vales de bencina, la Corte exime al empleador de la aplicación del artículo 162 inciso quinto expresando que

> no puede desconocerse que las remuneraciones respecto a las cuales no se enteraron las cotizaciones previsionales y de salud del actor, no le fueron pagadas a éste -así se asentó como hecho-, de manera que no concurre la segunda circunstancia tenida en vista por el legislador para los efectos de la sanción en estudio, esto es, que las cotizaciones hayan sido retenidas y no enteradas (c.2 sentencia casación de oficio).

La Corte aplica, en el fondo, dos sanciones al trabajador por un mismo hecho: despido justificado por las irregularidades cometidas e interpreta nuevamente el artículo 162 agregando un requisito inexistente: que la remuneración haya sido pagada.

El artículo 162 inciso quinto debe ser la norma más reinterpretada del derecho laboral chileno, en contra de su tenor literal y de su sentido e historia fidedigna, facilitando la impunidad de los empleadores que no enteran las cotizaciones previsionales y que, además, cometen un delito al tenor del artículo 13 de la ley 17322[14].

Puede que la Corte no concuerde con el tenor del artículo 162, pero nuestro Código Civil es sabio al hacerle presente a los jueces que

> Art. 23.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba hacerse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Despido indirecto o autodespido

En *Frías con Méndez y Cartagena Limitada* el actor demanda despido indirecto por haber incurrido el empleador en un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato (art. 160 CT) al no proporcionarle ocupación efectiva y adecuada luego del regreso a sus labores de las que había estado ausente por una intervención quirúrgica al cerebro.

El actor, una vez reincorporado a la empresa, permaneció a disposición del empleador sin ejecutar las labores convenidas ni ninguna otra, por causas no imputables a su voluntad y, luego, la demandada le impidió acceder a la empresa.

La Corte expresa que

> el contrato de trabajo tiene, además del económico, un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas y entre estas obligaciones ético-jurídicas, de responsabilidad del empleador, cabe destacar, entre otros, el deber de ocupación efectiva y adecuada y, en general, el de protección al dependiente y de respetar su honra y dignidad personal. Estas obligaciones pertenecen al contrato por aplicación de las normas contenidas en el Código del ramo, por expresa disposición de los artículos 1.545 y 1.560 del Código Civil, y se deducen, igualmente, de los principios que informan el Derecho del Trabajo (c.9).

Además, la Corte precisa que no es aplicable al caso en cuestión la norma sobre jornada pasiva, del artículo 21 inciso 2º del Código del Trabajo, en el sentido de que también se considera jornada de trabajo el período de tiempo en el que trabajador se encuentra a disposición del empleador y no labora por causas que no le son imputables, ya que esta situación es excepcional sin que sea lícito extender su aplicación a períodos más extensos y de permanente inactividad. Agrega que

> las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de respeto, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe (c.12).

Es dable recordar que una parte importante de la doctrina nacional ha distinguido tres contenidos en el contrato de trabajo: a) de naturaleza jurídico institucional: comprensivo de la facultad de mando del empleador y del deber de obediencia del trabajador; b) patrimonial: consistente en la obligación

14 *Vid.* n.10.

de prestar los servicios convenidos así como su respectiva remuneración, y c) ético jurídico: basado en que el contrato de trabajo tiene un profundo contenido ético con manifestaciones jurídicas[15].

Lo anterior se basa en que el contrato de trabajo es producto de una combinación o síntesis de la tradición romanista y germanista de la relación de trabajo, o sea de *una combinación de las nociones de cambio y de vínculo personal*[16], es decir, se encuentra entre una *situación contractual u estatutaria*[17], lo que en cierta forma configura el denominado contenido ético-jurídico. Este contenido ético jurídico responde a la tradición germánica recogida por el derecho del trabajo. Si bien en Chile y en el mundo ha predominado la tesis contractual, de intercambio de prestaciones patrimoniales, el contenido mínimo impuesto por ley al contrato recoge muchos de los elementos de las relaciones de vasallaje como el vínculo personal de fidelidad recíproca que se emparenta con los vínculos familiares.

Este contenido ético-jurídico ha fundamentado para algunos autores la "concepción comunitaria del contrato de trabajo" como una suerte de comunidad de intereses entre trabajadores y empleadores. Esta concepción se opone a la tesis del conflicto industrial que ve en el contrato de trabajo un conflicto inevitable de intereses entre empleadores y trabajadores, donde el legislador entra a mediar y la autonomía colectiva logra armonizar transitoriamente dichos intereses. La concepción comunitaria ha sido muy criticada, en especial por su carácter corporativista y reductor de las relaciones de trabajo.

No obstante las críticas a la concepción comunitaria de la relación de trabajo y, especificamente, al contenido ético-jurídico como manifestación especial de la buena fe contractual[18], es difícil negar que en el contrato de trabajo subsiste por un lado el conflicto entre los intereses del empleador y del trabajador, expresado entre otras manifestaciones por el derecho de negociación colectiva y de huelga, así como una vinculación personal que en cierta medida responde a dicha concepción comunitaria[19]. En este sentido pensamos que

15 *Vid.* Thayer, W. y Novoa, P. *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1989), t.ii, pp. 167-8.

16 Supiot, A. *Crítica del derecho del trabajo* (Madrid. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996), p. 38.

17 Respecto de la tesis del vínculo personal, *vid.* Gierke, O. *Las raíces del contrato de servicios* (Madrid. Civitas, 1989), p. 35.

18 *Vid.* Martín, A. "Actuaciones Irregulares que Afectan a la Libertad, Dignidad o Vida Privada del Trabajador. Límites Constitucionales al Poder de Dirección Empresarial", y Valdés dal Ré, F. "Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador", ambos en *Autoridad y Democracia en la Empresa* (Madrid. Trotta, 1992), pp. 56 y 28, respectivamente, y Rojas, G. *La Libertad de Expresión del Trabajador*, (Madrid. Trotta, 1991), pp. 59ss.

19 Este vínculo personal está presente en los ordenamientos jurídicos de países muy disímiles al nuestro, como por ejemplo, en el derecho laboral de Finlandia encontramos deberes éticos-jurídicos al igual que en el caso chileno. *Cfr.* Kauppinen, T. y Kairinen, M. "New forms of Work and the future of subordination in the evolution of the Finnish labour law", *Le Transformazioni del Lavoro*

el contrato de trabajo tiene un *contenido dual (comunitario/conflictivo) no necesariamente contradictorio*, ya que la sola conflictividad difícilmente podría permitir el desarrollo y la ejecución del contrato[20].

Un punto distinto son los límites que se imponen a estos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, producto de la dignidad del trabajador y de la vigencia de sus derechos fundamentales inespecíficos[21].

La doctrina chilena ha fundamentado la procedencia del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo en la buena fe objetiva consagrada artículo 1546 del Código Civil, en los siguientes términos

> los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella[22].

Además, la buena fe tiene una especial proyección en el ámbito laboral y de relaciones industriales. Se trata de obligaciones que se integran a la ejecución de buena fe del contrato por expresa disposición de la ley, en diversos preceptos del Código, especialmente en todo lo relativo al deber de seguridad del empleador, estatuido en el Libro II de dicho texto legal (arts. 184ss CT)[23].

Además, concurren en la fundamentación del contenido ético-jurídico las siguientes razones complementarias a lo expuesto:

1. La obligación del trabajador prestada en condiciones de subordinación compromete su propia persona, ya que destina parte de sus energías físicas y mentales para realizar su labor bajo la potestad de mando, reglamentaria y disciplinaria del empleador, lo cual difiere de las demás prestaciones y lo involucra en forma singular y personalísima;

2. Los principios del derecho laboral y el alcance de muchos de los preceptos del Código, especialmente los de terminación del contrato de trabajo por causales de caducidad, como la de falta de probidad, dan cuenta de la recepción de estos deberes, y

3. Como el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, el trabajador se inserta en la estructura de la empresa, lo cual obviamente origina vínculos personales y permanentes, constituyéndose en una gran diferencia en relación a la contratación civil y comercial.

(Milán. Franco Angeli, 1999), pp. 76ss.

20 Para un mayor desarrollo de esta idea, *vid.* Gamonal, *op. cit.* en n.3, pp. 9ss.

21 Gamonal, S. *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004), p. 73.

22 *Vid.* Mera, R. "El contenido ético del contrato de trabajo", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968), p. 199.

23 En idéntico sentido la jurisprudencia nacional ha hecho presente en los accidentes del trabajo que constituye un deber contractual del empleador el velar por la salud y seguridad de sus trabajadores.

En cuanto a los deberes específicos que conforman el contenido ético jurídico, por ir más allá de lo meramente patrimonial, podemos mencionar los siguientes:

1. Por parte del empleador, el deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador[24]; el deber general de protección del empleador[25]; el deber de higiene y seguridad[26]; el deber de previsión[27]; el deber de ocupación efectiva y adecuada[28] y el deber de capacitación y educación[29].

2. Por parte del trabajador, el deber de diligencia y de colaboración; el deber de fidelidad, y el deber de lealtad[30].

Por todo lo anterior, el criterio de la Corte es adecuado y está en armonía con los postulados de la doctrina laboral mayoritaria.

Indemnización por años de servicio

En la sentencia *Pavez Caucotto y otros con Alimentos Fruna Ltda*, se discurre acerca de la posibilidad de acumular el pago de la indemnización por años de servicio por despido injustificado con la indemnización por el fuero sindical.

La Corte invalida de oficio la sentencia y expresa que

> el pago de esas indemnizaciones no es conciliable con el de la compensación del fuero sindical por la negativa del empleador a reincorporar al dirigente cuyo despido se llevó a efecto sin contar con la autorización judicial. Esta incompatibilidad nace del hecho de que ambas indemnizaciones constituyen sanciones pecuniarias distintas que se imponen por una misma causa, pues ambas derivan del despido de un trabajador ejecutado en contravención a las normas que regulan la materia, pero con diferentes procedimientos y bases de cálculo (c.14).

En consecuencia no es posible sancionar un mismo hecho dos veces.

Vota en contra el ministro señor Jacob, precisando que ambas indemnizaciones tienen finalidades distintas, ya que la del fuero busca proteger no sólo el derecho que lo origina, sino también el derecho de percibir las remuneraciones pactadas en el contrato y de los demás beneficios que corresponden al trabajador, a diferencia del carácter sancionatorio de las por término de contrato.

Concordamos con el criterio disidente agregando que la naturaleza de estas indemnizaciones es claramente distinta.

24 Se deduce este deber de las causales de caducidad establecidas en el art. 160 nº1 CT.

25 Nuestro código titula su libro II como "De la protección de los trabajadores".

26 Art. 184 CT.

27 Entre otras manifestaciones, podemos citar el art. 184 inc 21 CT.

28 La Corte Suprema ha estimado que constituye incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por parte del empleador, cuando éste no otorga a los trabajadores los medios necesarios para realizar el trabajo convenido. *Cfr.* Melis, Ch. y Sáez, F. *Derecho del Trabajo* (Santiago, ConoSur, 2000), tomo I, p. 298.

29 Los arts. 179ss. CT se ocupan de la capacitación ocupacional.

30 *Cfr.* Thayer y Novoa, *op. cit.* en n.15, pp. 339ss.

En efecto, en lo relativo a la indemnización por años de servicio, la doctrina ha debatido arduamente acerca de su naturaleza. Es así como podemos afirmar que las principales teorías sobre la naturaleza de esta indemnización son las siguientes[31]:

Salario diferido. La retribución no le es abonada en su totalidad al trabajador, en cada período mensual, quedando cierta parte postergada para ser entregada una vez terminado el contrato de trabajo. Se la critica señalando que si la indemnización por años de servicio fuera un salario diferido, siempre debiera proceder al terminarse el contrato, lo cual no es así.

Premio a la fidelidad. Los trabajadores que se han desempeñado por algún tiempo en la empresa, dedicándole sus afanes y esfuerzos, tienen derecho a una recompensa similar a los aguinaldos. En contraposición a esta tesis se indica que ella sólo es viable en aquellas legislaciones que otorgan esta indemnización a trabajadores con una antigüedad notable, y no en aquéllas en las cuales el plazo requerido para su goce es breve, por ejemplo un año.

Mayor valor de la empresa. Al trabajador se le debe una parte del incremento de la empresa, el sueldo corresponde a lo que la empresa gana cada año y la indemnización a lo que se valoriza el establecimiento. Se la critica, ya que cuando la empresa tiene pérdidas igual el trabajador tiene derecho a la indemnización, incluso en caso de quiebra. Además, el monto de la indemnización no considera la valorización de la empresa. De aceptarse esta tesis, la indemnización debiera abonarse también en caso de retiro voluntario y de muerte.

Daño a la antigüedad. Al dejar el trabajador su empleo pierde todos los beneficios que los años de servicio le depararon, por lo cual debe ser compensado por ello. Se enjuicia esta teoría, porque de ser efectiva debiera también cancelarse la indemnización en casos de renuncia del trabajador.

Resarcimiento del daño. Se resarce el daño sufrido por el trabajador como consecuencia del despido. Esta tesis es bastante exacta en las legislaciones en que no existe una indemnización tarifada o forfaitaire, calculándose los perjuicios sufridos por el trabajador de acuerdo a la realidad.

Sin embargo, en aquellos sistemas con indemnización tarifada según antigüedad del trabajador, no es aplicable esta teoría ya que el monto de la indemnización no considera el perjuicio sufrido por el laborador despedido. Además, hay sistemas en los cuales estas indemnizaciones se pagan inclusive cuando el despido sea lícito y no se haya violado deber alguno por el empresario. Por otra parte, si el trabajador encuentra de inmediato trabajo no existe daño y no procedería la indemnización[32].

Pena impuesta al empleador. La disolución arbitraria del contrato de trabajo es un acto ilícito prohibido por la ley, estableciéndose como pena para el

31 Ruprecht, A. "Indemnización por Despido" (15 *Enciclopedia Jurídica OMEBA*), pp. 474 a 478 y Ruprecht, A. "Contrato de Trabajo" (4 *Enciclopedia Jurídica OMEBA*), pp. 476-80.

32 Thayer, y Novoa, *op. cit.* en n.15, p. 454.

empleador que despide arbitrariamente el pago de la indemnización. Como crítica, se ha observado que no procede hablar de pena, ya que ésta es aplicable cuando existe una intención dolosa, lo que no ocurre en el despido. Por otra parte, esta tesis solamente explicaría la naturaleza de la indemnización cuando ésta es cancelada por término injustificado del contrato, pero no cuando ella procede por despido justificado[33].

Previsión y asistencia social. La indemnización por antigüedad sería una forma de previsión y asistencia social. Se ha dicho que es una suerte de seguro contra la desocupación. Krotoschin explica que la indemnización por antigüedad o despido, es una prestación asistencial destinada a compensar al trabajador por el desgaste sufrido en su trabajo, a través de los años, así como a procurarle un amparo inmediato por la pérdida de su fuente de laboral[34].

Una postura contraria a esta tesis, se fundamenta en que si la finalidad de la indemnización fuera de carácter asistencial debiera ser abonada siempre y no únicamente en los casos de despido injustificado.

Integración del preaviso. Algunos autores han sostenido que las leyes laborales iniciales se limitaron a establecer el preaviso antes del término del contrato de trabajo. Considerando, posteriormente, que el despido era mucho más perjudicial para el trabajador que para el empleador, se dispuso un preaviso más largo cuando el que disolvía el vínculo era este último. Sin embargo, la observancia de este plazo más duradero causaba trastornos en la empresa, por lo cual se prefirió reemplazar parte del mismo por una indemnización.

De esta forma, la indemnización por el despido es un "apéndice de la obligación de preavisar", una suerte de plazo extra en el cual se percibe un sueldo sin tener que trabajar. Se critica esta tesis ya que ambas situaciones tienen una naturaleza distinta, el preaviso busca que el trabajador encuentre un nuevo empleo y la indemnización por años de servicio cubre otros perjuicios.

Responsabilidad sin culpa. Se ha sostenido que, así como el riesgo de accidente genera responsabilidad patronal inclusive sin culpa, el riesgo de la cesantía produce también responsabilidad sin culpa para el empleador.

Se trataría de la aplicación de la teoría del riesgo de empresa, al considerar a empleadores y trabajadores como miembros de una comunidad de intereses, en la cual cada uno obtiene ventajas y debe soportar riesgos[35]. En este contexto los riesgos se dividen en tres categorías: los casos en que recaen en los trabajadores como consecuencia de una actitud personal de los mismos; los casos que son asumidos entre el empleador y el trabajador, y los casos que son responsabilidad del empleador como consecuencia de una determinada actitud suya o derivados de los riesgos normales e inherentes a la explotación

33 Thayer y Novoa, *op. cit.* en n.15, p. 453.

34 Krotoschin, E. *Manual de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires Depalma, 1993), pp. 168-9.

35 Mascaro Nascimento, A. *Iniciação ao Direito do Trabalho* (San Pablo, Editora LTr, 1997), p. 450.

de la empresa[36], entre los cuales se encontraría la indemnización por años de servicio.

Teorías eclécticas. Para algunos la indemnización por antigüedad es una combinación de previsión social y salario diferido.

Otros sostienen que se trata tanto de la reparación de daños, como de previsión social y salario diferido. Se postula también que es una institución de naturaleza compleja, que combina una sanción al empresario y la necesaria protección económica al trabajador.

Finalmente, se indica que tiene una naturaleza mixta que contempla un premio por la antigüedad y una forma de previsión.

La cantidad de teorías expuestas obedece a la dificultad objetiva que presenta el análisis de esta materia: las diversas particularidades con que las legislaciones consagran esta institución. Por ello y para efectos de este comentario, opinamos que la determinación de la naturaleza de la indemnización por años de servicio, existente en nuestro país, debe analizarse a la luz de la legislación positiva nacional. El actual régimen indemnizatorio por años de servicio del Código es de naturaleza jurídica compleja y discutible.

Opinamos que participa de la idea de *premio a la fidelidad* para aquellos trabajadores que han laborado por cierto tiempo en la empresa, dedicando sus esfuerzos y energías al desarrollo de la misma, en consideración a que la indemnización procede para los trabajadores que tienen una antigüedad mínima de una año y que la tarifa legal se calcula en relación a los años de servicio.

Asimismo, creemos que esta indemnización responde también a una finalidad de *previsión y asistencia social*, como una especie de seguro de cesantía. 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"[37]. Además, la actual ley de seguro de desempleo 19728, ordena en su artículo 13 descontar las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, disminuidos los costos de administración, del monto de la correspondiente indemnización por años de servicios.

Por otra parte, la existencia de esta indemnización por aplicación de las causales de necesidades de la empresa y de desahucio (éste de carácter excepcional para ciertos trabajadores), diferencia este sistema de término de contrato de un sistema de libre despido, configurando una estabilidad relativa impropia (que no es lo mismo que inamovilidad), ya que para el empleador

36 *Ibid.*

37 Citado por Ulloa, L. *Régimen de terminación del contrato de trabajo* (Concepción Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones, 1993), p. 113.

despedir a un trabajador puede implicar un costo económico que, en algunos casos, no es menor. Desde esta perspectiva la indemnización obedecería a una finalidad de *promoción de la estabilidad en el empleo*, sin perjuicio de que la amplitud de la causal de necesidades de la empresa (de uso común en la práctica) permita bastante flexibilidad en materia de despido.

Para efectos de este comentario, cabe destacar que resulta claro que esta indemnización no resarce el daño producido al trabajador por el despido, ya que el legislador la regula en forma tarifada o forfaitaire, en atención a la antigüedad del trabajador, lo cual no se relaciona con los eventuales daños que éste pueda sufrir por el término del contrato.

Por otro lado, la indemnización del período de fuero obedece a la imposibilidad del cumplimiento forzado de una obligación de hacer: la reincorporación del trabajador. Con ello se busca proteger al aforado y cautelar la institución que lo fundamenta, a saber, la tutela de la maternidad o la libertad sindical. En este último caso se trata de un derecho fundamental, reconocido desde antaño por la Declaración Universal de Derechos Humanos y que, por lo mismo, debiera motivar una defensa más férrea por parte de la Corte. Sin que se acumulen ambas indemnizaciones, en muchas situaciones el fuero puede perder su sentido, por ejemplo, si un trabajador tiene 10 años de antigüedad y le quedan 8 meses de fuero, el empleador puede despedirlo y tendrá que pagar la indemnización por la que opte el trabajador, en este caso obviamente la por años de servicio con el respectivo aumento del artículo 168. O sea, en este caso hipotético, según el criterio de la Corte es intrascendente si el trabajador está o no aforado, el empleador indemniza por similar monto esté o no con fuero el trabajador. En consecuencia, ambas indemnizaciones (por años de servicio y por no respetar el fuero) debieran ser acumulables.

Los mismos comentarios son pertinentes para la causa *Aguilera con Servimarket* donde se trata de la acumulación de las indemnizaciones por despido injustificado y la de fuero maternal.

En la causa *Díaz con CINTAC S.A.* se discute si el bono de colación debe o no incluirse dentro del concepto de remuneración, para efectos del pago de la indemnización por años de servicio.

El problema radica en que el contrato colectivo se pactó un servicio de colación consistente en desayuno, almuerzo, once y comida según corresponda, en razón de los turnos, agregando que en los días sábados, domingos y festivos, durante los cuales no funciona el casino, la empresa otorgará de igual forma la colación que corresponda y, de no ser posible, se compensará a los trabajadores con un valor equivalente a $2.163.

Con estos antecedentes la Corte rechaza la inclusión de la referida asignación dado su carácter excepcional.

No concordamos con el criterio de la Corte dada la amplitud de la redacción del artículo 172 del Código, que sólo por excepción excluye los pagos que expresamente menciona, sin contemplar en esta exclusión al bono de colación.

En *Aguilera con Multinegocios* el trabajador pone término al contrato por despido indirecto solicitando una indemnización extra por daño moral. La actora fue agredida por su jefa resultando con lesiones leves y contusiones debidamente comprobadas en sede penal.

Esta petición de indemnización del daño moral es rechazada en la instancia y la Corte Suprema precisa en el mismo sentido que

> esta indemnización adicional no procede en sede laboral, en atención a que el legislador ha contemplado expresamente los resarcimientos específicos consecuencia del término de la relación laboral, máxime que en este caso, ella se produjo por la trabajadora, en conformidad al artículo 171 del Código del trabajo (c.8).

Realizaremos tres comentarios a esta sentencia.

Como hemos señalado con anterioridad, estimamos plenamente procedente una indemnización extra por daño moral en casos especialmente calificados, tanto en el despido abusivo como en el despido indirecto[38].

La Corte expresa que no procede la indemnización del daño moral cuando es el mismo trabajador quien ha puesto término al contrato. O sea, razona sobre la base de que el daño moral laboral surge únicamente por el hecho del término del contrato. Desde una perspectiva doctrinaria esto no es así. Por el mero hecho del término del contrato jamás debe indemnizarse el daño moral, sino cuando se produce una especial lesión de los intereses extrapatrimoniales de la víctima. Este principio se denomina de la "extraordinariedad" por algunos autores[39]. La mortificación por el despido no es indemnizable en principio. En el despido indirecto, si bien es el trabajador quien finaliza el contrato, se basa en un incumplimiento grave del empleador y éste perfectamente puede producir un daño moral indemnizable, por ejemplo, si el empleador lesiona gravemente al trabajador o lo acosa sexualmente de tal forma que afecta en forma patente su integridad psíquica.

El razonamiento de la Corte, en la fecha de la sentencia de casación, octubre de 2005, es válido para la normativa laboral del 2004, aplicable al caso que, además, se basaba en las vías de hecho (art. 160 N°1.d CT). Pero desde marzo del año 2005, la ley 20005 enmendó el artículo 171 del Código agregando un inciso segundo, nuevo, que dispone que

Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del N° 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho.

38 *Cfr.* 2 *Com* 1256ss.

39 *Vid.* Gamonal, *op. cit.* en n.3, p. 154.

En consecuencia, frente a un despido indirecto por falta de probidad o por acoso sexual, el trabajador podrá demandar en sede laboral "otras indemnizaciones" que, claramente, serán a título de daño moral. Sin duda esta enmienda excluye las vías de hecho (art. 160 Nº 1.d CT) que fundaba este despido indirecto, lo cual no impide sostener que la existencia de indemnizaciones tarifadas prohíba acumular en casos excepcionales indemnizaciones de daño moral, ya que el mismo legislador ha contemplado dos casos en que es posible dicha acumulación.

Prescripción

En *Fres con Servicios Integrales de Ingeniería*, la Corte de oficio anula la sentencia respecto del rechazo de la excepción de prescripción alegada por la demandada subsidiaria, en con lo relativo a la aplicación del artículo 162 inciso 5º (suspensión relativa del contrato por no pago de imposiciones).

En efecto, han transcurrido más de seis meses entre la suspensión de los servicios y la fecha de notificación de la demanda. Con este criterio, la Corte reitera su tesis de que, para la interrupción de la prescripción, la demanda laboral debe ser notificada dentro del plazo respectivo[40]. Similar criterio encontramos en *Céspedes con Servicios Integrales de Ingeniería*.

En *Sanhueza y otros con Constructora*, la Corte precisa que la prescripción extintiva opuesta por el demandado subsidiario no puede aprovechar a la demandada principal declarada rebelde. Concordamos plenamente con este criterio.

Materias varias

En *Álvarez con Espinoza* se solicita citar a la demandada con el fin de que confiese deuda y reconozca firma. Posteriormente, el tribunal deja sin efecto lo obrado por estimar que el juez del trabajo sólo puede conocer de juicios ejecutivos en que exista título perfecto.

La Corte precisa que los juzgados del trabajo son competentes para conocer de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, expresamente regladas en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil

> y no sólo pueden, sino que deben participar en la creación de títulos ejecutivos perfectos, en aras del innegable ejercicio de la jurisdicción y porque, además, no existe norma expresa que lo prohíba (c.8).

La Corte explica que de aceptarse la tesis impugnada se daría el absurdo de realizar una gestión preparatoria ante un tribunal civil que, luego, carecería de competencia para efectuar la ejecución respectiva.

Compartimos plenamente el criterio de la Corte.

40 *Cfr.* 2 *Com* 1243.

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Negociación colectiva y orden público

En *Castillo con Codelco*, se demanda despido injustificado ya que se ha violentado la cláusula 3.1 letra d) del contrato colectivo, referida al procedimiento para despedir por causal de caducidad del artículo 160 Nº 1 del Código del Trabajo. Dicho procedimiento establecía la necesidad de realizar, previamente, una investigación interna de los hechos, dando la oportunidad al trabajador de dar sus descargos e informando previamente de la decisión final al sindicato de supervisores. Agregaba la estipulación que, a falta de investigación o ante el incumplimiento del procedimiento, así como en caso de iniciarse extemporáneamente, a saber, transcurridos 120 días de la ocurrencia de los hechos o desde que la empresa haya tenido conocimiento de los mismos, importaba la renuncia a invocar tales hechos.

Además el contrato colectivo contemplaba un procedimiento similar para el caso del artículo 160 Nº 7, así como una indemnización especial si el despido era declarado, en sede judicial, como injustificado.

En primera instancia se acoge la demanda por despido injustificado, revocándose esta declaración en la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por estimarse acreditados los hechos en que se basaba el despido, consistentes en graves transgresiones a las normas, reglamentos y procedimientos internos del trabajador (ingeniero civil con cargo de supervisor), atribuyéndose funciones y abusando de las facultades de su cargo, faltando a la ética profesional y comercial para beneficiar económicamente a una empresa contratista con la que se encontraba relacionado por vínculos de parentesco, afectando, asimismo, el patrimonio e imagen de la empresa.

La Corte Suprema enfatiza el carácter de orden público de la legislación de término de contrato, señalando que el procedimiento acordado a nivel colectivo

> no puede limitar ni condicionar la facultad de los tribunales para pronunciarse acerca de si los servicios de un trabajador terminan por esa causal, en la medida en que las partes de un contrato individual o colectivo de trabajo no pueden regular esa materia, que es propia de la ley (c.2 sent. reemp.).

Agrega, además, que el procedimiento acordado es ajeno a la negociación colectiva según lo dispuesto en el artículo 303 y 306 del Código.

El criterio adoptado en esta causa es el apropiado considerando el carácter de orden público absoluto de las causales de término de contrato. Con todo, cabe advertir que este criterio contrasta con otras normas de orden público laboral que la Corte, a diferencia de lo expuesto, sí permite en algunas sentencias que sean negociadas por las partes, como es el caso de la califica-

ción del contrato que necesariamente debe ser, en caso de subordinación, la de un contrato de trabajo y no a honorarios (arts. 7 y 8 inc. 1° CT), o en el caso del efecto declarativo de la sentencia que reconoce un contrato de trabajo en cuanto a la aplicación del artículo 162 inciso 5° del Código (suspensión relativa por no pago de imposiciones)[41]. El hilo conductor entre estos casos es que ambas situaciones, en los hechos, perjudican a los trabajadores. Estimamos que la normativa de orden público debe ser aplicada según el tenor de la misma, sin considerar lo favorable u odioso de la disposición respectiva (art. 23 CC), más aún cuando se trata de derechos de la parte débil de la relación de trabajo.

Efectos del contrato colectivo

En la causa *Peñailillo y otros con Empresa de Servicios Sanitarios* se demanda por diversos trabajadores despedidos el pago de beneficios acordados colectivamente con motivo de la privatización de la empresa, en un acuerdo marco.

El problema radica en que no aparece claramente que los demandantes sean acreedores de los beneficios de marras, aunque, según manifiestan, estos beneficios fueron incluidos en acuerdos posteriores. Se discute, asimismo, la naturaleza y eficacia del acuerdo marco por ser una figura no contemplada expresamente en el Código del Trabajo.

En definitiva, la Corte rechaza la pretensión de los actores indicando que no se encuentran expresamente señalados como beneficiarios de los acuerdos y que, la eficacia colectiva del contrato colectivo, en nuestro derecho positivo implica

> una facultad del empleador, quien, en su ejercicio, debe someterse a las formas y requisitos señalados por la normativa laboral (c.17).

Esta decisión es acorde con nuestro limitado marco legal, ya que estos acuerdos marcos son del tipo de los denominados acuerdos o contratos colectivos atípicos, ineficaces en sede judicial, sin perjuicio de que puedan ser voluntariamente aplicados por los sindicatos y el empleador respectivo[42].

En *Dirección del Trabajo con Dimacofi S.A.* se interpone, por parte de la Dirección del Trabajo, una demanda por práctica antisindical.

Se trata de una extensión ilegal de los beneficios del artículo 346 del Código, simulando un convenio colectivo que no es tal, ya que no fue negociado colectivamente y fue impuesto por la fuerza.

La Corte, en definitiva, no aplica el artículo 346 por estimar que no se trata de funciones similares.

41 *Cfr.* 2 *Com* 1249.

42 *Vid.* Gamonal, S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, (Santiago, LexisNexis, 2004), pp. 403ss.

Por otro lado, agrega que la extensión de beneficios puede ser por un acto unilateral del empleador o por acuerdo de voluntades, pero que, en todo caso, si se celebra un convenio colectivo no es aplicable el descuento del 75% (art. 346 CT) dado que

> los beneficios que se reconocen a los trabajadores no sindicalizados tienen su fuente en tal instrumento y, por ende, no corresponden a la mera voluntad del empleador sino a una convención colectiva con un grupo de trabajadores concertados para ese fin (c.8).

Este argumento puede ser razonable dado que la práctica antisindical fue constatada en junio de 2001 y el legislador perfeccionó el artículo 346 en septiembre de ese año, por medio de la ley 19759, precisando en su nuevo inciso final que

> También se aplicará lo dispuesto en este artículo a los trabajadores que, habiendo sido contratados en la empresa con posterioridad a la suscripción del instrumento colectivo, pacten los beneficios a que se hizo referencia.

Dicho pacto perfectamente puede ser un convenio colectivo.

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

En este párrafo comentaremos, nuevamente como en los años anteriores, la situación de la Dirección del Trabajo frente a la acción de protección, por las graves consecuencias que tiene la tesis mayoritaria de la Corte Suprema para los trabajadores y ciudadanos en general.

En *Servicio de Transporte con Dirección del Trabajo* se acciona contra la Inspección que ha ordenado contestar un proyecto de contrato colectivo que incluye, según el actor, a trabajadores de otros empresarios que desarrollan su negocio como personas naturales distinta del recurrente.

La Inspección explica que los trabajadores comprendidos en el proyecto de contrato colectivo se encuentran todos bajo el poder de mando de la recurrente.

La cuarta sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó la acción por considerar que se ha configurado la situación del artículo 478 del Código del Trabajo, a saber, simulación en la contratación de trabajadores a través de terceros, situación que el legislador, en el artículo 476, entrega al conocimiento y resolución de la Dirección del Trabajo[43].

La cuarta sala de la Corte Suprema revoca esta sentencia y acoge la apelación de la protección por considerar que la Inspección del Trabajo no puede calificar la naturaleza de los contratos de los trabajadores ni determinar la persona del empleador, excediéndose de sus facultades legales.

43 Al momento de efectuarse este comentario se mantiene la numeración original de estos artículos, ya que la L 20087 entrará en vigencia el 1° de marzo de 2008.

Agrega que con esta actuación la Inspección se ha constituido en una comisión especial de las mencionadas en el artículo 19 Nº3 inciso 4º de la Constitución.

Un criterio similar en cuanto a la actuación de la Dirección se encuentra en *Servicio de Transporte con Dirección del Trabajo de Viña del Mar*, en *Corporación Municipal con Dirección del Trabajo*, en *Constructora con Dirección del Trabajo*, en *Iraola con Dirección del Trabajo*, en *Compañía de Seguros Generales con Dirección del Trabajo*, en *Intercard S.A. con Dirección del Trabajo*, en *Aceros Santa Ana Ltda con Dirección del Trabajo*, en *Transportes Penco con Dirección del Trabajo*, en *Sociedad Acuarios y Zoológicos con Dirección del Trabajo*, en *Industrias Electrónicas Condensa con Dirección del Trabajo*, en *Inmobiliaria Pacífico Austral con Dirección del Trabajo*, en *Agecomet con Dirección del Trabajo*, en *Transportes Renca con Dirección del Trabajo*, en *Vía Imagen con Dirección del Trabajo*, en *Construmart con Dirección del Trabajo*, en *Constructora con Dirección del Trabajo*, *Díaz con Dirección del Trabajo* y en *Gallardo con Dirección del Trabajo*.

En el caso *Constructora con Dirección del Trabajo* es interesante reparar en el voto de minoría del ministro señor Juica, quien estuvo por rechazar la acción dado que la Inspección del Trabajo en uso de sus facultades legales verificó la infracción consistente en el no otorgar el trabajo convenido a quien gozaba de fuero sindical, y constató el despido posterior del actor sin requerir el desafuero judicial respectivo. Agrega que el inspector del trabajo tiene la calidad de ministro de fe y lo constatado no ha sido desvirtuado por la recurrente. Finalmente señala que

> aún cuando se pusiera en duda la extensión de la función fiscalizadora del órgano recurrido, es lo cierto que el legislador lo dotó de tales facultades en defensa de los derechos de los trabajadores y en mérito de dicha función ha cumplido, sin constituirse en comisión especial, el rol legal pertinente y no ha conocido ni juzgado ninguna cuestión que sea de competencia de la jurisdicción, ya que está habilitado para actuar frente a las multas aplicadas, cuando se reclama judicialmente de éstas, lo que en el hecho ha ocurrido y desde este punto de vista, el asunto de encuentra ya sometido al imperio del derecho, por lo que esta acción cautelar, frente al conflicto pendiente, no puede invocarse sin infringir el principio de inavocabilidad que la misma Constitución se encarga de resguardar (c.4 voto en contra).

Asimismo, en *Millabil con Dirección del Trabajo* resultan destacables los fundamentos de la séptima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago para rechazar el recurso que, posteriormente, fue acogido por la tercera sala de la Corte Suprema. Se trataba, según la fiscalización de la autoridad administrativa, de un grupo de trabajadores subordinados sin contratos escriturados y de una trabajadora embarazada que había sido despedida sin solicitar el correspondiente desafuero judicial.

Al respecto, la sentencia de la Corte de Alzada señala que el concepto de

> "fiscalizar" aparece como aquel que debe de dotar de sentido y alcance a la labor de quienes cumplen las funciones encomendadas al órgano contralor (c.5).

Agrega que el fiscalizar la legislación laboral e imponer multas como consecuencia de ello

> conlleva una actividad que, necesariamente, requiere tanto de recopilación de los antecedentes de hecho –aquellos que constata el fiscalizador- como la elaboración de un juicio de valor sobre la forma cómo esa realidad contractual específica se ajusta a la normativa legal, juicio que subyace en las instrucciones y posteriormente en la multa al no darse cumplimiento a estas (c.6).

Hace presente la Corte de Apelaciones que no puede haber arbitrariedad ni ilegalidad en estas actuaciones expresamente habilitadas por mandato legal y

> no parece que se actúe fuera de los marcos razonables cuando se emite un juicio sobre la existencia de infracciones que se desprenden de la sola constatación en terreno (c.7).

Por último, manifiesta que si bien es cierto que el artículo 420 del Código del Trabajo entrega a los tribunales el análisis y calificación final de los alcances y características de la relación laboral, no

> debe olvidarse que el mismo legislador, en una secuencia que aparece dotada de toda lógica, entrega a la potestad sancionatoria de la administración el control primero de las infracciones laborales a través de sus órganos de fiscalización, cuya actuación concluye en una eventual aplicación de multa para el caso de incumplirse las instrucciones impartidas, lo cual es reclamable mediante un procedimiento jurisdiccional que, por sus características y especialidad, resulta más apropiado que la acción de protección (c.8).

En *Águilas del Norte Ltda. con Dirección del Trabajo* la empresa fue multada por excederse de las 45 horas semanales de jornada ordinaria y por no haber cancelado las correspondiente horas extraordinarias.

La Corte de Apelaciones acoge la acción por estimar que la Dirección del Trabajo se ha constituido en una comisión especial y la cuarta sala de la Corte Suprema revoca la sentencia señalando que el recurrente ha reconocido la existencia de horas impagas y que, no obstante, no ha acreditado el pago de las mismas, por lo que cabe concluir que la recurrida se limitó a constatar la existencia de hechos precisos, objetivos y determinados que motivaron la multa aplicada, sin incurrir en ilegalidades ni en arbitrariedades.

En *Easy S.A. con Dirección del Trabajo* se discute si el recurrente pertenece o no al centro comercial o mall para efectos de la aplicación de la ley 19973.

Al respecto, cabe recordar que las leyes 19973, 19977 y 19978 establecieron en forma perentoria que los trabajadores de los centros comerciales deben

gozar de descanso los días de celebración de la independencia nacional (18 de septiembre), Navidad (25 de diciembre) y 1° de enero, así como en los días de elecciones nacionales y municipales.

La tercera sala de la Corte Suprema rechaza el recurso sosteniendo que el artículo 2° del Código del Trabajo, junto con reconocer la función social del 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 al actual recurso interesa, ésta debe fiscalizar la aplicación de la ley laboral (c.6).

Agrega la Corte que la finalidad de la ley 19973 es la de

> proteger a los trabajadores en su legítimo derecho al descanso en fechas trascendentes, de suerte tal que dicho texto legal debe ser interpretado teniéndose en cuenta el beneficio de éstos y no de los empleadores, como aparentemente es el planteamiento del recurso, que avaló el fallo que se revisa (c.8).

La Corte estima que el supermercado recurrente sí forma parte del centro comercial al tenor de lo constatado por el funcionario fiscalizador. Añade que la Inspección

> actuó en el marco de una fiscalización respecto de la cual está facultada, y luego de constatar hechos concretos de conculcación de una disposición legal de reciente data, dictada precisamente para este tipo de situaciones (c.14).

En el mismo sentido encontramos las sentencias *Cencosud Supermercados con Dirección del Trabajo*; en *Parque Arauco con Dirección del Trabajo*, y en *Hotelera Luz con Dirección del Trabajo*.

En *CMPC Celulosa con Dirección del Trabajo* se fiscalizaba el cumplimiento de la reducción de jornada ordinaria laboral de 48 a 45 horas. Si bien la Corte estima que la Inspección constató una clara violación a la ley laboral respecto de ciento veinticinco trabajadores, considera igualmente reprochable el actuar de la recurrida ya que habría aplicado arbitrariamente la multa estatuida en el artículo 477 del Código del Trabajo.

Veamos de qué se trata: la Inspección constató que ciento veinticinco trabajadores tenían una jornada ilegal. Por ello, aplicó el artículo 477 inciso 3° que dispone que

> Con todo, si el empleador tuviere contratados 200 o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de tres a sesenta unidades tributarias mensuales.

Como ese era el caso, la Inspección aplicó una multa de 5 unidades tributarias mensuales por cada una de las ciento veinticinco infracciones, o sea, en total 625 UTM.

La primera sala de la Corte Suprema en voto de mayoría de los ministros Ortiz, Rodríguez y Kokisch, explica, por el contrario, que el artículo mencionado

> contempla una multa en un rango que va de tres a sesenta U.T.M., de modo que no puede la autoridad recurrida interpretar dicha norma legal de manera tal que exceda el máximo referido en ella, llegando en la especie a seiscientos veinticinco U.T.M. (c.2).

En consecuencia, estima arbitrario el actuar de la recurrida, arrogándose facultades jurisdiccionales y, por lo mismo, rebaja la multa impuesta a sesenta unidades tributarias mensuales.

En voto de minoría los ministros Tapia y Muñoz estuvieron por confirmar la sentencia de la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, que había rechazado la acción, por considerar ajustada a derecho la aplicación del artículo 477.

Resulta absolutamente razonable el criterio de minoría en esta causa. Aunque administrativamente se imponga una multa, son ciento veinticinco infracciones y la Inspección fue moderada en la aplicación de la sanción. Es un error lo resuelto en el voto de mayoría.

En *Palominos con Dirección del Trabajo* la recurrida multa al actor por constatar, en base a una denuncia de un trabajador, que éste labora hace seis meses y no se le ha escriturado su contrato de trabajo, que no existe registro de asistencia y que no se le han pagado sus remuneraciones.

El actor denuncia que se han violentado sus derechos constitucionales, a saber: de propiedad y de libertad de contratación y que la Inspección ha operado como comisión especial arrogándose facultades jurisdiccionales.

La recurrida indica que no existe en este caso un derecho indubitado respecto del cual se pueda emplear la acción de protección, ya que se opondría a la presunción de veracidad de los hechos constatados por el inspector del trabajo, quien goza de la calidad de ministro de fe, según dispone el artículo 474 inciso 1°.

La tercera sala de la Corte Suprema revoca la sentencia y rechaza el recurso señalando que

> a diferencia de otras situaciones que le ha correspondido conocer a esta Corte, la recurrida no ha efectuado una interpretación legal destinada a determinar una calificación jurídica de una cláusula de un contrato, o si las actividades desarrolladas por los trabajadores constituyen o no un vínculo de subordinación o dependencia, sino que se ha limitado a cumplir con las funciones específicas que para este caso concreto le confiere el artículo 474 del Código del Trabajo y, en el ejercicio de las mismas, un Inspector del Trabajo se constituyó en el domicilio señalado por el denunciante como su lugar de trabajo, constatando que éste se encontraba laborando en dicho lugar, efectuando faenas de limpieza de viñas y canales (c.6).

Respecto de las facultades de la Inspección agrega la Corte que

> las empleó correctamente, puesto que en la especie constató la efectividad de la denuncia formulada por el trabajador Enrique Escobar Medina y, conforme a lo dispuesto en el artículo 474 del texto legal recién citado y el 23 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del año 1967, del Ministerio del Trabajo, los Inspectores del Trabajo tienen el carácter de ministros de fe, por lo que los hechos por ellos constatados en sus visitas inspectivas, gozan de presunción legal de veracidad (c.7).

Concluye la sentencia indicando que la Inspección no se arrogó facultades jurisdiccionales, sino que sólo se limitó a cumplir la función que la ley le otorga en la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral.

En el mismo sentido tenemos resoluciones a favor de la Inspección del Trabajo en las causas *Roullet con Dirección del Trabajo* acerca de la confección del reglamento interno, de la facilitación de la documentación requerida y de la instalación de cámaras de vídeo para vigilar a los trabajadores; *Ashell English College con Dirección del Trabajo*, sobre trabajadores que pueden estar comprendidos en el proyecto de negociación colectiva; *Cárdenas con Dirección del Trabajo* por no escrituración de contrato, no entregar comprobante de remuneraciones, no llevar registro de asistencia, no declarar oportunamente las cotizaciones y exceder la jornada semanal de 45 horas; *Sakata Seed Chile con Dirección del Trabajo* respecto de la presentación del proyecto de contrato colectivo, y *General Electric con Dirección del Trabajo* por reducción de remuneraciones al ajustar la jornada ordinaria al nuevo límite de 45 horas semanales.

En *Transportes Cruz del Sur con Dirección del Trabajo*, la Inspección sanciona a la empresa por haber efectuado reemplazos de trabajadores en huelga sin cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 381 del Código del Trabajo.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechaza el recurso sosteniendo que

> la huelga de los trabajadores, cuando es ejercida dentro de la normativa legal que la regula, es un derecho fundamental y como tal protegido por la normativa jurídica, al punto que para evitar malas prácticas y equiparar las condiciones de negociación entre los empleadores y trabajadores, la ley entre otras medidas, dispuso en el artículo 381 del Código del Trabajo, la prohibición del reemplazo de éstos en huelga, salvo que la última oferta formulada contemple los elementos indicados en el mismo artículo (c.2).

Añade que la Inspección ha actuado dentro de los límites de sus facultades legales.

La primera sala de la Corte Suprema, por mayoría de los ministros Tapia, Rodríguez, Abeliuk y Barros, confirma la sentencia y, por ende, el rechazo del recurso. El ministro Kokisch estuvo por revocar la resolución y acoger la acción, por estimar que el actuar de la Inspección es ilegal, ya que el artículo 381 sólo prohíbe contratar y no reasignar trabajadores de la empleadora que no participaban en la negociación colectiva y que formaban parte de la planta con anterioridad a dicha negociación.

Concordamos con el criterio de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y de la mayoría de la Corte Suprema, en el sentido de que el derecho de huelga es un derecho fundamental y para que cumpla su objetivo, debe ejercer una presión sobre el empleador que permita al colectivo negociar de igual a igual con el dueño de la empresa. Por ello, el reemplazo no sólo debe estar limitado al máximo sino derechamente prohibido por la ley.

En el mismo sentido falló la primera sala de la Corte Suprema en *Muebles Jouannet con Dirección del Trabajo* y en *Industrias Demobel con Dirección del Trabajo*.

Por el contrario, la cuarta sala de la Corte Suprema defiende una tesis radicalmente distinta en *Baradit con Dirección del Trabajo*, por estimar que la Inspección se ha constituido en comisión especial, excediendo sus atribuciones e invadiendo el ámbito jurisdiccional.

Por último, cabe comentar dos sentencias más. En *Colegio Internacional Antofagasta con Dirección del Trabajo* se discute sobre el término de contrato de una trabajadora con fuero maternal. El recurrente había presentado una reclamación judicial (art. 474 CT) en contra de lo resuelto por la Inspección y la acción de protección se funda en los mismos hechos de la reclamación jurisdiccional.

La cuarta sala de la Corte Suprema acoge el recurso por considerar que la Inspección se ha constituido en comisión especial violentando, además, el derecho de propiedad de la actora por tener que pagar multas y hacer los desembolsos que ha determinado la autoridad administrativa. Por el contrario, esta misma sala, en un caso de práctica desleal denunciada por los trabajadores, *Gormaz y otro con Compañía Minera Escondida Ltda.*, confirma el rechazo del recurso de protección expresando que

> las situaciones que se han denunciado como acciones ilegales y arbitrarias por los recurrentes, fueron denunciadas al Ministerio Público y, por otra parte, conocidas por la Inspección del Trabajo y los tribunales del ramo, de manera que ellas se ubican bajo el imperio del derecho (c.1).

La única similitud entre estas dos causas es que lo decidido en la primera de ellas beneficia al empleador y, en la segunda, también. No se explica el por qué una multa ya reclamada ante el juez del trabajo no implica que el conflicto esté bajo el imperio del derecho.

Finalmente, otra sentencia interesante que preferimos comentar aquí dada sus similitudes con el caso de la Dirección del Trabajo, es *Constructora con FONASA*, donde la Corte Suprema adopta el mismo criterio ya comentado respecto de la Dirección del Trabajo, frente a una fiscalización efectuada por FONASA debido a declaraciones incompletas de cotizaciones, ya que la remuneración imponible real era mayor que la pactada en los contratos respectivos.

El artículo 41 inciso 2° del Código del Trabajo establece que una serie de beneficios no constituyen remuneración (o sea, no cotizan ni se paga impuestos por estas prestaciones), por ejemplo, la asignación de movilización, la de colación y los viáticos. Se trata, en la mayoría de los casos, de sumas de dinero que compensan gastos efectuados por el trabajador por causa del trabajo o pagos indemnizatorios. Estas sumas pagadas que no constituyen remuneración deben ser de monto razonable, ya que, si no, podría haber fraudes que disimulen remuneración para evitar el pago de cotizaciones previsionales y la cancelación de impuestos. O sea, salvo el caso de la indemnización por años de servicio, los montos que recibe el trabajador por estos conceptos son menores que su remuneración. En esta línea, la jurisprudencia administrativa ha sostenido que estos beneficios no remuneratorios deben ser razonables en relación a los costos de mercado; a la jerarquía del trabajador; al ingreso del trabajador y, además, no pueden tener una finalidad diferente a la estatuida por la ley[44].

En este caso se trataba de asignaciones de movilización, de colación y de teléfono de montos abultados (en algunos casos superiores al total de la remuneración) que, en forma evidente, desvirtúan el sentido de la norma del artículo 41 del Código del Trabajo.

La primera sala de la Corte Suprema estima que el recurrido se ha arrogado facultades propias de los tribunales de justicia y se ha convertido en una comisión especial.

Es muy interesante el criterio de la primera sala de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ya que indica, al tenor del artículo 17 de la ley 17322, que los informes emitidos por los institutos de previsión u organismos auxiliares en sus labores fiscalizadoras, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para prueba judicial. Estos inspectores están legalmente habilitados para revisar la contabilidad y la documentación respectiva de los patrones o empleadores, tanto en el domicilio de éstos como en las oficinas de la institución de que se trate, y en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras están investidos de las facultades de los inspectores del trabajo.

La Corte de Puerto Montt, además, señala que llama la atención la cuantía de las asignaciones de movilización, de colación y de teléfono, que en algunos casos superan la remuneración de los trabajadores. Concluye sosteniendo que la acción de protección no es adecuada para resolver esta controversia y que el empleador goza del derecho a reclamo establecido en la misma ley 17322.

Este planteamiento de la Corte de Apelaciones es razonable y adecuado a este caso. La fiscalización de las condiciones de trabajo, de higiene, salud y seguridad en las empresas, efectuada por las autoridades administrativas

44 Melis y Sáez, *op. cit.* en n.28, pp. 594-5.

tiene habilitación legal, revisión judicial y busca asistir a los ciudadanos en el cumplimiento de sus derechos legales y constitucionales. El criterio de la Corte Suprema rompe este esquema y deja a los ciudadanos sujetos la ley del más fuerte, consagrándose la impunidad en el atropello de los derechos y dejándose de aplicar normas legales vigentes en el derecho chileno.

De esta forma, para los que creían que la acción de protección había sido mal utilizada y degradada por la abusiva recurrencia argumentativa al "derecho de propiedad"[45], crítica que compartimos, las cosas podían aún ser peores. La acción de protección es utilizada en materia laboral como un resquicio para transgredir abiertamente la ley y tornar ilusorio el cumplimiento de los derechos constitucionales (a la vida, a la salud, a la protección del trabajo, a la justa retribución, a la libertad sindical, etc.) de los ciudadanos comunes que no tienen un real poder de negociación y cuyo único capital es su trabajo.

Por ejemplo, en el caso del derecho a la vida de los trabajadores, uno de los temas más graves es la cantidad de personas que mueren trabajando en Chile. En estadísticas del año 2004 había más de 116 fallecimientos en el primer semestre[46], o sea más de 20 personas al mes y más de un trabajador cada dos días, encabezando la lista las áreas de construcción y transporte. En cifras del año 2005, nuestro país perdió 3.223.388 días de trabajo por accidentes laborales o enfermedades profesionales[47] y esta materia (higiene y seguridad en el trabajo, art. 184 inc. 3° CT), por cierto, debiera ser fiscalizada por la Dirección del Trabajo. Lamentablemente su labor de fiscalización está gravemente cuestionada por la tesis restrictiva de la Corte Suprema.

A continuación, comentaremos estas sentencias desde la perspectiva de la tesis mayoritaria de la Corte, relativa a los alcances de la labor de fiscalización, a saber, que sólo procede ante ilegalidades claras, precisas y determinadas que no impliquen ni calificar hechos ni interpretar el derecho.

Sobre el particular, cabe precisar desde ya nuestra absoluta disconformidad con este criterio, por las razones que expondremos en los párrafos siguientes[48].

Fundamentos del derecho del trabajo. El derecho del trabajo se basa en la asimétrica posición existente entre empleador y trabajador. Así, la principal característica del derecho laboral ha sido proteger a la parte débil de la relación, el trabajador, quien pone a disposición del empleador su energía laboral en virtud de un contrato de trabajo, el cual tiene componentes que van más

45 Por ejemplo, Peña señalaba que en la acción de protección encontramos una "una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica", *cfr.* Peña, C. "La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno", en Medina C. y Mera J. (eds.) *Sistema Jurídico y Derechos Humanos* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1996), p. 668.

46 Según datos del Servicio de Salud del Ambiente, disponible en www.dt.gob.cl

47 Estadística que puede ser consultada en www.cienciaytrabajo.cl

48 Hemos desarrollado en parte estos argumentos en 2 *Com* 1272ss y en 1 *Com* 801ss.

allá de lo meramente patrimonial. Para numerosos autores el objeto de este contrato implica a la persona del trabajador, tanto por su subordinación al empleador e integración a la empresa, como por su dependencia respecto de la remuneración mensual a fin de subsistir junto a su familia[49].

De todos los elementos del mismo, es sin duda la subordinación el que caracteriza de mejor forma al contrato de trabajo. Mucho se ha escrito sobre la subordinación laboral. Kahn-Freund observa que el derecho

> encubre la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos, que considera concluidos entre iguales[50].

Señala este autor que

> la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente la relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (...). Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por "contrato de trabajo". El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo[51].

Por su parte, Alain Supiot destaca que la relación de trabajo se ha definido como una

> relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo[52].

49 Santoro Passarelli, F. *Nozioni di Diritto del Lavoro* (Nápoles: Jovene, 1963), p. 11.

50 Kahn-Freund, O. *Trabajo y Derecho*, (Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987), pp. 48-49.

51 *Ibid* 52. Este autor precisa que nada hay más confuso en el ámbito de las relaciones laborales que la ambigüedad el término "libertad". Por una parte, al restringirse el poder de dirección del empleador sobre el trabajador se amplía el ámbito de libertad de este último. No obstante, tal legislación liberadora es contemplada por los juristas como una restricción de la libertad, de la "libertad del contrato", en cuanto término utilizado por el Derecho para expresar la sujeción del trabajador al poder del empresario. Agrega Kahn-Freund que "no puede condenarse esta paradoja. El Derecho necesita contemplar las relaciones de subordinación en términos de coordinación, esto es, presentar un acto de sumisión bajo la máscara de un "contrato", porque es a través de esta ficción que las leyes conjuran la pesadilla del 'trabajo forzoso' (...). No debería subestimarse el auténtico alcance la magia verbal." (*Cfr.* pp. 59 y 60). Más adelante advierte: "El peligro comienza si la "libertad de contrato" se configura como un hecho social en vez de como un mero símbolo verbal. En cuanto hecho social, lo que las leyes llaman 'libertad de contrato', en muchas esferas de la vida (no sólo en las relaciones laborales) puede que no sea otra cosa que la libertad de autolimitar la propia libertad o de renunciar a ella. A la inversa, restringir la libertad de contrato de una persona puede ser necesario para proteger su libertad, esto es, para proteger a dicha persona frente a la opresión que, de otro modo, podría verse compelida a imponerse a sí misma mediante un acto de su voluntad, que aunque para la ley es libre, socialmente no lo es. Confundir el aparato conceptual del Derecho con la imagen real de la Sociedad puede producir una visión distorsionada de la relación de trabajo" (p. 61).

52 Supiot, *op. cit.* en n.16, p. 133.

En palabras de este autor, la subordinación es la

> piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra. Y es que este poder subvierte los grandes principios sobre los que reposa el derecho de obligaciones y contratos: principio de igualdad de las partes, y principio de libertad contractual. Allí donde el derecho de obligaciones postula la autonomía de la voluntad individual, el derecho del trabajo organiza la sumisión de la voluntad[53].

Agrega que

> el derecho del trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esta autonomía. Esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente compatibles la subordinación y la libertad[54].

Es así como la tensión entre subordinación y autonomía privada lleva a considerar al trabajador en la empresa como objeto y sujeto del contrato[55]. Lo anterior justifica que esta rama del Derecho se oriente a la tutela de la libertad y personalidad del trabajador, quien se encuentra sujeto a un vínculo que, entre todas las relaciones de contenido patrimonial, coloca a un sujeto bajo dependencia de otro[56]. Como bien señala Verdier, la subordinación jurídica del trabajador implica la existencia de un poder privado de una persona sobre otra, lo que hace necesario proteger los derechos de la persona y la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones de trabajo[57].

En definitiva, lo que caracteriza al derecho del trabajo es que, mientras los demás contratos dicen relación con el haber de las partes, el contrato de trabajo dice relación con el ser del trabajador[58].

La técnica de la vigilancia administrativa de la ejecución del contrato[59]. El derecho laboral ha introducido cambios en las técnicas sancionatorias, estableciendo la vigilancia administrativa en la ejecución del contrato[60]. Se trata de una técnica muy aplicada no sólo en el derecho laboral sino también en el derecho económico.

El derecho laboral reconoce la incapacidad negociadora del trabajador y es por esta razón que interviene el contrato de trabajo, por medio del dirigismo contractual, en base a mínimos legales irrenunciables para el trabajador.

53 *Ibid* 134.

54 *Ibid* 147. Añade Supiot: "En el contrato civil, la voluntad se compromete; en el contrato de trabajo, se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega".

55 *Ibid* 147.

56 Santoro, *op. cit.* en n.49, pp. 11 - 2.

57 Verdier, J. *Droit du Travail*, (París: Dalloz, 1990), p. 8.

58 Santoro Passarelli citado por Ghezzi, G. y Romagnoli, U. *Il Rapporto di Lavoro*, (Bologna: Zanichelli, 1987), p. 1.

59 Gamonal, *op. cit.* en n.2, p. 117.

60 Giugni, G. *Lavoro Lege Contratti* (Bologna: Il Mulino, 1989), pp. 284-5.

Sin embargo, dado el reconocimiento de este desnivel de fuerzas que justifica la intervención legislativa, se hace necesario tutelar que, efectivamente, se cumplan los dictados legales. Para estos efectos, el derecho del trabajo contempla dos mecanismos, a saber: la autotutela colectiva o sindical y la vigilancia administrativa de la ejecución del contrato.

Como es de público conocimiento, el primer mecanismo vinculado a la autotutela sindical es débil en Chile, por la baja tasa de sindicalización y por un marco legal extraordinariamente rígido y restrictivo del fenómeno colectivo. En nuestro país se da un "vacío o carencia sindical"[61] que dificulta gravemente la autonomía de los trabajadores quienes, en el rango colectivo, podrían recuperar su fuerza negociadora perdida a nivel individual.

Por lo tanto, lo que resta es la segunda vía, la tutela administrativa. Ésta se basa en que el desnivel de poder del trabajador se manifiesta no sólo al negociar los términos contractuales, sino durante todo el curso del contrato. Es así que si el trabajador es débil para negociar también lo será frente a las vulneraciones que haga el empleador del estatuto público protector.

Por ello es que el legislador estatuye que la Dirección del Trabajo fiscalizará e interpretará la legislación laboral. Fiscalizar significa en su segunda acepción "criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien"[62].

En la primera implica ejercer el oficio de fiscal[63]. Por su parte, fiscal, en su cuarto significado, supone persona que averigua o delata operaciones ajenas[64]. La labor fiscalizadora comprende de suyo la calificación de hechos y, en el caso de la Dirección del Trabajo, de hechos en relación al estatuto laboral de orden público dispuesto por el legislador. Sin calificación de los hechos no es posible realizar fiscalización alguna.

Por otra parte, la ley permite que la Dirección del Trabajo interprete la legislación laboral. Se trata de una interpretación que, obviamente, no es vinculante para los tribunales de justicia, quienes tienen la última palabra en esta materia. Entonces, cabe preguntarse ¿cuál es el sentido de esta interpretación?

Este tipo de interpretación ha sido denominado "interpretación administrativa" y su sentido es dar coherencia y objetividad a la labor fiscalizadora, de forma tal que el fiscalizado sepa de antemano cuál es la interpretación que tiene el organismo administrativo de tal o cual norma y de esta forma puedan evitarse fiscalizaciones arbitrarias.

La interpretación administrativa ha sido definida como[65]

> aquella que realizan ciertos servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras con el objeto de dar coherencia y uniformidad a la supervigilancia de la aplicación correcta de las normas interpretadas.

61 *Vid.* Gamonal, S. *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales* (Santiago. LexisNexis, 2007), p. 55.
62 *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid. 2001). 63 *Ibid.* 64 *Ibid.*
65 Lizama, L. *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena* (Santiago. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1998), p. 36.

O sea, la[66]

> ley faculta a estos órganos para interpretar la legislación que les corresponde fiscalizar, a fin de que el ejercicio de sus facultades inspectivas sea realizado satisfaciendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley para todos los sujetos fiscalizados.

Sin duda esta interpretación no es obligatoria para el fiscalizado y éste siempre puede recurrir al tribunal del trabajo (art. 474 CT) quien tiene la última palabra en esta materia. Si, por el contrario, se recurre de protección y la Corte la acoge por estimar que la Dirección se ha constituido en una especie de comisión especial, no se resuelve el asunto de fondo, no interviene el juez del trabajo y la Dirección queda inhibida de actuar. ¿Y el trabajador? El trabajador queda sujeto al desnivel de poder que lo perjudica y que justifica todo el sistema expuesto, en consecuencia, queda en la más absoluta desprotección y si recurre al tribunal, aunque venza finalmente, lo más probable es que quede cesante. Esta es la realidad, en un país donde uno de los mayores temores de los chilenos es perder su trabajo. Por tanto, sin que la Dirección fiscalice el trabajador queda a merced del empleador...

Las normas constitucionales implicadas. La Constitución estatuye diversos preceptos que sustentan la labor fiscalizadora. Su instauración responde a los máximos imperativos constitucionales cristalizados en el capítulo I de nuestra Carta Fundamental, en orden a la promoción del bien común y a la defensa de la dignidad de las personas, así como el asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1 CPR).

La fiscalización de la correcta aplicación de la legislación laboral no puede estar a cargo de los Tribunales de Justicia, ya que es mejor que sea efectuada por un organismo técnico especializado, como ocurre en Chile y en casi la totalidad de los países del mundo, sin perjuicio de que esta actuación pueda ser reclamada ante los tribunales de justicia (art. 474 CT).

La Constitución reconoce y asegura diversos derechos cuya concreción depende de esta labor fiscalizadora, como son el derecho a la vida, integridad física y psíquica, la protección del trabajo, la no discriminación, la justa retribución y la libertad sindical.

Por otra parte, el artículo 5° inciso 2° de la Constitución reenvía a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile.

¿Cuáles son esos derechos? Esquemáticamente son los siguientes[67]:

66 *Ibid.*
67 Incluimos en este cuadro a la "declaraciones de derechos" sin perjuicio de que no son en sí un tratado internacional. Sobre su efecto vinculante, la noción de contexto de tratado y la interpretación dinámica, *vid.* Medina, C. "El derecho internacional de los derechos humanos", en Medina y Mera (eds), *op. cit.* en n.45, p. 81 y 128.

NORMA	DECLARACIÓN	TRATADO
Libertad de trabajo y prohibición del trabajo forzoso	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Derecho al trabajo	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Condiciones dignas de trabajo y remuneración	Declaración Universal de Derechos Humanos Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Igualdad y no discriminación laboral	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Derecho al descanso y vacaciones pagadas	Declaración Universal de Derechos Humanos Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Tutela de la maternidad	Declaración Universal de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Libertad sindical (sindicatos y negociación colectiva, incluyendo huelga)	Declaración Universal de Derechos Humanos Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica
Prohibición del trabajo infantil		Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

¿Cómo se concretan estos derechos? El orden público laboral informa con derechos mínimos e irrenunciables a todo el contrato de trabajo, lo que implica que, para velar por su correcta aplicación, la Dirección puede referirse a contenidos contractuales. Otra interpretación conllevaría a que jamás pudiera fiscalizarse, ya que la misma ley exige que haya un contrato de trabajo y, por ende, la tutela laboral se aplica cuando hay un contrato o una prestación de servicios que permita presumirlo, aunque no esté escriturado, y los derechos mínimos legales deberán ser respetados en dicho acuerdo contractual, correspondiendo a la Dirección, por mandato legal, velar por el cumplimiento de los derechos irrenunciables.

La ley no permite a las partes calificar el tipo contractual, artículos 7° y 8° inciso 1° del Código del Trabajo, y esta normativa debe ser fiscalizada por la autoridad administrativa.

La situación desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Para la OIT es de trascendental importancia la labor de las direcciones o inspecciones del trabajo, considerando que mueren anualmente 2,2 millones de personas por enfermedades profesionales y accidentes del trabajo[68]. La OIT señala[69] que el

68 www.ilo.org

69 *Ibid.*

trabajo mata más gente que las guerras. Por lo tanto, el derecho a condiciones de trabajo decente puede ser considerado como un derecho humano fundamental. La inspección del trabajo es uno de los instrumentos esenciales para hacer de este derecho una realidad, y desempeña un papel central en la promoción del cumplimiento de las normas fundamentales de la OIT, sus Convenios y directivas laborales en general. Las inspectorías del trabajo son las autoridades del Estado para muchas actividades relacionadas con el trabajo, incluyendo salud y seguridad, diálogo social, legislación, mecanismos de control de mercado, condiciones laborales, combate al empleo ilegal, VIH/SIDA o trabajo infantil, entre otros. La OIT promueve un Sistema Integrado de Inspección del Trabajo que implica nuevas atribuciones y responsabilidades para la realización de esta tarea.

Agrega este organismo que la administración del trabajo fue definida en el Convenio nro. 150 de la OIT como "actividades de la administración pública en materia de política nacional del trabajo". Es una herramienta clave de la cual pueden disponer los gobiernos para cumplir con sus responsabilidades frente a los temas sociales. Las normas internacionales del trabajo suelen ser llevadas a la práctica a través de políticas y leyes nacionales. Por lo tanto es vital que cada país cuente con un sistema de administración del trabajo viable y activo, que sea responsable por todos los aspectos relacionados con la formulación y aplicación de políticas laborales nacionales. Además de promover los sistemas de administración del trabajo en sus diversas formas, las normas de la OIT fomentan la recolección de estadísticas laborales, de gran valor en la identificación de las necesidades y la formulación de políticas tanto al nivel nacional como al internacional. Las administraciones del trabajo existen en la mayoría de los países del mundo, pero en muchos casos enfrentan dificultades financieras y materiales. El financiamiento adecuado de la administración del trabajo es necesario para mantener y fortalecer esta herramienta tan importante para el desarrollo.

Por último, cabe señalar que casi la totalidad de los países del mundo cuentan con un organismo fiscalizador y que la tendencia es a reforzar esta vigilancia administrativa del contrato de trabajo, por ejemplo, en el 2004 Brasil reclutó 150 inspectores para enfrentar el trabajo forzoso[70], y Turquía ha capacitado a 108 para la lucha contra el trabajo infantil, mientras que en Grecia se ha entrenado a 81 nuevos inspectores. Durante los últimos tres años España aumentó el número de inspectores de 1.500 a casi 2.000, y Letonia espera aumentar su dotación con 39 nuevos puestos en 2007. Como consecuencia del asesinato de dos inspectores del trabajo en 2005, el gobierno de Francia ha lanzado el "Plan Larcher", destinado a abordar la crisis organizacional que afecta a estos servicios, incluyendo reformas estructurales, administrativas, mejoras en la calidad del servicio y contratación de 700 nuevos inspectores hasta 2007.

Por lo tanto, la existencia de una Dirección del Trabajo responde a una política mundial en la materia y no a un capricho de nuestro legislador. La

70 *Ibid.*

OIT tiene sobre el tema el convenio Nº 81 del año 1947[71] (ratificado por 136 países[72])[73]y, en el año 2006, en la 297ª reunión del Consejo de Administración,

71 Otros convenios relacionados son el Nº 150 sobre la administración del trabajo de 1978, el Nº 129 sobre inspección del trabajo (agricultura) de 1969, el Nº 88 sobre el servicio del empleo de 1948, el Nº 122 sobre la política de empleo de 1964, y el Nº 142 sobre desarrollo de los recursos humanos de 1975.

72 Como por ejemplo, Alemania, Australia, Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, España, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Reino Unido, República de Corea, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Uruguay, etc.

73 Este Convenio dispone en sus arts. 3, 12 y 13

Art. 3

1. El sistema de inspección estará encargado de
   a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;
   b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
   c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.
2. Ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y los trabajadores.

Art. 12

1. Los inspectores del trabajo que acrediten debidamente su identidad estarán autorizados
   a) para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección;
   b) para entrar de día en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección; y
   c) para proceder a cualquier prueba, investigación o examen que consideren necesario para cerciorarse de que las disposiciones legales se observan estrictamente y, en particular
      i) para interrogar, solos o ante testigos, al empleador o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales;
      ii) para exigir la presentación de libros, registros u otros documentos que la legislación nacional relativa a las condiciones de trabajo ordene llevar, a fin de comprobar que están de conformidad con las disposiciones legales, y para obtener copias o extractos de los mismos;
      iii) para requerir la colocación de los avisos que exijan las disposiciones legales;
      iv) para tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, con el propósito de analizarlos, siempre que se notifique al empleador o a su representante que las substancias o los materiales han sido tomados o sacados con dicho propósito.
2. Al efectuar una visita de inspección, el inspector deberá notificar su presencia al empleador o a su representante, a menos que considere que dicha notificación pueda perjudicar el éxito de sus funciones.

Art. 13

1. Los inspectores del trabajo estarán facultados para tomar medidas a fin de que se eliminen los defectos observados en la instalación, en el montaje o en los métodos de trabajo que, según ellos, constituyan razonablemente un peligro para la salud o seguridad de los trabajadores.
2. A fin de permitir la adopción de dichas medidas, los inspectores del trabajo estarán facultados, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación nacional, a ordenar o hacer ordenar
   a) las modificaciones en la instalación, dentro de un plazo determinado, que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la salud o seguridad de los trabajadores; o
   b) la adopción de medidas de aplicación inmediata, en caso de peligro inminente para la salud o seguridad de los trabajadores.
3. Cuando el procedimiento prescrito en el párrafo 2 no sea compatible con la práctica administrativa o judicial del Miembro, los inspectores tendrán derecho de dirigirse a la autoridad competente para que ésta ordene lo que haya lugar o adopte medidas de aplicación inmediata.

se discutió acerca de cómo mejorar a escala planetaria la fiscalización de las normas laborales[74].

Las normas legales a considerar[75]. En primer lugar cabe tener presente el artículo 2º, inciso 1º, del Código el cual 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.

Por otra parte, el inciso primero 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 primero a cuarto del artículo 474 establecen

> Las sanciones por infracciones a la legislación 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 420 letra e) 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, previsionales 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

74 www.ilo.org 75 *Vid.* n.1.

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. 1.a, 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. 5.a, b, c DFL 2). Además, la ley confiere la calidad de ministros de fe a los inspectores del trabajo (art. 23 DFL 2 y arts. 218, 313, 474 CT). Por último, cabe señalar que el legislador otorga facultades especiales a la dirección para resolver acerca de la aplicación de diversas normas del Código, de cuya resolución se puede entablar reclamo al tribunal del trabajo respectivo[76].

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[77].

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[78].

Dado lo anterior, podemos concluir que la fiscalización de la legislación laboral es un elemento trascendental del orden público laboral. Para estos

76 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. 77 *Ibid* 182ss. 78 *Ibid* 184ss.

efectos, el legislador tanto en el Código como en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 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 hayan cometido infracciones al ordenamiento laboral.

La importancia de la tesis minoritaria. Es trascendente destacar la tesis de algunas sentencias de la Corte, dándole la razón a la Dirección del Trabajo.

En algunos casos ya comentados se habla de que la Inspección en uso de sus facultades legales verificó la existencia de la infracción y que el fiscalizador goza de la calidad de ministro de fe. Se dice, además, que el legislador otorga al Estado la misión de amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su empleo y se recurre a la finalidad e historia de la ley de algunas enmiendas recientes, como por ejemplo, el caso de la ley 19759 (sobre reducción de jornada) y 19973 (sobre descanso en días feriados).

Se argumenta que en estos casos la Inspección habría actuado constatando hechos concretos de conculcación de una disposición legal o que se habría acreditado la efectividad de una denuncia hecha por el trabajador. No obstante, estos casos son similares a otros donde se ha optado por la tesis que denominamos mayoritaria. No se percibe, en estas causas, situaciones distintas a las ya comentadas. Más bien la Corte opera con un criterio casuístico frente, por ejemplo, a la realidad de que sin la fiscalización adecuada leyes "recientes" del legislador (reducción de jornada y respeto de feriados) quedan en letra muerta dada la carencia de poder negociador de los trabajadores.

Por otra parte, la tesis de la séptima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago reconoce la validez del sistema legal de fiscalización instaurado en la tradición de nuestro derecho y del derecho laboral en general. Expresa que la Inspección no ha actuado fuera de marcos razonables y que la fiscalización conlleva, necesariamente, a recopilar antecedentes de hecho y elaborar un juicio de valor sobre cómo la realidad contractual se ajusta a la norma legal. Finalmente, cabe recordar que esta sentencia alude al artículo 420 del Código del Trabajo exponiendo que

> el mismo legislador, en una secuencia que aparece dotada de toda lógica, entrega a la potestad sancionatoria de la administración el control primero de las infracciones laborales a través de sus órganos de fiscalización, cuya actuación concluye en una eventual aplicación de multa para el caso de incumplirse las instrucciones impartidas, lo cual es reclamable mediante un procedimiento jurisdiccional que, por sus características y especialidad, resulta más apropiado que la acción de protección (c.8).

Las consecuencias fácticas de la tesis mayoritaria. La tesis mayoritaria implica consecuencias importantes para los trabajadores, para el legislador y para el empleador.

Para los trabajadores aumenta enormemente la precariedad laboral y constituye flexibilidad total, ya que el estatuto de orden público que debiera protegerlos queda sin ser fiscalizado y, por ende, el empleador decide si cumple o no con la ley.

Para el legislador es grave en vista a que la tutela laboral se ha elaborado por medio de un triángulo virtuoso: derechos mínimos irrenunciables; fiscalización administrativa del cumplimiento, e intervención jurisdiccional.

En efecto, el poder legislativo ha estatuido todo un código dedicado al tema laboral con el fin de establecer una tutela mínima e irrenunciable a favor del trabajador, dada su situación de debilidad negocial. Con todo, para ser consecuentes con este piso mínimo, se dispone la vigilancia administrativa de la ejecución del contrato, por medio de la Dirección del Trabajo, ya que la debilidad contractual del laborador no sólo se da al momento de pactar el contrato sino durante toda su ejecución. Por último, la actuación administrativa es siempre revisable en sede judicial, por medio del mecanismo consagrado en el artículo 474, por medio del cual el tribunal conoce y resuelve el fondo del asunto. Este sistema tiene la virtud de que en dicho contradictorio las partes son el empleador y la Dirección del Trabajo, estando el trabajador involucrado por vía indirecta, lo que cautela de mejor forma la continuidad de su vínculo laboral.

Con la tesis mayoritaria en comento este triángulo virtuoso se rompe y el mínimo irrenunciable queda entregado a la buena voluntad del empleador o a que el trabajador demande y pierda la fuente de trabajo y de mantención de su familia.

Para el empleador también tiene consecuencias negativas la tesis mayoritaria, ya que si cumple con el ordenamiento jurídico y respeta a sus trabajadores tiene un incentivo perverso para dejar de obrar en este sentido, ya que es posible que su competencia, en forma desleal, disminuya costos transgrediendo las leyes laborales. De esta forma se altera el funcionamiento del mercado, se fomenta la ineficiencia y la competencia desleal e, incluso, el dumping social en nuestras exportaciones.

SEGURIDAD SOCIAL

Cobranza judicial de imposiciones

En el proceso ejecutivo laboral caratulado *AFP con Transportes Fenix* se interpone, por parte de esta última, un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del precepto del artículo 12 de la ley 17322, sobre cobranza judicial de imposiciones, que permite apremiar hasta con quince días de arresto al empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración del trabajador para efectos previsionales.

El recurrente plantea que esta disposición vulnera la libertad personal garantizada en la Constitución y en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, ya que el apremio dispuesto puede sucederse una y otra vez hasta la obtención del pago de lo adeudado, constituyendo una suerte de prisión por deudas. Por otra parte, añade, se transgrede el artículo 19 N° 3° de la Constitución, en el sentido de que no puede presumirse de derecho la responsabilidad penal y, con la referida norma, se estatuye una presunción de derecho de que la empleadora ha deducido de las remuneraciones del trabajador el monto correspondiente para el pago de sus imposiciones por el solo hecho de cancelar total o parcialmente sus remuneraciones.

La AFP plantea, en cuanto al fondo, que el procedimiento estatuido por el artículo 12 es de carácter especialísimo y que persigue el cobro de derechos previsionales que son de propiedad del trabajador, siendo el empleador un mero recaudador de dichos dineros.

Agrega que la omisión de consignar dichos recursos más allá del plazo dispuesto por ley constituye apropiación o distracción de ellos, tipificándose el delito de apropiación indebida del artículo 470 del Código Penal. Por ende, el apremio en cuestión es una consecuencia jurídica propia de la normativa penal.

La Corte rechaza el recurso precisando que

> se está en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, desde el momento que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado, o sea, en la medida que provienen de ella. De ahí que, contrariamente a lo que pudiera sostenerse, cuando el empleador no consigna las sumas descontadas de la remuneración del trabajador, con sus reajustes e intereses y, en razón de ello, se ve compelido a hacerlo a través del apremio personal o arresto, fuerza es concluir que no lo está siendo en virtud del incumplimiento de una supuesta deuda, como si se tratara de una obligación personal derivada del contrato de trabajo ni de un pago de lo debido que, en cuanto tal, no puede sino involucrar bienes propios. Lejos de ello, el apremio se contempla a su respecto en la condición de retenedor o depositario de dineros ajenos que infringe el deber legal de enterarlos en la institución llamada a administrar dichos dineros. Tanto es así que nuestro ordenamiento jurídico consulta el establecimiento de un ilícito penal en la materia, precisamente sustentado en la protección de la propiedad que el trabajador tiene sobre aquellos dineros, que le han sido descontados de su remuneración (c.11).

Por su parte, los ministros Cury y Juica votaron en contra, ya que estuvieron por acoger el recurso por diversas razones.

En este caso no se trataría de una inconstitucionalidad sino de una derogación tácita realizada por el artículo 5° de la Constitución, ya que fue agregado por la ley de reforma constitucional 18825, la cual es posterior a la vigencia de la ley 17322.

En cuanto al fondo y sin perjuicio de considerar el objetivo social que cumple esta normativa, señalan que la ley 17322 estatuye el cumplimiento forzado de la obligación del empleador de declarar y pagar las cotizaciones pre-

visionales de sus trabajadores, obligación que tiene como causa, a lo menos, mediata, el contrato de trabajo. Con todo, este cumplimiento forzado sólo puede afectar, en su cumplimiento civil, bienes del deudor sin importar una afectación de la libertad del obligado.

Agregan que

> no es posible aceptar como justificación de esta gravísima medida de apremio, el hecho de tipificarse el no pago de las imposiciones previsionales como una apropiación o distracción indebida de dinero, puesto que ese juicio de reproche sólo está reservado para decidirse dentro del debido proceso penal en donde deberá demostrarse la imputación criminal del acusado penalmente y la configuración típica del ilícito en cuestión y, en la que, por supuesto, el procesado tendrá todo el derecho a discutir sobre tal asunto (c.9 voto disidente).

Distinguen entre el apremio para la debida aplicación de lo ordenado por la magistratura dentro de un proceso, para efectos de colaboración procesal y con una finalidad correctiva, del apremio derivado del desacato de una norma legal que ordena un pago compulsivo, lo que constituye una prisión por deudas.

Por lo anterior están por acoger el recurso.

Concordamos plenamente con el voto disidente por estimar que la sanción de la apropiación indebida del empleador debe ventilarse en un debido proceso penal y que, para efectos de responsabilidad laboral, está el artículo 162 inciso quinto del Código del Trabajo, que dispone la suspensión relativa del contrato de trabajo mientras el empleador no se coloque al día con las imposiciones adeudadas.

Salud previsional

En *Ripamonti con Isapre* se recurre porque la ISAPRE se ha negado a pagar las bonificaciones correspondientes a hospitalizaciones e intervenciones quirúrgicas que indica. La recurrida sostiene que no debe pagar, ya que la dolencia de la actora es una patología preexistente (del año 1989) no declarada en el año 2003, cuando se celebró el contrato de salud.

La Corte de Apelaciones acoge la acción por estimar que la recurrida no ha acreditado que la hospitalización e intervención quirúrgica sean producto de una enfermedad preexistente. Agrega que una enfermedad puede ser curada y que, sólo excepcionalmente, es incurable, por lo tanto una enfermedad es preexistente solamente cuando existe al momento de celebrar el contrato y se mantiene después. En consecuencia, la ISAPRE al no bonificar las prestaciones ha vulnerado el derecho de propiedad de la actora.

La Corte Suprema confirma la sentencia indicando que no se ha acreditado que la supuesta enfermedad preexistente haya sido diagnosticada médicamente, entendiendo por diagnóstico la calificación que da el médico a la enfermedad según los signos que advierte (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

En otra causa caratulada *Tittarelli con Isapre* la ISAPRE pone término unilateral al contrato del recurrente debido a que habría ocultado una enfermedad preexistente. La Corte Suprema acoge el recurso por entender vulnerado el derecho de propiedad de la actora, indicando que tanto en la ley como en el contrato se le da un tratamiento especial, a saber, que una vez transcurrido cierto lapso a partir de la suscripción del contrato, caduca la exclusión de las prestaciones convenidas para dichas patologías, a menos que la ISAPRE acredite que el beneficiario, a sabiendas, requirió atención médica ocultando la preexistencia a objeto de favorecerse.

En consecuencia, no se contempla el término del contrato en estos casos. Aunque la ISAPRE alega que por cláusula contractual estaba autorizada a poner término al contrato, la Corte interpreta dicha cláusula a favor del recurrente, aplicando el artículo 1566 del Código Civil, en el sentido de que las cláusulas ambiguas dictadas o extendidas por una parte se interpretarán en su contra, lo que se ve reforzado por la legislación de orden público que rige al contrato de salud.

En voto de minoría los ministros Gálvez y Yurac estuvieron por el rechazo por entender que, en este caso, debía primar la autonomía de la voluntad, ya que el artículo 11 del contrato permitía a la ISAPRE a ponerle término en este caso.

En *Israel con Isapre Banmédica S.A.* el criterio es similar al expuesto en estas sentencias respecto de las enfermedades preexistentes.

En *Abodovsky con Isapre* la recurrida ha puesto término, en forma unilateral, a un plan grupal contratado hace numerosos años. Para estos efectos, la ISAPRE invocó la inviabilidad del plan dado que el costo técnico del mismo se ha visto incrementado de modo significativo el último tiempo, especialmente por la cobertura adicional de enfermedades catastróficas.

La tercera sala de la Corte Suprema precisa que el artículo 38 de la ley 18933 es aplicable tanto a los planes individuales como grupales y que, por lo mismo, puede ser enmendado sólo en las hipótesis allí previstas.

La recurrida cita la circular N°51 de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, que explicitaba que el artículo 38 no era aplicable a los planes grupales. No obstante la posterior derogación de esta circular, la ISAPRE la entiende incorporada al plan grupal de salud. La Corte precisa que se trata de una circular y no de una ley y que por su naturaleza tampoco podría contrariar a la ley, especialmente al artículo 38 de la ley 18933.

Agrega que el actuar de la ISAPRE ha violentado la ley del contrato, estatuida en el artículo 1545 del Código Civil. La ISAPRE ha actuado arbitrariamente al poner término al plan grupal sin justificar que haya cesado la calidad

de grupo en cuya virtud fue acordado. De esta forma se vulnera el derecho de propiedad y, además, se podría tornar ilusorio el derecho a la salud.

En el mismo sentido destacamos las sentencias *Paredes con Isapre*, *Larraín con Isapre*, *Vantman con Isapre* y *Jaeger con Isapre*.

Concordamos plenamente con lo decidido en estas causas y, seguramente, mientras no se enmiende el marco legal de las ISAPRES, protegiendo realmente a sus afiliados, estas acciones de protección seguirán prosperando.

Con todo, no podemos dejar de mencionar que, en nuestra opinión, no se trata de un problema de derecho de propiedad, sino del derecho a la protección de la salud el cual, lamentablemente, se encuentra excluido de la enumeración efectuada por el artículo 20. En este contexto, la argumentación de la Corte se vincula al derecho de propiedad como solución a casi todos los conflictos constitucionales, dada su tutela absolutamente desproporcionada en el texto constitucional. Estimamos que la situación es grave, dada las falencias de la acción de protección y que, no obstante compartir la intención protectora de la Corte, quizás sería más conveniente considerar vulnerado el derecho a la integridad física del recurrente, sin ser ésta una solución óptima.

Por otra parte, aunque se trate de un contrato de salud, disentimos, en principio, con la aplicación de la totalidad de las normas de interpretación de los contratos del Código Civil, ya que el contrato de salud es un contrato dirigido por normativa de orden público, dado su carácter de contrato de adhesión[79], por lo que su interpretación debe ser teleológica en clave protectora del afiliado. La doctrina civil ha precisado que los contratos por adhesión deben interpretarse al tenor de dos reglas[80]: la interpretación contra el redactor y la preferencia de la cláusula manuscrita sobre la cláusula impresa. La primera de ellas está contenida en el artículo 1566, inciso 2°, que la Corte aplica efectivamente en una de las sentencias comentadas.

En *Sepúlveda con FONASA* se discute si el recurrente fue o no atendido de urgencia en el Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, para efectos de que FONASA financie dichos gastos como urgencia o emergencia médica. Se trataba de una pérdida de conocimiento por una hemorragia anal sin causa aparente. El actor fue llevado al hospital de Buin sin que la hemorragia cesara por lo que fue trasladado de emergencia al Hospital Barros Luco de Santiago, siendo derivado nuevamente al de Buin sin que se le realizara el procedimiento médico requerido. Más tarde y dado su estado de gravedad, fue nuevamente derivado al Hospital Barros Luco donde no se le examinó y se informó a sus acompañantes que no había medios para ello, ni se contaba con la sangre requerida para una transfusión. Finalmente, fue llevado al Hospital Clínico de la Universidad Católica, donde se dejó un cheque en garantía e ingresó entubado en estado de schok hipovolémico, con anemia grave y riesgo vital. Estuvo siete días en la unidad de cuidados intensivos, se le efectuaron transfusiones y diversos exámenes médicos hasta ser estabilizado y comenzar su recuperación.

79 Para López lo característico de estos contratos es el desequilibrio del poder negociador de los contratantes, *cfr.* López, *op. cit.* en n.6, p. 143.

80 *Ibid*, p. 151.

La recurrida sostiene que la ficha clínica no indica que el recurrente haya ingresado en estado de urgencia o emergencia al referido hospital. La tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso manifestando que la circunstancia de tener el carácter de urgencia o emergencia es un asunto de lato conocimiento.

La tercera sala de la Corte Suprema revoca en apelación y acoge la acción disponiendo que en este caso sí se trataba de una urgencia, agregando que

> el simple sentido común permite discernir que una hemorragia digestiva siempre constituirá una cuestión de urgencia o emergencia (c.7).

Añade la Corte que

> tal como se ha dicho a propósito de otros asuntos similares al presente, la calificación de urgencia o emergencia no puede quedar sujeta a una cuestión de orden puramente burocrático, lo que no es aceptable, porque la urgencia o emergencia siempre será un asunto objetivo y que debe calificarse en cada caso concreto, independientemente de que se extienda o no un certificado o documento que, en tales condiciones, siempre constituirá un trámite de orden secundario o intrascendente (c.8).

Para la Corte el negar este beneficio por parte de FONASA

> alcanza ribetes humanitarios, conduciendo a la grave circunstancia de que personas modestas no puedan acceder al elemental beneficio o derecho a la salud, no obstante estar adscritas al sistema de salud previsional y, en particular, a la entidad conocida como FONASA, precisamente porque la modestia de sus ingresos les impide ingresar al sistema alternativo de salud privado que se implementó a través de las Instituciones de Salud Previsional o ISAPRES (c.9).

La Corte precisa que la negativa de FONASA a concurrir en lo que le corresponda al pago de las prestaciones de urgencia violenta el derecho de propiedad del recurrente. Compartimos esta decisión sin perjuicio de las observaciones hechas respecto del derecho de propiedad.

CONCLUSIONES: EL DERECHO LABORAL EN LA ENCRUCIJADA

El derecho laboral se ha elaborado en base a ciertos principios bastante universales en las distintas legislaciones[81]: el principio de protección, el de irrenunciabilidad, el de estabilidad o continuidad y el de primacía de la realidad.

81 Estos principios o ideas matrices se encuentran presentes en toda la legislación de los países occidentales y en casi todo el mundo, con matices y diferentes denominaciones pero con un contenido esencial estándar.

El derecho del trabajo se ha conformado por medio de un delicado equilibrio entre dos pares de conceptos matrices contrapuestos: individual versus colectivo y heteronomía versus autonomía[82].

Es así que el derecho laboral nace de la primacía de la heteronomía por sobre la autonomía (intervención protectora estatal por sobre la autonomía privada) y primacía del momento colectivo por sobre el individual (sindicatos y negociación colectiva por sobre el acuerdo individual).

En el balance de las sentencias analizadas vemos con preocupación que surge una mayoría de decisiones que abandonan estos principios e ideas matrices, desmantelando la aplicación del Código del Trabajo chileno.

Por ejemplo, en *Beltrán con Comercial Antonio Garrido* la Corte supone que la autonomía privada rige en materia laboral al igual que en el derecho civil y, por ende, si el trabajador no alega por un ius variandi abusivo significa que lo acepta tácitamente.

En materia de compensación de feriado, en *Acevedo con AGFA Ltda.*, la Corte opina que si se vulneran derechos fundamentales del trabajador no es necesario indemnizarlo ya que los referidos derechos no fueron satisfechos in natura en su oportunidad.

La Corte, en una causa de subcontratación, *Campos con Corporación Club Unión Árabe*, prefiere los documentos formales por sobre la realidad de los hechos.

En *Betancur con Sociedad de Inversiones* la Corte desconoce la calidad de ministro de fe de la Inspección del Trabajo y determina que, ante un despido verbal que el empleador ha reconocido en sede administrativa, es el trabajador despedido quien debe cargar con su prueba.

En *Jáuregui con Torres y Compañía Ingeniería y Construcción* la Corte altera, en perjuicio del trabajador, el principio de presunción de inocencia.

En *Muñoz con Laboratorio Clínico*, la Corte expresa que el despido nulo por no pago de imposiciones no es aplicable al caso del despido indirecto, dado el tenor literal del artículo 162 inciso 5°. No obstante, la Corte ha reinterpretado numerosas veces esta norma, en contra de su tenor literal y del espíritu del legislador, por razones de "equidad", siempre en favor del empleador. Sin perjuicio de la reinterpretación efectuada recientemente por la ley 20194.

En *Cerda con Municipalidad* se reinterpreta nuevamente el artículo 162 y se dice que si no se ha pagado la remuneración no se aplica el despido consagrado en dicha norma.

En la causa *Pavez y otros con Alimentos Fruna* la Corte de oficio invalida una sentencia sosteniendo que la indemnización por término de contrato no es acumulable con la de fuero sindical.

82 D' Antona, M. "L'Autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro", *5i Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* (1991) p. 455.

En *Díaz con CINTAC S.A.* la Corte excluye la inclusión del bono de colación en el concepto de remuneración, para efectos del cálculo de la indemnización por años de servicio, en contra del texto expreso del artículo 172 que prima por su especialidad sobre el artículo 41 del Código del Trabajo.

Además, hemos comentado largamente en este trabajo la jurisprudencia del recurso de protección, sobre las facultades de la Dirección del Trabajo.

Por último, cabe referirse a algunas argumentaciones de la Corte basadas en un supuesto "acto propio" del trabajador, que ampararía los criterios civilistas que hemos criticado[83]. No obstante, ni aún desde una óptica civil resulta razonable la aplicación de la doctrina del acto propio.

En efecto, dentro de los presupuestos de la doctrina del acto propio se requiere que la "conducta vinculante" sea relevante, inequívoca, eficaz y manifestada con anterioridad a aquella otra mediante la cual se pretende contradecir[84]. Se debe tratar de actos indubitados, de inequívoca significación, concluyentes en relación al contenido y consecuencias que éstos despliegan[85]. Ekdahl precisa que

> Sólo podrán ser tenidos como "actos propios" aquellos que hayan sido manifestados en forma terminante; ello implica precisamente que el acto en cuestión habrá de conducir de un modo irrebatible a un único significado, siendo susceptible sólo de una interpretación; la conducta no es vinculante cuando puede razonablemente conducir a diversas interpretaciones[86].

Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia precisan que

> al amparo de los actos propios no debe jamás favorecerse la vigencia de una situación anormal[87].

Por lo anterior, no es razonable la aplicación sin mayor fundamento de esta doctrina al derecho del trabajo, sobre todo respecto del trabajador, parte débil de la relación laboral. De esta forma sólo se ampara al empleador incumplidor de las normas de orden público que regulan el contrato de trabajo.

Concluyendo, el balance final es claramente negativo para los trabajadores y para el derecho laboral. El Código del Trabajo queda en "el papel" con esta tendencia jurisprudencial, consagrándose una precariedad decimonónica en el mercado de trabajo chileno.

83 *Cfr.* Tapia, F. "Trabajo subordinado y tutela de los derechos laborales", en *La Subordinación o Dependencia en el Contrato de Trabajo* (Santiago- LexisNexis, 2005), pp. 232ss.
84 Ekdahl, F. *La Doctrina de los Actos Propios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), p. 106.
85 *Ibid.* 86 *Ibid.* 87 *Ibid.*