

81

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Derecho laboral sustantivo

Aspectos esenciales para la labor jurisdiccional

Caterina Guidi
Víctor Riffo

2025

AJ ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE

Caterina Guidi

Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, sus principales áreas de trabajo son el derecho laboral y la seguridad social. Es autora de los libros *Teletrabajo, Trabajo a Distancia y Nuevas Formas de Organización* (2023); *La Tutela de Derechos Fundamentales en el Derecho del Trabajo* (2020) y *Manual del Contrato de Trabajo*, ambos en coautoría con el profesor Sergio Gamonal Contreras (2010-2011-2012-2015); y, de *Bioética, Sida y Derecho del Trabajo* (2012), además de diversos artículos de su especialidad.

Víctor Riffo

Abogado de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, y Juez Titular del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago. Magíster en Derecho Laboral, Universidad Adolfo Ibáñez. Ha realizado labores docentes en programas de capacitación y perfeccionamiento de jueces del Poder Judicial con el equipo del Instituto de Estudios Judiciales desde el año 2016, además de cursos de posgrados para abogados litigantes y jueces a través del mismo IEJ. Asimismo, realiza actividad docente en programas de postgrado en diversas universidades chilenas en el área del Derecho del Trabajo y en la Academia Judicial.



ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE

Derecho laboral sustantivo
MATERIALES DOCENTES 81

© Caterina Guidi y Víctor Riffo, por los textos, 2025
© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2025
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

Edición: Academia Judicial y Tirant lo Blanch
Diseño: Tirant lo Blanch

ISBN: 978-956-6459-21-7

Todos los derechos reservados.

Resumen

Derecho laboral sustantivo. Aspectos esenciales para la labor jurisdiccional, de Caterina Guidi y Víctor Riffo analiza el derecho laboral desde sus principios fundamentales, para luego profundizar en las instituciones del derecho laboral, incluyendo la formalización del contrato y las potestades del empleador, como el poder de dirección, variación, reglamentación y disciplinario, así como las obligaciones de seguridad. Ofrece, a su vez, un análisis detallado de la descentralización productiva, la subcontratación y el suministro de trabajadores, brindando criterios para la imputación de responsabilidades y la identificación de figuras como la unidad económica.

La obra dedica un capítulo a la ciudadanía del trabajador en la empresa, examinando cómo los derechos fundamentales limitan las facultades del empleador. Se abordan en profundidad los conceptos de acoso y violencia en el trabajo, a la luz del Convenio 190 de la OIT y la Ley 21.643 sobre prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual y violencia en el trabajo. Se explican los procedimientos de tutela de derechos fundamentales y la prueba indiciaria, esenciales para resolver conflictos laborales que vulneran derechos fundamentales del trabajador.

Además, el Material Docente examina las causales de terminación del contrato, las formalidades del despido, las indemnizaciones y acciones judiciales asociadas, como el despido indirecto y la nulidad del despido. También cubre las bases del derecho colectivo, incluyendo la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, reconociéndolos como elementos vitales para la defensa de los intereses de los trabajadores. Este texto es un recurso fundamental que dotará a la judicatura de los conocimientos y criterios interpretativos necesarios para una aplicación coherente del derecho laboral sustantivo, contribuyendo así a lograr la mejor respuesta judicial posible.

Contenido

5	Capítulo 1 El derecho del trabajo y la regulación jurídica del trabajo dependiente
35	Capítulo 2 Formalización del contrato de trabajo y descentralización productiva. Potestades del Empleador.
83	Capítulo 3 Constitución laboral y ciudadanía del trabajador en la empresa
136	Capítulo 4 Terminación del contrato de trabajo
191	Capítulo 5 Derecho Colectivo del Trabajo. Nociones básicas
218	Bibliografía
226	Jurisprudencia Citada

Capítulo 1

El derecho del trabajo y la regulación jurídica del trabajo dependiente

La noción de trabajo es heterogénea incluso en tiempos recientes, y puede ser analizada a partir de dos enfoques teóricos distintos. El primero corresponde a la visión neoclásica, que delimita el trabajo al ámbito asalariado y lo concibe como una transacción donde el salario representa un precio. Por otro lado, la perspectiva marxista amplía la definición de trabajo a cualquier actividad relacionada con la generación de riqueza en la sociedad. Finalmente, existe una tercera visión, que integra elementos de las dos anteriores, definiendo el trabajo como un medio para alcanzar la plenitud del hombre y para adquirir los bienes y servicios que le permiten satisfacer sus necesidades materiales.¹

En este contexto, es importante destacar la importancia del trabajo para el desarrollo de la humanidad, ya que, desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, el trabajo cumple un rol de subsistencia individual y familiar, pero también de autorrealización personal. Por ello, la calidad de vida de las personas depende tanto del trabajo.

El trabajador pone sus energías físicas o intelectuales a disposición de otro a través de un contrato que lo incorpora en una organización dirigida por el empleador. En otras palabras, se trata de un trabajo subordinado, donde un individuo está bajo el mando de otro para realizar una labor determinada.² El Derecho ha advertido que esta estructura de la relación laboral sitúa al trabajador en una posición especialmente vulnerable y susceptible a posibles abusos, pues no es normal o común en los contratos que uno de los contratantes esté siempre sometido a una posición hegemónica de otro. Es ante esta realidad jurídica que se alza el derecho del trabajo como una materia especial del Derecho, con sus principios propios y característicos y con una regulación sustantiva particular respecto de su contenido y disponibilidad, de manera de intervenir la relación laboral para resguardar derechos mínimos e irrenunciables.

1 Cristancho (2022: 10).

2 Gamonal (2020a: 4).

Lo anterior ha determinado que, desde sus orígenes, el principal objetivo del derecho del trabajo haya sido proteger al trabajador, ya que parte de la base de que existe una desigualdad en el poder negociador de las partes contratantes, debido a la falta de libertad inicial del trabajador producida por su necesidad de trabajar.

El derecho del trabajo se encarga de regular jurídicamente esta relación particular entre individuos, la cual se caracteriza por las posiciones de poder que en esa relación ocupan las partes. Lo particular de esta dinámica es que el poder siempre será ejercido por la misma parte, el empleador, respecto de la otra, el trabajador. El derecho ha traducido esta relación (como es costumbre en nuestra traducción franco-romana) en un contrato, que se ha denominado contrato de trabajo, siendo su principal elemento (o el más distintivo) la subordinación. En este orden de ideas, existen muchas definiciones de derecho del trabajo, pero todas ellas convergen en dos ideas centrales: la finalidad protectora de esta rama del derecho y el vínculo de subordinación y dependencia que la caracteriza.

Así, Macchiavello señala que “tiene por objeto regular, con principios propios, las relaciones jurídicas, individuales y colectivas que emanan y se generan por el desarrollo de actividades laborativas retribuidas, subordinadas y privadas”.³ Por su parte, como apunta Thayer se trata de “la rama del derecho que, en forma principal, se ocupa de regular tutitivamente la situación de las personas naturales que obligan total o parcialmente su capacidad de trabajo, durante un período de tiempo apreciable, a un empleo señalado por otra persona, jurídica o natural, que remunera los servicios”.⁴

Más recientemente, Lizama y Lizama lo han definido como “la ordenación jurídica del trabajo prestado por cuenta ajena en condiciones de dependencia o subordinación”. Agregan, que “el objeto de su regulación son las relaciones jurídicas —individuales y colectivas— que se establecen entre quienes realizan un trabajo personal, voluntario, retribuido y dependiente por cuenta ajena para otra persona (trabajadores) y quienes lo retribuyen y hacen suyo los resultados de la actividad laboral contratada (empleadores)”.⁵

Analizaremos en esta primera parte los principios del derecho del trabajo, el elemento subordinación característico del contrato de trabajo, la

3 Macchiavello (1986: 45).

4 Thayer, William (1984: 177).

5 Lizama y Lizama (2019: 3).

formalización del contrato de trabajo, las potestades del empleador y algunas formas especiales de relación jurídico laboral (la subcontratación, el suministro de trabajadores y la unidad económica).

1. Los Principios del derecho del trabajo

Desde sus orígenes hasta hoy, la principal función del derecho del trabajo ha sido proteger al trabajador.⁶ En este contexto, “interviene para corregir la desigualdad material de las posiciones de las partes del contrato de trabajo, otorgando una protección a la parte más débil, el trabajador, y esta finalidad marca el contenido más destacado de las normas laborales, como normas de protección de la persona del trabajador”.⁷

Lo anterior se refleja en una regulación especial, autónoma y singular,⁸ con características propias, ya que implica la intervención estatal de la relación laboral subordinada, a través del orden público laboral. Se entiende por tal “una limitación de la autonomía de la voluntad individual, dispuesta por la ley, con miras al interés general”.⁹ Gamonal agrega que el derecho del trabajo es de orden público, ya que tutela el interés general de la sociedad y por la irrenunciabilidad de los derechos que establece.¹⁰

Además, los principios propios de esta materia, al ser inherentes a la misma, no pueden ser considerados como principios generales del derecho; más bien, la singularizan propendiendo al cumplimiento de la finalidad consustancial al derecho laboral. Dicho de otro modo, estos principios permiten distinguir al derecho del trabajo de otras disciplinas jurídicas.

1.1. Concepto y funciones

Para Dworkin, los principios “son estándares que han de ser observados, no porque favorezcan ventajas económicas, políticas o sociales, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.¹¹

6 Véase Gamonal (2020a: 190 y ss.).

7 De la Villa y López (2003: 80).

8 Gamonal (2020a: 55).

9 Rodríguez (1990: 25).

10 Gamonal (2020a: 59).

11 Dworkin (1999: 72).

En palabras de Guastini, y en relación con su carácter singular, los principios del derecho del trabajo son aquellos principios que informan un sector de una disciplina jurídica, en lo que nos concierne, el derecho del trabajo.¹² Han sido definidos como “aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho”.¹³

Américo Plá Rodríguez, por su parte, también los define como “líneas directrices” y, a continuación, menciona sus funciones, agregando “que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar e interpretar las existentes y resolver los casos no previstos”.¹⁴

En este orden de ideas, la función *informativa* de los principios alude a que los mismos constituyen una fuente de inspiración para nuevas normas laborales, siendo habitual que el legislador los tenga a la vista como parte importante de las discusiones legislativas relacionadas con normas laborales. Sin perjuicio de lo anterior, existen múltiples ocasiones en que la regulación laboral se aleja de dichos principios, por decisiones político-legislativas, sin que se pueda dejar de aplicar la norma so pretexto de atentar contra el principio.

Otra de las funciones de los principios del derecho del trabajo es la *normativa*, en cuanto los principios son, también, medios o elementos de integración del derecho, operando como fuentes supletorias para resolver casos ante la ausencia de ley o antinomias. Es importante el carácter supletorio de esta función, o sea, solo resulta aplicable ante la ausencia de una fuente normativa cierta que resuelva el caso concreto.

Finalmente, se menciona la función *interpretadora* de los principios del derecho del trabajo. Esta función implica que los principios se erigen como criterios orientadores para el juez que resuelve el caso laboral como para otros intérpretes,¹⁵ como es la Dirección del Trabajo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 505 del Código del Trabajo.

A continuación, nos referiremos en particular a los principios del derecho del trabajo, siguiendo el orden propuesto por Américo Plá Rodríguez, cuya obra *Los Principios del Derecho del Trabajo*, ha ejercido, sin duda, una considerable influencia en la doctrina y jurisprudencia en

12 Gamonal (2020a: 186).

13 Alonzo (2015: 33).

14 Plá, Américo (2015: 34).

15 Plá, Américo (1998: 22)

esta parte del continente americano, y continúa siendo relevante hasta la actualidad.

1.2. Principio Protector, Pro Trabajador o Tutelar

Según Plá, este principio “se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”.¹⁶

El principio protector es el principal principio del derecho del trabajo, pudiendo verse en los demás principios una suerte de manifestación de esta idea central del derecho laboral, que es la protección de la parte más débil. En la propuesta de Gamonal, la piedra angular o principio fundamental es el de protección, y los demás principios, esto es, el de irrenunciabilidad, continuidad y primacía de la realidad, son considerados reglas desde una perspectiva estructural, según la terminología de Alexy, que complementan y refuerzan la idea protectora.¹⁷ Señala este autor que, junto a este principio, debe contemplarse el principio de libertad sindical, eje del derecho colectivo, y que ambos, están contemplados explícitamente en nuestra Carta Fundamental, específicamente, en los artículos 19 N° 16 párrafo primero y segundo, y 19 N° 19.¹⁸ En palabras de Irureta, la mayoría de estos enunciados no son estrictamente principios, sino técnicas de organización del sistema de fuentes, que se derivan del principio de protección. Además, tienen respaldo en alguna norma legal que los reconoce de manera directa o indirecta, razón por la cual son frecuentemente invocados por la jurisprudencia.¹⁹

Ahora bien, pese a que la regulación laboral pareciera contravenir el principio de igualdad al establecer derechos irrenunciables en favor de solo uno de los contratantes, limitando así la autonomía de la voluntad de las partes; lo cierto, es que su fin último consiste en abordar la desigualdad inherente a la relación laboral. La intervención estatal se torna necesaria para compensar el menor poder negociador de una de las partes, evitando que se vea expuesta a condiciones laborales deficientes y precarias.

¿Puede el derecho del trabajo responder con normas jurídicas que traten a los contratantes como iguales, incluso cuando la regulación

16 Plá (2015: 73).

17 Gamonal (2020a: 188).

18 Gamonal (2020a: 188-189).

19 Irureta (2023: 137).

laboral parte del supuesto de la falta de esa igualdad? Es en este punto donde el principio de igualdad se traduce en la necesidad de que el Estado trate de manera desigual a los desiguales. Asimismo, como otra finalidad del derecho laboral, se garantizan, a través de este enfoque legislativo reflejado en el principio protector, ciertos mínimos sociales que el derecho busca asegurar para todos los miembros de la sociedad. Estos se manifiestan en el ámbito del derecho laboral como derechos irrenunciables y en la protección de garantías fundamentales de los trabajadores. Ninguno de estos aspectos puede quedar sujeto únicamente a la voluntad contractual, especialmente en una relación caracterizada por el desequilibrio de poder entre las partes.

De esta forma, el derecho del trabajo puede ser comprendido desde el principio protector, que, a su vez, se inspira en el principio de igualdad, pese a traducirse en un trato normativo desigual. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la causa ROL N° 2340-12-INA, sostuvo lo que sigue:

La materia que abordamos se enmarca en la regulación del derecho laboral. En este sentido, es necesario recordar que esta rama del derecho se caracteriza por cumplir un rol tuitivo o de protección de los trabajadores (Macchiavello, Guido. *Derecho del Trabajo*. Editorial Fondo de Cultura. Santiago, 1986, p. 53). Esta peculiaridad del derecho del trabajo se funda en el reconocimiento que hace el legislador de una desigualdad económica y de libertad entre las partes que celebran el contrato de trabajo personal y subordinado. Si bien el contrato de trabajo es un acuerdo entre sujetos privados (artículo 7° del Código del Trabajo), es la desigualdad en la capacidad de negociar el mismo lo que motiva a esta rama del derecho a “corregir” la situación de inferioridad del trabajador. En este sentido, su propósito es “limitar” la “subordinación” que tiene lugar en el interior de las empresas, y evitar que se transforme en una fuente de sumisión o sometimiento total, en atención a que el empleador está dotado de poderes económicos, directivos y disciplinarios. A esto se refiere el Código del Trabajo al aludir a “la función social que cumple el trabajo” (artículo 2°, inciso primero, Código del Trabajo); y a lo mismo se refiere al declarar que “las relaciones laborales deberán fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas” (artículo 2°, inciso segundo, Código del Trabajo) y al establecer el deber del Estado de “amparar al trabajador” y “velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios” (artículo 2°, inciso final, Código del Trabajo);

4. Que, al respecto, la doctrina ha señalado que dicho carácter se traduce en el “principio protector”. En el derecho laboral la preocupación central es proteger al trabajador. (En este sentido, véase Gamonal Contreras, Sergio; *Introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Conosur. Santiago, 1998, p.

104, y Plá Rodríguez, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 84.) Este principio inspira todas las normas del derecho del trabajo y debe ser tenido en cuenta en su aplicación. Dicho principio se traduce en una regla hermenéutica según la cual ahí donde existan varias interpretaciones posibles de un precepto, debe preferirse aquella que mayor beneficio reporte al trabajador. También se traduce en el principio de la norma más favorable, que postula que el intérprete debe seleccionar, entre varias normas, aquella que contenga disposiciones más favorables para el trabajador;

5. Que dicho carácter protector es reconocido por la Constitución, pues ésta garantiza la protección del trabajo (artículo 19 N° 16°).

Hechas estas precisiones, a continuación, nos referiremos a los tres subprincipios que son manifestación del principio protector: la regla *in dubio pro operario*, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa.

1.2.1. *In dubio pro operario*

Existen dos manifestaciones de esta regla, a saber: la legal, también conocida como criterio pro operario, y la judicial, denominada *in dubio pro operario*. La manifestación legal implica que es el legislador quien establece normas tendientes a equiparar la desigualdad en la relación laboral entre trabajador y empleador protegiendo al primero. Por otro lado, la manifestación judicial se vincula con la facultad/deber del juez para preferir aquella interpretación de la norma que sea más favorable para al trabajador cuando existan varias interpretaciones posibles.²⁰

En relación al *in dubio pro operario*, las condiciones de su aplicación son las que siguen:

- a. Debe existir una verdadera duda sobre el alcance de la norma legal, esto es, que sea posible interpretar la norma de distintas maneras.
- b. Que la interpretación preferida no esté en pugna con la voluntad del legislador.²¹

Esta regla es una manifestación de la función interpretativa del principio protector, en cuanto permite al juez optar por la interpretación de la norma que mejor se ajuste al principio tutelar en el caso concreto, esto es, aquella que protege de manera más efectiva a la parte trabajadora en la relación laboral. Lo relevante es enfatizar que el *in dubio pro operario*

20 Gamonal (2020a: 193-194).

21 Plá (1998: 87 y ss.).

solo puede ser utilizado frente a una real confrontación de interpretaciones posibles, de manera de no desvirtuar la aplicación normativa, al forzar la existencia de dudas interpretativas donde no las hay o al desvirtuar la norma por considerarla desprotectora. La regla establecida por el legislador es obligatoria para el juez que resuelve la causa, aunque se aleje de la protección inherente al principio.²²

1.2.2. Norma más favorable

Según este criterio, en caso de haber más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable al trabajador, aunque no sea la que hubiere correspondido según los criterios tradicionales sobre la jerarquía de las normas,²³ salvo que exista una ley prohibitiva sobre la materia.²⁴

En la práctica, esto no implicaría derogar la norma de mayor jerarquía, sino aplicar en cada situación la norma que otorga mayor protección, considerándola como la norma preferente. En cada caso particular, se considerará de mejor jerarquía para el derecho del trabajo aquella que mejor exprese la protección del trabajador, siendo esta la finalidad fundamental del derecho laboral. En otras palabras, la formulación de esta regla refleja la aplicación del carácter unilateral del orden público laboral, el cual establece normas mínimas que pueden ser mejoradas a través de un acuerdo individual o colectivo.²⁵

Al aplicar esta regla, se ha discutido sobre si las normas deben ser comparadas en su totalidad o si se pueden seleccionar de cada norma aquellas partes que resulten más favorables al trabajador. La tesis más aceptada es la de la inescindibilidad de los institutos, que sostiene que la comparación entre cuerpos normativos debe realizarse de manera parcial, centrándose en grupos homogéneos de materias de una y otra norma, es decir, entre instituciones.²⁶

22 Por ejemplo, es el caso de la regulación del Suministro de Trabajadores que contempla el Código del Trabajo en los artículos 183-F y siguientes, que establece un contrato de trabajo y un sistema de estabilidad más precario que el general y que en varias normas transgrede principios como la estabilidad en el empleo o el principio protector mismo.

23 Plá (2015: 46).

24 Gamonal (2020a: 200).

25 Gamonal (2020a: 201).

26 Vid. Gamonal (2020a: 201).

En el derecho chileno, esta regla está expresamente reconocida en el artículo 311 del Código del Trabajo,²⁷ que regula la relación y los efectos del instrumento colectivo con respecto al contrato individual de trabajo, así como la forma de modificación del instrumento colectivo. Consagra la inderogabilidad *in peius* de los instrumentos colectivos, en los siguientes términos: “Las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido”.

1.2.3. Condición más beneficiosa.

Esta regla implica que la aplicación de una nueva normativa laboral no puede afectar las condiciones previas más favorables que los trabajadores tenían antes de su promulgación. Por lo tanto, “supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar”.²⁸

Así, la nueva regulación deberá ser respetuosa de esas mejores condiciones, salvo excepciones expresamente establecidas, como serán las normas de orden público que derechamente supriman un beneficio.²⁹

La regla de la condición más beneficiosa ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en lo referente a la indemnización por años de servicio. En el texto original del DL 2200, no se establecía un límite para el número de años “indemnizables”. No obstante, la ley N° 18.018 de 14 de agosto de 1981 introdujo un tope de 5 años. En relación con la regla de la condición más beneficiosa, cabe destacar que el artículo 1° transitorio de dicha ley establecía que los trabajadores contratados antes de su entrada en vigencia seguirían regidos por el DL 2200. Por lo tanto, aquellos contratados antes del 14 de agosto de 1981 no se verían afectados por el límite en el período indemnizable. Posteriormente, la ley N° 19.010 amplió este límite a 11 años, respetando también el derecho de los trabajadores antiguos, en virtud de lo dispuestos en el artículo 7 transitorio del Código del Trabajo.

27 Gamonal (1998: 140).

28 Plá (1998: 108).

29 Gamonal (2020a: 201-202).

1.3. Principio de irrenunciabilidad

Se ha definido la irrenunciabilidad de derechos laborales como la “imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propios”.³⁰

Este principio encuentra manifestación normativa expresa en el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo, que señala que “los derechos laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. Por lo tanto, conforme a esta disposición legal, una vez finalizado el contrato, los derechos laborales ya no subsisten como tales, sino que se transforman en créditos de naturaleza pecuniaria que podrían ser renunciados por su titular.³¹

La irrenunciabilidad de derechos es una de las expresiones más emblemáticas del carácter protector intrínseco al derecho del trabajo. No sería consistente que el derecho del trabajo estableciera mínimos para proteger al trabajador, para después permitir que estas garantías quedaran a merced de la libre “negociación” entre los contratantes, especialmente cuando ya se ha evidenciado la disparidad de poder entre las partes en una relación laboral. En tal caso, la mayoría de los empleadores forzaría a sus trabajadores a renunciar a sus derechos, retrocediendo así a la fase previa al surgimiento del derecho laboral.

La doctrina distingue entre inderogabilidad absoluta y relativa de las normas laborales. La inderogabilidad absoluta significa que la normativa laboral no puede ser modificada en ningún sentido, ya sea para incrementar o reducir la protección del trabajador. En cambio, la inderogabilidad relativa impide la derogación de la norma laboral para disminuir los derechos del trabajador, pero permite aumentar su nivel de protección. Por lo general, las normas laborales se encuadran en esta segunda categoría, al establecer niveles mínimos de protección que pueden ser mejorados en beneficio del trabajador.³²

En este orden de ideas y considerando que el derecho del trabajo busca equilibrar la relación laboral, se interviene el contrato de trabajo mediante normas que establecen mínimos imperativos. Estas normas son, por lo tanto, indisponibles e irrenunciables para el trabajador, incluso de mediar su consentimiento. Este principio está estrechamente vinculado con la noción de orden público laboral, donde las instituciones jurídicas

30 Plá (2015: 117).

31 Sentencia de la Corte Suprema de 22 de agosto de 2002. RDJ T. XCIX. Sec. 3 (2002), p. 186, citada por Irureta (2023: 142).

32 Gamonal (2020a: 205).

creadas por la norma laboral son obligatorias y no pueden ser renunciadas en perjuicio del trabajador, ni aun cuando medie su consentimiento. Así, por ejemplo, incluso si el trabajador consintiera en no tomar vacaciones y que éstas le fueran pagadas por el empleador, dicho acuerdo no sería válido, pues contraviene un derecho irrenunciable y una norma de orden público laboral (artículos 67 y 73 del Código del Trabajo).

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas si se transgrede este principio? Aquellos actos que atenten contra este principio serán declarados nulos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 del Código Civil. En todo caso, por aplicación del principio de continuidad, la nulidad afecta a la cláusula y no al contrato en su totalidad; además, la cláusula anulada será reemplazada por la garantía renunciada de forma ilícita. A su vez, según lo dispuesto en el artículo 17 del Código del Trabajo, los beneficios obtenidos por el empleador mediante la cláusula anulada deben ser retribuidos al trabajador.³³

Este principio se manifiesta a lo largo del Código del Trabajo, por ejemplo, en los límites establecidos para la jornada ordinaria de trabajo, en el tope máximo de horas extraordinarias, en el sueldo mínimo, en el feriado anual, en el derecho al descanso diario, en la normativa sobre tutela de la maternidad, en el deber de seguridad, entre otros aspectos.

1.4. Principio de primacía de la realidad

Se dice que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.”³⁴

Se basa en la posición de inferioridad del trabajador, quien está expuesto a sufrir posibles abusos, ya que el empleador puede evadir con facilidad la normativa protectora mediante aparentes acuerdos formales o sin registrar realmente la forma en que se ejecuta el contrato, como sería imponer el trabajo en horas extraordinarias sin registrarlas u obligando a que se consigne una hora distinta para evadir su pago. La solución a esta vulnerabilidad radica en dar prioridad a los hechos sobre las formas o apariencias.³⁵ En este escenario, el juez debe priorizar la protección de ciertos bienes jurídicos por encima de los simples intereses particulares, desplazando así el respeto a las formalidades de los actos.

33 Gamonal (1998: 170).

34 Plá (2015: 271).

35 Gamonal (2020a: 220).

Este enfoque implica la búsqueda de un equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica, armonizándolos con el principio de plena prueba para prevenir la ruptura del orden legal.³⁶

Ahora bien, cabe destacar que este principio opera exclusivamente en favor del trabajador. Su aplicación no puede justificar el incumplimiento del derecho mediante la invocación de la efectividad de la infracción, ya que quien domina los hechos es el empleador. De lo contrario, se beneficiaría de su propio dolo.³⁷ Por ejemplo, si a pesar de haberse acordado un beneficio, como el pago de un monto específico por concepto de locomoción o colación, dicho beneficio nunca ha sido abonado o dejó de abonarse hace un tiempo considerable, podría pensarse que habría quedado sin efecto en la práctica. Sin embargo, en este escenario, nos enfrentamos más bien a un beneficio que fue acordado pero que no ha sido cumplido, generando así una deuda a favor del trabajador. Dicho de otra forma, el empleador deudor no puede eximirse de su obligación de cumplir con el pacto, incluso si no lo ha cumplido en la práctica durante un periodo prolongado.

Además, este criterio limita con la buena fe. Por consiguiente, el trabajador no puede exigir la aplicación de un contrato celebrado con fines ilícitos, por ejemplo, con fines migratorios o para obtener beneficios de seguridad social.³⁸

Es importante destacar que esto no significa que, en el caso de acuerdos entre las partes, que la declaración realizada no tenga importancia. Aunque el ordenamiento jurídico, en principio, supone que dicha declaración refleja la voluntad real, es posible desvirtuar dicha presunción mediante la demostración de discrepancias entre lo expresado por las partes y su verdadera intención.³⁹

A continuación, haremos referencia a algunos de los casos en que opera este principio.

Sin duda una de las manifestaciones más significativas de este principio dice relación con la presunción de laboralidad o de existencia del contrato de trabajo. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 8 del Código del Trabajo, cualquier servicio que cumpla con los requisitos para configurar un contrato individual de trabajo, en los términos descritos en el artículo 7 del mismo Código, implicará la presunción de existencia de un contrato laboral. En otras palabras,

36 Irureta (2023: 152).

37 Gamonal (2020a: 222).

38 Gamonal (2020a: 222-223).

39 Neves, Javier (2009: 42).

cualquier prestación de servicios remunerada que se realice bajo subordinación y dependencia, hará presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Se privilegia una interpretación realista o pragmática del negocio jurídico-laboral, limitando la simulación de los contratos y “presumiendo *iuris tantum* la existencia del contrato de trabajo, no en razón de lo que las partes digan, sino de lo que las partes hagan”.⁴⁰ Por lo tanto, la naturaleza de este contrato estará determinada por las obligaciones que constituyen su objeto, más que por la denominación que las partes le hayan otorgado.⁴¹

Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel en la causa ROL N° 405-2023 de 31 de octubre de 2023, sostiene lo que sigue:

21°) Pues bien, contrastado lo señalado en los dos considerandos inmediatamente anteriores, queda en claro, sin necesidad de mayores ambages, que los argumentos que presenta el recurso para conformar la causal de nulidad en comento no podrán conducirlo hacia el acogimiento, toda vez que la calificación como relación de trabajo de aquella que ligó a las partes emerge de los hechos asentados por la jueza del mérito, los que, como se dijo, no admiten verse modificados en esta sede, sino que, por el contrario, han de ser el punto de partida o pilar sustancial para que, eventualmente, pudiera llegar a reemplazarse la calificación jurídica acotada por la sentenciadora, circunstancia que, obviamente no es viable a la luz de lo señalado en supra 15°), desde que vienen sostenidos como hechos de la causa que la demandante prestó servicios remunerados, bajo subordinación y dependencia para el demandado, y que fue despedida en forma verbal y sin causa legal, sin que se acreditase el pago de sus cotizaciones previsionales, de salud y de seguro de cesantía. Mención aparte merece lo atinente a la condición migratoria irregular de la actora y la imposibilidad —entiende el recurrente— en que estaba de desempeñarse laboralmente en Chile, por lo que el fallo no pudo resultar condenatorio para el empleador. Sobre el particular, cabe señalar que ello no es cuestión o materia subsumible en un planteamiento de errónea calificación jurídica, sino que concierne a la infracción o no de deberes legales y reglamentarios que vendría aparejada a esa situación precaria del extranjero no autorizado para trabajar formalmente. La lectura de la sentencia deja ver, en cambio, que la sentenciadora, con el mérito de la prueba y del principio de primacía de realidad ínsito en sus reflexiones, se inclina por hacer lugar a la demanda, por haber resultado acreditada la efectividad de una prestación de servicios personales en los términos de los artículos 7° y 8° del Código del Trabajo, circunstancia que desemboca en la

40 Irureta (2023: 153).

41 Irureta (2023: 153-154).

exigibilidad de las obligaciones que pesan sobre sus partes contratantes, esto es, también para el empleador, que es lo que aquí interesa.

Una segunda expresión de este principio se relaciona con el carácter consensual del contrato de trabajo y con la obligación de escrituración de la parte que será deudora del beneficio.

El carácter consensual del contrato de trabajo implica que su escrituración solo se exige por vía de prueba. Esta escrituración se encarga a una de las partes, el empleador, conforme lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del Código del Trabajo. En similar sentido, se impone sobre el empleador la obligación de formalizar los cambios que se produzcan en el contrato de trabajo durante la relación laboral, mediante los denominados anexos de contrato, como regula el artículo 11 del Código del Trabajo.

Esto conlleva el riesgo de intentar presentar como un acuerdo contractual algo que no ha sido realmente pactado por los contratantes o que, en la práctica, se manifiesta de una forma distinta, durante la ejecución del contrato. Así, por ejemplo, si las partes han pactado que la jornada laboral se extiende hasta las 18 horas, pero en la práctica ésta se prolonga solo hasta las 17:30, estos hechos prevalecerán sobre lo expresado en el contrato, siempre que sea en beneficio del trabajador. De igual manera, si las partes han pactado que para el pago de un determinado bono deben cumplirse ciertos requisitos y en la práctica no se han exigido algunos de ellos, esa práctica prevalecerá sobre lo pactado.

La aplicación del principio de primacía de la realidad se suele reflejar en las denominadas cláusulas tácitas y reglas de conducta, las cuales serán abordadas más adelante.

Este principio también se expresa en otras instituciones laborales relevantes, como la subcontratación, destacando en particular la sanción a la denominada “subcontratación impropia”. Esta se refiere a situaciones en las que, a pesar de aparentar ser una subcontratación, en la realidad y en los hechos, lo que ocurre es la intervención de un supuesto contratista que no asume el rol ni la responsabilidad de empleador. En cambio, es el supuesto mandante quien desempeña el papel de empleador.

En relación con los contratos de servicios transitorios, el artículo 183-U del Código del Trabajo establece que los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a los que justifican la contratación de servicios transitorios conforme a lo dispuesto en el artículo 183-Ñ del Código del ramo, o cuyo propósito sea encubrir una relación laboral de carácter permanente con la usuaria, serán considerados como celebrados en fraude a la ley. En tales casos, el trabajador se considerará

como dependiente de la empresa usuaria, y la relación estará sujeta a las normas generales establecidas en la legislación laboral.

La declaración de unidad económica también refleja este principio, ya que, a pesar de que una empresa aparece formalmente como empleador, si varias empresas actúan en la práctica con una dirección laboral común y los productos o servicios que elaboran o prestan son similares o necesariamente complementarios o existe entre ellas un controlador común, todas deben asumir conjuntamente el papel de empleador al momento de la adjudicación de los créditos laborales de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero y siguientes del artículo 3 y en el artículo 507 ambos del Código del Trabajo.

Por su parte, el artículo 507 del Código del Trabajo contempla la posibilidad de sancionar la alteración de la individualidad del empleador. Esto debido a la simulación de contratación de trabajadores mediante terceros o al uso de cualquier subterfugio para ocultar, disfrazar o alterar su individualización o patrimonio. Estas medidas se aplican en aquellos casos en que dichas prácticas tengan como consecuencia eludir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o convencionales en materia laboral o previsional.

También es común observar la práctica de celebrar contratos de trabajo por obra o faena, los cuales finalizan mediante finiquitos, seguidos inmediatamente de la firma de un nuevo contrato de trabajo y otro finiquito, repitiéndose este ciclo. Aunque la relación laboral se presenta constantemente como sujeta a obra o faena, judicialmente es posible determinar que estas formas concuerdan con una relación laboral única y estable mantenida entre las partes. En este contexto, se suele favorecer la calificación del contrato de trabajo como de duración indefinida, declarando el fraude y la ineficacia de los supuestos contratos de trabajo y finiquitos que intentaron fragmentar la continuidad de la relación laboral.

1.5. Principio de continuidad

El derecho laboral busca que las relaciones jurídico-laborales sean estables. Podemos caracterizar el principio de la continuidad laboral, también llamado de permanencia o estabilidad, según Giugni, citado por Gamonal, de la siguiente manera: “Se ha concebido al contrato de trabajo como una relación jurídica indefinida, estable y de larga duración, de jornada completa, de forma tal que implique una carrera del trabajador dentro de la empresa, para lo cual se ha tutelado la continuidad de la

relación laboral, protegiéndola de rupturas e interrupciones y limitando las facultades del empleador de ponerle término”.⁴²

Se trata de un beneficio establecido en favor del trabajador, lo que implica que el empleador no puede invocar este principio en su beneficio. Lo contrario, podría significar, por ejemplo, reconocer que puede oponerse a la renuncia presentada por el trabajador.⁴³ Sin embargo, se ha entendido que cualquier esfuerzo orientado a preservar la estabilidad laboral, brindando seguridad al trabajador, no solo representa un beneficio personal al otorgarle una sensación de tranquilidad, sino que también se traduce en ganancias para la propia empresa y, por extensión, para la sociedad. Esto, porque impulsa el rendimiento laboral y mejora el ambiente social en las relaciones entre ambas partes contratantes.⁴⁴

Algunas de sus manifestaciones concretas son las que siguen:

1.5.1. *Tipología contractual*

El Derecho prefiere y promueve, incluso normativamente, los contratos de trabajo indefinidos por sobre figuras temporales, pues el trabajador siempre dependerá de la contraprestación por la prestación de servicios para su subsistencia y la de su familia. Esta preferencia establece a las relaciones laborales estables como un punto central en prácticamente toda la normativa laboral.

Dentro de los contratos de trabajo regulados en el Código del Trabajo, cuando se analizan desde el punto de vista de su temporalidad o duración, se consideran como excepcionales los contratos a plazo y por obra o faena. Para establecer y validar esta temporalidad, se imponen determinadas condiciones, según lo dispuesto en los artículos 159 N° 4 y N° 5, así como en el artículo 10 bis.⁴⁵ Lo anterior implica que, en caso de no cumplirse o excederse estos requisitos, el contrato se entenderá

42 Gamonal (2020a: 208).

43 Irureta (2023: 166).

44 Plá (1998: 216).

45 El artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo indica: “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: 4.- Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.

El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un periodo de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida.

como de duración indefinida, evidenciando así la preferencia de la norma laboral por esta tipología contractual por defecto.

En este contexto, si nada se dice en el contrato, se presume que se trata de un contrato de duración indefinida.⁴⁶

1.5.2. Manifestaciones en la ejecución del contrato

Durante la vigencia del contrato de trabajo, que es consensual y de tracto sucesivo, se producirán modificaciones contractuales que el empleador deberá registrar en los anexos de contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Código del Trabajo. Es importante destacar que estas modificaciones no implican la extinción del contrato por novación, sino únicamente la modificación de ciertos aspectos que, aunque puedan ser muy relevantes, como las funciones a desempeñar por el trabajador o su remuneración, no darán por terminada la relación laboral, la cual continúa.

Incluso puede cambiar la figura o la persona que actúa como empleador, sin que ello implique el término del contrato de trabajo ni afecte la subsistencia de los derechos y obligaciones asociados a este, como sucede en el caso de la continuidad legal de la empresa según lo establecido en el inciso segundo del artículo 4 del Código del Trabajo o en caso de muerte del empleador. En este último escenario, el contrato de trabajo no se extingue, sino que continúa ahora con la sucesión de herederos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159 N° 3 y 148 del Código del ramo.

Tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años.

El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo”.

El inciso 3° del artículo 10 bis del Código del Trabajo señala: “No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia en caso de controversia”.

⁴⁶ Plá (1998: 227).

1.5.3. Implicancias al término de la relación laboral.

En esta etapa del íter contractual, el principio de continuidad se manifiesta en la mantención del contrato de trabajo pese a incumplimientos y nulidades. Así, si una cláusula del contrato es nula, será reemplazada por otra que cumpla con la normativa infringida. Este criterio está plasmado en los artículos 54 bis y 183-Q del Código del Trabajo. A su vez, en casos de infracciones por parte del empleador, el contrato generalmente permanecerá vigente, conservando el trabajador el derecho a reclamar los beneficios adeudados, como se ejemplifica en el artículo 17 del Código del Trabajo.⁴⁷ En nuestra legislación, existen situaciones en las cuales la sanción por el incumplimiento del empleador se limita a multas o indemnizaciones, sin que conlleve la extinción del contrato, como se observa en los artículos 9 y 58 del Código del Trabajo.⁴⁸

Por su parte, determinadas interrupciones en el cumplimiento de la obligación de prestar servicios personales por parte del trabajador no producen el efecto de poner término a la relación de trabajo, sino que se interpretan como suspensiones durante las cuales el contrato se mantiene. Tal es el caso de la huelga, del feriado legal, de los permisos relacionados con la maternidad y paternidad, del cumplimiento de obligaciones militares, entre otras.

Una de las expresiones más destacadas de este principio es la monopolización de las causales de despido impuesta por el legislador. Únicamente la ley puede establecer estas causales, sin que las partes puedan pactar causales de término distintas a las contempladas legalmente. Además, se exige la acreditación de los hechos que justifican la invocación de una causal de despido específica.

De esta forma, solo será posible terminar el contrato de trabajo en alguna de las hipótesis previstas por el legislador, sancionándose como injustificado el despido en que no invoque alguna de esas causales o no logre acreditarlas en el juicio.

No obstante, la estabilidad en el empleo en nuestro país es relativa, ya que la sanción al despido injustificado, esto es, a aquel que se lleva a cabo sin causal que lo valide, no es la restitución del trabajo, sino un recargo/sanción que se calcula sobre la indemnización por años de servicios (como se detallará más adelante). En la práctica, esto conlleva a

47 Gamonal (2020a: 216-217).

48 Irureta (2023: 172).

la pérdida del empleo, incluso si el empleador no ejecuta el despido en alguna de las hipótesis en que el legislador lo autoriza.

1.6. Otros principios: buena fe y no discriminación

El principio de buena fe es un principio general del derecho que cobra especial relevancia en el ámbito del derecho del trabajo, especialmente debido a la posición de poder privilegiada que una de las partes ostenta respecto de la otra. Esta asimetría puede dar lugar a diversos abusos en caso de que el contrato no se ejecute de buena fe.

Es importante destacar que el contratante que incumple la legislación laboral obligatoria no puede alegar mala fe, como ocurre cuando un empleador intenta defenderse en demandas de reconocimiento de relación laboral argumentando que el demandante, supuesto trabajador, actuó de mala fe al firmar un contrato a honorarios que ahora pretende desconocer. Pesa sobre el empleador la obligación de calificar la relación subordinada como una relación laboral, sujeta a la normativa especial que la rige, de manera que estaría intentando justificar su incumplimiento normativo o desconocimiento de la ley.

El principio de la no discriminación está regulado normativamente a propósito de las garantías fundamentales de los trabajadores, especialmente protegidas a través de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales. Será en esa sección de este material docente donde se abordará este principio.

2. La relación de trabajo bajo dependencia y subordinación

2.1. Elementos del contrato de trabajo. Presunción de laboralidad o de existencia del contrato

El artículo 7 del Código del Trabajo define contrato individual de trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, el trabajador a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y el empleador a pagar por estos servicios una remuneración determinada. Por consiguiente, no todo trabajo quedará regulado por el Código del Trabajo. Como se evidencia en esta definición legal, el ámbito del derecho del trabajo abarca específicamente el trabajo subordinado.

Este concepto de contrato de trabajo implica que sus elementos esenciales incluyen: un acuerdo de voluntades entre las partes, la obligación

del trabajador de prestar servicios personales, la obligación del empleador de pagar una remuneración determinada, y la subordinación y dependencia bajo la cual se prestan los servicios.

Por su parte, el inciso primero del artículo 8 del Código del Trabajo contempla una presunción de laboralidad o de existencia del contrato de trabajo. Este inciso señala que cualquier prestación de servicios conforme a los términos descritos en el artículo 7 hará presumir la existencia de un contrato de trabajo. En consecuencia, si están presentes los elementos esenciales del contrato laboral, se presumirá la existencia de un contrato de trabajo, incluso si las partes han utilizado otra denominación o han suscrito un contrato de diferente índole (por ejemplo, un contrato de honorarios o de arrendamiento de servicios). En otras palabras, cuando se trata de un trabajo subordinado, las partes no tienen la autonomía para clasificarlo como una relación civil. Esta disposición es parte del orden público laboral, ya que la tipología contractual está fuera de la voluntad de las partes.⁴⁹

En este contexto, la doctrina ha señalado que cuando empleador y trabajador establecen un contrato a honorarios que contraviene el orden público laboral, la invocación de la doctrina del acto propio carece de fundamento. Esto se debe a que el derecho irrenunciable por excelencia en el ámbito laboral consiste en que la calificación de una relación como laboral debe cumplir con los requisitos legales correspondientes.⁵⁰ La doctrina del acto propio resulta inaplicable en estas circunstancias, ya que el empleador es el principal responsable de la calificación laboral de la relación y, por lo tanto, no hay una conducta contradictoria por parte del trabajador (es decir, no existe una pretensión del trabajador que contradiga una acción previamente realizada por él), ni tampoco se evidencia una conducta de mala fe —como ya sostuvimos al abordar este principio—, ya que la calificación laboral de un contrato responde a los criterios objetivos contemplados en los artículos 7° y 8° del Código del Trabajo.⁵¹

En relación con este tema, la Corte Suprema, en el considerando quinto de la sentencia dictada en la causa ROL N° 18304-2017, con fecha 12 de abril de 2018, sostiene que la teoría de los actos propios únicamente podría ser aplicada en beneficio del trabajador. Los términos en los que se establece lo anterior son los siguientes:

49 Gamonal (2021: 21).

50 Sierra (2010: 143).

51 Sierra (2010: 145).

Corresponde dirimir la diferencia interpretativa en la aplicación de la teoría de los actos propios en desmedro de los derechos del trabajador sin que exista una manifestación expresa de su voluntad en torno a aceptar un cambio en las condiciones del contrato de trabajo escrito y explícito. La teoría de los actos propios que ha justificado el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por el demandante se justifica en acreditarse una conducta constante y persistente que impide luego desdecirse o sorprender a quien se ha beneficiado durante ese tiempo prolongado por los actos del contratante que, en forma sorpresiva e intempestiva, cambia su conducta, trastocando lo ocurrido con anterioridad en perjuicio de la otra parte. Se trata de una teoría cuyo origen se encuentra en el derecho privado aplicable en relaciones al menos en forma relativa equilibradas o, en otros términos, sin una asimetría significativa entre las partes, lo que no es el caso en materia laboral. El legislador laboral, por lo mismo, ha establecido resguardos que impidan los abusos de los empleadores quienes al encontrarse en una posición superior pueden establecer condiciones o exigencias leoninas contra el trabajador, a quien debemos considerar la parte débil de la relación contractual. Por lo mismo, el empleador que proponga modificaciones al contrato de trabajo debe someterse en forma estricta a las formalidades que permiten el respeto de los derechos de los trabajadores, sin que pueda asilarse en una teoría, como la de los actos propios, que se prevé para legitimar una conducta persistente en el derecho de los contratos sin que pueda aplicarse en desmedro de la parte débil de una relación contractual. En caso contrario, al encontrarse sometido a quien detenta esa supremacía, se podría dar lugar a ingentes abusos ante el temor del trabajador de verse expuesto a represalias. De ahí que deba concluirse que las modificaciones que atañen al contrato de trabajo no pueden extraerse de un supuesto consentimiento tácito derivado de una conducta negativa o pasiva del trabajador. Esa voluntad tácita en la aquiescencia para la celebración del contrato o para su modificación debe ser inequívoca, sin que pueda admitir otra salida hermenéutica, lo que no puede fundarse en una conducta del trabajador inactiva. No debe, en conclusión, aceptarse la teoría de los actos propios contra los derechos del trabajador, sino sólo a su favor, atendida la naturaleza de la relación laboral y la necesaria protección que debe prodigarse al mismo.⁵²

Cabe precisar que la sentencia que reconoce una relación laboral informal tiene carácter declarativo, es decir, su propósito fundamental es simplemente declarar la existencia de un derecho. Lo anterior implica que resulta aplicable la sanción de “nulidad del despido”, aspecto que revisaremos más adelante.

⁵² *Medina con Garmendia Marcus S.A.* (2018): Corte Suprema 12 de abril de 2018.

Así, se desprende del siguiente fallo de la Corte Suprema que rechaza un recurso de unificación de jurisprudencia, en los siguientes términos:

Quinto: Que las sentencias reseñadas en el considerando precedente dan cuenta que, en algún momento existieron distintas interpretaciones respecto de la materia indicada, la que se encuentra unificada con un criterio asentado, expresado en la sentencia ROL N° 8.318-2014, que ha sido ratificado en los Roles N° 5.376-2018 y 24.582-2020, y más recientemente en la ROL N° 42.352-2020, sosteniéndose sin variación que “la cotización previsional es un gravamen que pesa sobre las remuneraciones de los trabajadores, que es descontado por el empleador con la finalidad de ser enterado ante el órgano previsional al que se encuentren afiliados sus dependientes, junto con el aporte al seguro de cesantía, dentro del plazo que fija la ley. De tal manera que “la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley y que se presume de todos conocida”, de modo que las remuneraciones siempre revistieron dicho carácter, lo que lleva a que el empleador debe hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales respectivos y al no cumplir con esta exigencia se hace acreedor de la sanción establecida en los artículos 162, incisos 5°, 6° y 7° del Código del Trabajo. Añadiendo que la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral entre las partes no es de naturaleza constitutiva sino declarativa, sólo constata una situación preexistente, en consecuencia, la obligación, se encontraba vigente desde que comenzaron a pagarse las remuneraciones por parte del empleador, esto es, desde la fecha en que las partes la constituyeron. Cosa distinta es que una de ellas se resista a dar cumplimiento a las prestaciones que de esa relación laboral se desprenden por lo que si el empleador no dio cumplimiento a la obligación establecida en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, corresponde aplicarle la sanción que la misma contempla.⁵³

2.2. Concepto de subordinación y dependencia

Según Macchiavello consiste en la sujeción personal del trabajador, durante la ejecución de su actividad laborativa, dentro de la organización técnico-productiva de la empresa. Esta vinculación implica que se somete a las directrices, normas y disciplina del empleador, con el propósito de dirigir su acción únicamente hacia las tareas específicas que le señala éste, en virtud de sus poderes técnico-empresariales.⁵⁴ En otras palabras, se materializa en la facultad o poder del empleador para

⁵³ *Bustos con Penta Vida CIA* (2023): Corte Suprema 06 de septiembre de 2023, (unificación de jurisprudencia) ROL 182.641-2023.

⁵⁴ Macchiavello (1986: 174).

especificar el qué, el cómo, el dónde y el cuándo de la prestación de servicios.⁵⁵

La dogmática laboral sostiene que este poder privado de una persona sobre otra hace necesaria la protección de los derechos individuales, así como la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones laborales.⁵⁶

Los componentes esenciales de la subordinación incluyen la dependencia personal y la inserción del trabajador en la estructura de la empresa. La dependencia personal implica que el trabajador está sujeto al poder directivo del empleador en lo que respecta al lugar de trabajo, el tiempo y la modalidad de la prestación laboral. Por su parte, la inserción se manifiesta en el uso de los medios e instrumentos proporcionados por el empleador y en la inserción de la labor del trabajador en la organización de la empresa.⁵⁷

2.3. Índices de subordinación y dependencia

La aplicación del método tipológico ha llevado a conceptualizar la subordinación como un tipo normativo que describe de manera abierta y aproximada una condición específica que debe coincidir con los hechos a ser evaluados. Esto se logra mediante un juicio de semejanza entre el tipo normativo y la situación fáctica correspondiente.⁵⁸

La determinación jurisprudencial de la subordinación se fundamenta en un conjunto de indicios. Estos indicios son identificados como elementos o factores que reflejan la posición de dependencia (jurídica) del trabajador frente al empleador, y su concurrencia posibilita, a través del método tipológico, categorizar el vínculo jurídico como laboral.⁵⁹

Según la doctrina, los índices utilizados por nuestra jurisprudencia judicial y administrativa pueden sistematizarse de la siguiente manera:

- a. Obligaciones de puesta a disposición o indicios de dependencia: Control de asistencia, cumplimiento de horario o jornada de trabajo, cumplimiento de instrucciones y órdenes, permanencia en las instalaciones de la empresa, continuidad en la prestación de los servicios, necesidad de autorización para ausentarse de las

55 Galiana (1978: 32).

56 Verdier (1990: 8).

57 Wank (2000: 336).

58 Ugarte (2008: 5).

59 Palma (2000: 94-95).

- labores, estar a disposición del empleador, utilización de signos corporativos y dedicación exclusiva en la prestación de servicios.
- b. Obligaciones o indicios de fiscalización: Supervisión directa, dependencia jerárquica, rendición de cuentas, vigilancia por parte del empleador, dirección y control laboral, así como sujeción al régimen disciplinario.⁶⁰

El rápido avance de las nuevas tecnologías ha hecho posible la supervigilancia remota, lo que ha generado la atenuación, en ciertos casos, de los tradicionales índices de subordinación frente a relaciones laborales subordinadas a distancia.⁶¹

En este sentido, la doctrina precisa que la noción “física” de subordinación, centrada en los aspectos materiales o físicos de la relación, basada en el modelo fordista de producción en unidades cerradas, físicamente integradas y bajo el control directo del empleador, se complementa con una noción “funcional” de control y dominio productivo.⁶² Esta última se ajusta de manera más adecuada a las nuevas tecnologías, las empresas flexibles y la sociedad del conocimiento.

La jurisprudencia judicial ha interpretado que la supervisión física es solo un aspecto del poder de dirección del empleador. En el contexto del teletrabajo, renunciar a la supervisión física no implica una disminución de la autoridad del empleador, sino más bien una concentración de dicho poder. El trabajador se centra en cumplir su función relacionada con el negocio del empleador, mientras que este último sigue controlando el proceso productivo y asumiendo el riesgo empresarial.⁶³ Lo anterior en un caso de una periodista que prestaba servicios desde su casa o cualquier otro lugar, en el que la empresa ejercía control mediante la incorporación en su equipo de trabajo, reuniones de coordinación y órdenes sobre la forma de desarrollar su trabajo vía correo electrónico.⁶⁴

Se ha acuñado el término “dependencia tecnológica o digital” para describir el vínculo laboral de aquellos que prestan servi-

60 Gamonal y Guidi (2015: 50-51).

61 Guidi (2023: 41).

62 Ugarte (2004a: 54).

63 *Cabezas Keller con Ochenta Veinte Consultora Estratégica Ltda.* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago 22 de mayo de 2012 (recurso de nulidad), ROL N° 1037-2011.

64 Guidi (2023: 42).

cios a través de plataformas digitales. Este concepto se adapta a las nuevas realidades del trabajo subordinado mediante tecnologías de la información y telecomunicaciones, como el trabajo a distancia, teletrabajo o trabajo telemático, consideradas formas atípicas de empleo, en comparación con la noción tradicional de “dependencia industrial” propia del derecho laboral clásico.⁶⁵

Considerando lo mencionado anteriormente y en relación con el trabajo a distancia, el teletrabajo y el trabajo a través de plataformas digitales, Gamonal refiere un tercer grupo de indicios, a saber:

- c. Obligación o indicios de coordinación: Implementación de un marco disciplinario, supervisión directa y control total sobre la planificación y método de producción, ajenidad y exclusividad en la prestación de servicios.⁶⁶

Un par de salvedades finales acerca de estos índices: su evaluación debe llevarse a cabo de manera específica para el caso concreto, y no es requisito que todos los indicios estén presentes; basta con que haya un número adecuado y suficiente (uno o más) para que el juzgador adquiera la convicción necesaria sobre la existencia de subordinación.

La noción de subordinación enfrenta constantes críticas de la doctrina, planteándose como un criterio cuestionado para diferenciar entre el trabajo protegido y el autónomo, así como para unificar el régimen de trabajo subordinado. Se señala la existencia de áreas grises, como en el caso de los peluqueros, y la falta de idoneidad de la subordinación como criterio distintivo entre el trabajo protegido y desprotegido, abarcando desde el gerente general hasta aquellos con funciones más simples y menos remuneradas dentro de una empresa. Sin embargo, continúa siendo el criterio más idóneo para tipificar el contrato de trabajo.⁶⁷

2.4. Principio de ajenidad

De acuerdo con el principio de ajenidad que caracteriza la relación laboral, los trabajadores prestan servicios “por cuenta de otro” o “por cuenta ajena”. Esto implica que son simplemente una de las partes del contrato de trabajo. En consecuencia, tienen el derecho a una remuneración y la obligación correlativa de prestar servicios. A su vez, el em-

65 Castro (2020: 111).

66 Gamonal (2021: 27).

67 Gamonal y Guidi (2015: 52).

pleador está obligado a pagar las remuneraciones correspondientes y a tomar medidas para garantizar un entorno propicio para el normal desarrollo de las funciones asignadas. Cabe destacar que, según la Dirección del Trabajo, es el empleador quien asume el riesgo de la empresa, es decir, el resultado económico favorable, desfavorable o adverso de su gestión (Dictamen N° 8.177-331, de 18.12.1995). En este contexto, este principio establece una interdependencia entre trabajadores y empleadores, donde los trabajadores prestan sus servicios “por cuenta de otro” y tienen derecho a remuneración, mientras que el empleador, como responsable del riesgo empresarial, se compromete a pagar las remuneraciones y a proteger el adecuado desempeño de las labores encomendadas.

Según afirman Lizama y Lizama, este principio se deriva del concepto legal de empleador contemplado en el artículo 3° del Código del Trabajo.⁶⁸ Destacan que la ajenidad en la prestación de servicios abarca diversos aspectos. En primer lugar, se menciona la ajenidad en los riesgos, ya que el trabajador se encuentra apartado de la fortuna de la empresa. Además, se aborda la ajenidad en los medios de producción, subrayando que el empleador ostenta la propiedad de dichos medios. Asimismo, se destaca la ajenidad en los frutos, evidenciando que el trabajador no es el propietario del resultado de su labor. Por último, se enfatiza en la ajenidad en el mercado, señalando que al trabajador no se le permite ofrecer directamente sus servicios a los clientes.⁶⁹

En este mismo orden de ideas, en el decimoquinto considerando de la sentencia de reemplazo en recurso de unificación de jurisprudencia ROL N° 3687-2013, se señala lo siguiente:

“[...] a la luz de la discusión introducida por la demandante, preciso es traer a colación otro de los elementos de la esencia de toda relación laboral e implícita en la misma, esto es, la ajenidad. Con ello se apunta a que el trabajo personal debe verificarse por cuenta de otro; constituye un atributo primordial del trabajo regulado, que los frutos, entendidos como la utilidad patrimonial del trabajo que origina la labor, pertenezcan a un sujeto diverso del trabajador, se expresa en el hecho que el riesgo de la empresa lo asume el empleador, es este quien incorpora al mercado los frutos del trabajo y percibe directamente su beneficio. Se trata entonces, según diversos autores, de una triple vertiente de la ajenidad: la ajenidad en los frutos, en el mercado y en los riesgos. Por otra parte, la subordinación y dependencia, como conceptos abstractos se encuentran presentes en relaciones civiles, mercantiles

68 Lizama y Lizama (2020: 18).

69 Lizama y Lizama (2020: 10-11).

y laborales; sin embargo, la ajenidad aparece como elemento dilucidador de los conflictos que surgen sobre la materia, pero siempre unido a la idea de dependencia jurídica. Siguiendo a los autores, la ajenidad se centra en el destino del trabajo y la dependencia, en la ejecución misma de la actividad, que supone la capacidad del otro —patrón— de apropiarse de los frutos que la actividad del trabajador produce, bajo una potestad que reglamenta la ejecución de los servicios. Conforme a lo expuesto, la ajenidad y la dependencia constituyen elementos delimitadores de aquellas prestaciones de servicios efectuadas en el marco de la laboralidad y que permiten distinguirlas de otras, sea para incluir ciertas actividades de índole laboral que se encubren a través de relaciones civiles o comerciales, con la finalidad de abstraerse de la protección del derecho del trabajo o bien para excluir aquellas que escapan al ámbito del mismo”.⁷⁰

3. Los indicios de la dependencia o subordinación en la doctrina y jurisprudencia administrativa y judicial

Se solicitó a la Dirección del Trabajo que emitiera un pronunciamiento respecto de la naturaleza del vínculo jurídico existente entre personal administrativo contratado para apoyar a un académico a cargo de un proyecto de investigación universitaria. Además, se solicitó aclarar si se podía considerar a la Universidad donde se desarrollaba el proyecto de investigación, como un tercero ajeno a dicho vínculo.

La Dirección del Trabajo resolvió que no podía realizar una calificación genérica o abstracta del vínculo jurídico entre los académicos investigadores y los ayudantes de investigación, así como tampoco respecto a la relación de estos con la Universidad que respaldaba el proyecto, porque la determinación del vínculo de subordinación y dependencia que define la existencia de una relación de carácter laboral requiere un análisis específico, que debe llevarse a cabo considerando las particularidades y características de cada situación en particular.

Durante su pronunciamiento, también abordó los elementos fácticos que permitirían identificar una relación laboral. En este sentido sostuvo lo siguiente:

El vínculo de subordinación y dependencia se materializa cuando concurren diversas manifestaciones o elementos fácticos determinantes, tales como:

⁷⁰ *Gomila con Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones Gomila Ltda.* (2013): Corte Suprema 24 de septiembre de 2013, (sentencia de nulidad que reemplaza en unificación de jurisprudencia) ROL N° 3687-2013.

La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.

La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.

La obligación del trabajador de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.

La obligación del trabajador de realizar el trabajo según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.

Por último, que las labores, permanencia y vida en el establecimiento durante la jornada de trabajo, se sujeten a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.⁷¹

Por su parte, la justicia chilena ha debido resolver varias demandas laborales contra empresas de plataformas digitales. La cuestión de fondo ha consistido en determinar si existe una relación laboral encubierta entre las personas que se desempeñan como repartidores o conductores y las empresas de plataformas digitales que distribuyen alimentos y aquellas relacionadas con servicios de transporte.

En este contexto, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción en sentencia de 15 de octubre de 2020,⁷² declaró la existencia de una relación laboral y condenó a la empresa Pedidos Ya Chile al pago de las prestaciones correspondientes.

Identificó los indicios de laboralidad, aplicando los principios de protección y primacía de la realidad, señalando en el considerando décimo que “la idea clásica de trabajador que presta servicios al interior de un lugar físico determinado con un jefe o supervisor con quien interactúa directamente, que regula su trabajo y a quien debe reportar dentro de un horario determinado acordado previamente y por escrito en un instrumento contractual generalmente denominado contrato de trabajo, debe ser superada justamente por la existencia de estas plataformas tecnológicas cuya dinámica es completamente distinta, en donde el vín-

71 ORD. N° 2524/141 de la Dirección del Trabajo de 1999.

72 *Arredondo con Pedidos Ya Chile* (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción 15 de octubre de 2020, (reconocimiento de relación laboral), RIT M-724-2020.

culo de subordinación y dependencia se manifiesta pero no de manera tradicional”.

A su vez, desvirtúa el principal argumento en que se sustentaba la “colaboración” de la plataforma, que es la supuesta libertad de la que gozaba: “Así, esta libertad a la que recurre la demandada, indicando que el actor es libre de elegir su jornada, libre de decidir si se conecta o no a la aplicación, llegando a señalar que el actor llega a ser su propio jefe, siendo en definitiva falsa, pues bajo esta libertad para conectarse está la sanción de ser bajado de calificación, de no poder elegir el turno que mejor remuneración le entregue, pudiendo incluso ser dado de baja de la aplicación, el actor tampoco tiene libertad sobre como realiza su función, pues está condicionado a los pasos que le otorga la demandada y siempre está siendo calificado a fin de comprobar si cumple su cometido conforme a las instrucciones de la demandada, siendo castigado si no lo hace, con una baja calificación que termina incidiendo en sus remuneraciones”.

Agrega, en el mismo considerando que “estas calificaciones y control sobre la conexión del actor, la forma como desarrolla su trabajo, si se mantiene o no conectado, el monitoreo a través de GPS, la existencia de beneficios y castigos asociados a estos, incentivos para mantener porcentajes altos de aceptación de repartos, en donde incluso el testigo de la demandada señaló que a quienes prestan más servicios se le da acceso a elegir los horarios, se trata de una solapada forma de ejercer control sobre el actor, fijar la jornada de trabajo y la remuneración asociada al cumplimiento aparentemente voluntario de las normas que el empleador ha determinado y que no son otra cosa más que la manifestación del vínculo de subordinación y dependencia”.

También en relación con el trabajo prestado a través de plataformas digitales, es relevante hacer referencia al dictamen emitido por la Dirección del Trabajo, Ord. N° 1831/39 con fecha del 19 de octubre de 2022. Este dictamen fue elaborado en el contexto de la entrada en vigencia de la ley N° 21.431, la cual regula la prestación de servicios a través de este tipo de plataformas. El documento aborda las características particulares del trabajo contemporáneo, subrayando la necesidad de protección de estos trabajadores, en atención al vínculo de subordinación y dependencia presente en este tipo de prestaciones de servicios.

En este orden de ideas, resalta el siguiente fragmento:

Corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa organizando el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc., lo que se traduce en una facultad de mando esen-

cialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla sus fines, la cual, en caso alguno, es absoluta, toda vez que debe ser ejercida por el empleador con la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, con vistas a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad (Dictamen N° S.423/249 de 25.08.1995). El empleador, en consecuencia, es quien tiene facultades reconocidas por el legislador, lo que es expresión de un poder y control sobre el comportamiento y persona de la o el trabajador, quien limita su libertad por una remuneración. Por tanto, la subordinación y dependencia implica el ejercicio de un poder y control sobre la persona del trabajador, realidad que reviste múltiples manifestaciones de difícil agrupamiento en una sola definición, pues se trata de una idea abierta cuyo contenido es la dirección y control sobre el trabajador. Ahora bien, si en toda relación de trabajo se encuentra a una persona subordinada bajo la potestad del empleador, la libertad de la persona que trabaja nos entrega el motivo que fundamenta la protección que le otorga la subordinación, desde que aquel ha cedido parte de su libertad para prestar servicios en aras de sujetarse a la potestad de su empleador. Luego, habiendo sido expuesto que la subordinación y dependencia es el elemento fundamental para establecer la existencia de una relación de trabajo dependiente, o en caso de no ser verificada, una relación de trabajo independiente, debemos atender, asimismo, que la manifestación de esta figura debe ser analizada a la luz de los indicios que se verifiquen en la realidad conforme a la presunción de laboralidad que establece el inciso 1° del artículo 8° del Código del Trabajo.

Por lo mismo es útil observar la subordinación en sus dos variantes, esto es en primer orden, la subordinación jurídica como la sujeción a las órdenes e instrucciones que imparte el empleador al trabajador y el control directo e inmediato que realiza este último respecto del primero; y, en segundo orden, la subordinación jurídica de índole funcional, esto es, aquella que atiende a los rasgos productivos de la relación entre las partes para determinar la existencia de contrato de trabajo. Sin excluir o descartar la primera vertiente, en este esquema de trabajo cobra también relevancia la segunda variante, por cuanto enfoca la configuración de la subordinación o dependencia en su vertiente funcional, la que “no solo se traduce en órdenes e instrucciones del empleador al trabajador, sino que también en la posición que ocupa el trabajador en el proceso productivo de la empresa. En otras palabras, también existirá subordinación funcional en la medida que el trabajador se integre en el ámbito de organización y dirección de una empresa.

Capítulo 2

Formalización del contrato de trabajo y descentralización productiva. Potestades del Empleador.

1. Formalización del contrato de trabajo

1.1. Escrituración del contrato. Formalidades. Presunción legal de veracidad

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 9 del Código del Trabajo, el contrato de trabajo es consensual. Esto implica que se perfecciona mediante el solo consentimiento de las partes contratantes, sin que la ley exija el cumplimiento de solemnidades ni la tradición de la cosa materia del contrato. En consecuencia, el contrato existe y es válido desde el momento en que el empleador se obliga a pagar la remuneración y el trabajador a prestar sus servicios bajo subordinación y dependencia de aquel.

No obstante, en su segundo inciso, el artículo 9 impone la obligación al empleador de escriturar el contrato de trabajo en dos ejemplares y proporcionar al trabajador una copia debidamente firmada. Por su parte, debe conservar un ejemplar del mismo en el lugar de trabajo o en un lugar fijado previamente y que debe haber sido autorizado con anterioridad por la Dirección del Trabajo.

Este deber de hacer constar por escrito el contrato debe cumplirse en un plazo de 15 días corridos contados a partir de la incorporación del trabajador. En el caso de contratos por obra, trabajo o servicio determinado, o aquellos a plazo con duración inferior a 30 días, el plazo se reduce a 5 días corridos. Se trata de una formalidad de prueba que busca salvaguardar los derechos del trabajador y otorgar certeza jurídica al contrato suscrito.⁷³

En el caso de que el trabajador se rehúse a firmar, el empleador debe enviar el contrato a la Inspección del Trabajo de su domicilio, solicitando su intervención para obtener la firma del trabajador. Si a pesar de esto, el trabajador persiste en su negativa, el empleador podría proceder

73 Walker (2003: 266).

a su despido sin derecho a indemnización, a menos que el trabajador logre demostrar que fue contratado en condiciones diferentes a las consignadas en el documento correspondiente, conforme lo previsto en el inciso tercero del artículo 9. De todas formas, la única indemnización aplicable sería la correspondiente al preaviso o al lucro cesante en el caso de contratos a plazo o por obra.⁷⁴

¿Qué pasa si el empleador no cumple con la obligación de escriturar el contrato de trabajo dentro de los plazos establecidos por la ley?

Si el empleador no cumple con la obligación de escriturar el contrato de trabajo dentro de los plazos legales, se aplicará la presunción legal de veracidad a favor del trabajador y se impondrá una multa a beneficio fiscal de una o cinco unidades tributarias mensuales, conforme a los incisos segundo y cuarto de la norma legal en comento.

La presunción legal de veracidad implica que se presumirá legalmente que son estipulaciones del contrato aquellas declaradas por el trabajador, a menos que se demuestre lo contrario.

Para que opere esta presunción, el trabajador debe probar judicialmente la existencia de la relación laboral según las reglas generales, utilizando, por ejemplo, prueba instrumental como boletas de honorarios, testimonios de compañeros de trabajo, prueba confesional y pericial,⁷⁵ ya que del tenor literal de la norma se desprende que no basta con la sola declaración del trabajador.⁷⁶

En este sentido, el empleador tiene la posibilidad de probar que no existía contrato de trabajo, como en el caso de una prestación de servicios a honorarios, que las cláusulas difieren de las declaradas por el trabajador, o bien, que las afirmaciones del trabajador no se ajustan a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que emanan del espíritu de la disposición legal en examen. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba, siendo responsabilidad del empleador que incumplió la obligación mencionada demostrar lo afirmado.

En síntesis, si el empleador no hace constar por escrito el contrato dentro de los plazos legales, se presume la veracidad de las afirmaciones del trabajador sobre el contenido del contrato, siempre y cuando sean razonables y proporcionales en relación con las funciones, modalidades del contrato, jornada de trabajo y remuneraciones.⁷⁷ En cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad, la jurisprudencia ha aplicado con

74 Macchiavello (1986: 283).

75 Gamonal y Guidi (2015: 107).

76 Lizama (2003: 35).

77 Gamonal y Guidi (2015: 106-107).

precaución esta presunción, aceptándola únicamente cuando las declaraciones del trabajador son consideradas razonables y estén en consonancia con los demás elementos del proceso.⁷⁸ A modo de ejemplo, la remuneración declarada debe ser acorde con el mercado, y sólo se considerarán como verdaderas las cláusulas normales de un contrato de trabajo, excluyendo aquellas que constituyen beneficios excepcionales.⁷⁹

Según lo establecido en el artículo 3° de la ley N° 19.799 de 2002, los contratos celebrados por personas naturales o jurídicas mediante firma electrónica serán igualmente válidos y generarán los mismos efectos que aquellos celebrados por escrito y en formato papel.

Ahora bien, a partir del 1 de octubre de 2021, y conforme al artículo 9 bis del Código del ramo, el empleador tiene la obligación de registrar electrónicamente los contratos de trabajo en el sitio web de la Dirección del Trabajo dentro de los 15 días siguientes a su celebración, indicando las estipulaciones pactadas. En el caso de contratos celebrados antes de dicha fecha, el empleador debía cumplir con este requisito dentro de un año desde la publicación de la ley N° 21.327, que se publicó en el Diario Oficial el 30 de abril de 2021, relativa a la Modernización de la Dirección del Trabajo.

Respecto de la obligación de registro no procede la presunción legal de veracidad del artículo 9 del Código del Trabajo. Lo propio ha precisado la Corte Suprema a propósito de las modificaciones a un contrato escriturado y vigente.⁸⁰

Por último, conforme al artículo 11 inciso primero del Código del Trabajo cualquier modificación al contrato de trabajo debe constar por escrito y contar con las firmas de las partes contratantes al dorso de los ejemplares del mismo o en un documento anexo. En todo caso, cabe precisar que la falta de registro escrito de las modificaciones introducidas al contrato de trabajo por las partes no invalida dichas modificaciones, dado el carácter consensual inherente al contrato laboral.

1.2. Cláusulas tácitas y reglas de conducta

1.2.1. *Concepto de cláusulas tácitas y reglas de conducta*

Respecto al contenido del contrato de trabajo, se establece una distinción entre cláusulas mínimas, permitidas y prohibidas. Además, en el

78 Thayer y Novoa (2008: 107).

79 Lizama (2003: 35).

80 Gamonal (2005: 1232).

derecho del trabajo se reconocen las cláusulas tácitas y las reglas de conducta.

El artículo 10 del Código del Trabajo establece que el contrato de trabajo debe incluir, como mínimo, las siguientes cláusulas o estipulaciones:

- 1.- lugar y fecha de celebración del contrato;
- 2.- individualización de las partes contratantes con indicación de la nacionalidad, domicilio, dirección de correo electrónico, si la tuvieren y fecha de nacimiento e ingreso del trabajador;
- 3.- determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que se prestarán. El contrato puede contener dos o más funciones específicas, alternativas o complementarias;
- 4.- monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;
- 5.- duración y distribución de la jornada laboral, a menos que la empresa opere bajo un sistema de trabajo por turnos, en cuyo caso se seguirá lo dispuesto en el reglamento interno;
- 6.- plazo del contrato, y
- 7.- demás pactos acordados por las partes.

Asimismo, se destaca la obligación de mencionar los beneficios adicionales que proporcionará el empleador, como casa habitación, luz, combustible, alimentación u otras prestaciones en especie o servicios. En el caso de que a un trabajador se le haga cambiar de domicilio debido a la celebración del contrato, se debe dejar constancia de su lugar de procedencia. Si la naturaleza de los servicios requiere desplazamiento, se considerará por lugar de trabajo toda la zona geográfica que abarque la actividad de la empresa, aplicándose especialmente a los viajantes y trabajadores de empresas de transportes.

El artículo 10 N° 7 hace referencia a las llamadas “cláusulas permitidas”. Estas estipulaciones se refieren a acuerdos lícitos libremente pactados por las partes, que regulan aspectos no contemplados por la normativa de orden público o que tienen por objeto mejorar los estándares mínimos contemplados en el ordenamiento jurídico laboral. Es importante destacar que estas disposiciones no pueden implicar una renuncia a los derechos reconocidos por el marco legal laboral de acuerdo con el principio de irrenunciabilidad y lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo.⁸¹

De esta misma norma legal se desprende el reconocimiento de lo que la doctrina denomina “cláusulas prohibidas”. En este sentido, no se pueden incluir en el contrato de trabajo cláusulas que impliquen renunciar

81 Gamonal y Guidi (2015: 116).

a los derechos reconocidos por las leyes laborales a favor de los trabajadores. Cualquier estipulación en sentido contrario supondría un vicio del consentimiento.⁸²

En relación con el principio de primacía de la realidad y el carácter consensual del contrato de trabajo, a continuación, abordaremos las cláusulas tácitas y las reglas de conducta.

En primer lugar, es importante precisar que, en muchas ocasiones, los Tribunales de Justicia emplean la expresión “cláusulas tácitas” para referirse a ambas. Así, según la jurisprudencia judicial, es posible dividir las cláusulas tácitas en dos categorías:

1. Aquellas que establecen una nueva estipulación contractual.
2. Las derivadas de una estipulación contractual preexistente.⁸³

En el primer punto, nos referimos a lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa identifican como cláusula tácita; mientras, que, en el segundo, hacemos alusión a lo que denominan regla de conducta.

Hechas estas precisiones, ¿qué se entiende por cláusulas tácitas y reglas de conducta?

Se configura una cláusula tácita cuando, en los hechos, se confiere a un trabajador un beneficio específico que no estaba originalmente previsto en su contrato de trabajo, y si esta situación persiste por un período de tiempo, se considerará que dicho beneficio queda incorporado a su contrato laboral.

Un ejemplo ilustrativo se presenta en la siguiente situación: imaginemos que en el contrato de trabajo no se incluye ninguna cláusula que establezca la obligación del empleador de pagar la colación. No obstante, durante un período de 6 a 7 meses, el empleador suministra cheques restaurant a sus trabajadores. Al llegar al séptimo mes, el empleador deja de entregarles este beneficio. En este escenario, los trabajadores podrían argumentar que se ha configurado una cláusula tácita. En consecuencia, revocar dicho beneficio requeriría también el consentimiento de los trabajadores. Por lo tanto, el empleador no podría unilateralmente eliminar este beneficio sin el acuerdo de los trabajadores.

Por su parte, la regla de conducta modifica o enmienda el contrato de trabajo en beneficio del trabajador cuando las partes, en la práctica, han aplicado una de las cláusulas del contrato de manera distinta a lo

82 Gamonal y Guidi (2015: 116).

83 Gamonal y Guidi (2015: 118).

originalmente acordado, siempre en favor del trabajador y con el consentimiento del empleador.

Supongamos que el trabajador, durante un período de 8 meses, se retira del lugar de trabajo 45 minutos antes del horario de salida establecido en su contrato de trabajo sin que el empleador haya expresado objeciones al respecto. En virtud de la tolerancia sostenida por parte del empleador, la jornada laboral tiene una duración menor, específicamente, 45 minutos menos. La modificación de dicho contrato no puede ser dejada sin efecto de manera unilateral por el empleador.⁸⁴

1.2.2. Elementos. Normativa aplicable

Tanto las cláusulas tácitas como las reglas de conducta se fundan en el carácter consensual del contrato de trabajo, ya que, a pesar de no estar escritas y expresadas en el documento correspondiente, sea en el contrato de trabajo o en sus documentos anexos, surgen del acuerdo voluntario entre los contratantes “manifestado en forma libre y espontánea, consentimiento éste que es de la esencia del contrato y, por ende, requisito de existencia y validez del mismo”.⁸⁵ En palabras de la Dirección del Trabajo, esto ocurre por la repetición constante en el tiempo de ciertas prácticas de trabajo, así como, por la concesión y goce de determinados beneficios, con el consentimiento de ambas partes. En consecuencia, a través de este proceso, los contratos individuales se ven complementados o modificados (dictamen de la DT N° 1513/091, 3 de abril de 1998).⁸⁶

En cuanto a la legislación aplicable, lo expresado encuentra respaldo en los artículos 1545 y 1564 inciso final, ambos del Código Civil.

El artículo 1545 del Código Civil establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser inválido sino por su **consentimiento mutuo** o por causas legales” (la negrita es nuestra).

En lo pertinente, el artículo 1564 inciso final del Código Civil preceptúa que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la “**aplicación práctica** que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra” (la negrita es nuestra).

84 Vid. Gamonal (2013: 23).

85 Lizama (2003: 33).

86 Gamonal y Guidi (2015: 120).

Por su parte, la dogmática laboral ha sistematizado los requisitos que deben cumplirse para que se configure una cláusula tácita o regla de conducta:

a. Reiteración constante en el tiempo de una determinada conducta o práctica laboral.

No existe una respuesta definitiva sobre la duración requerida para que la repetición de estas conductas permita configurar una cláusula tácita o regla de conducta. Aunque existe la percepción de que se necesitan al menos tres meses para satisfacer este requisito, es importante abordar este asunto de manera particular en cada caso, considerando el beneficio acordado. En este sentido, cabe precisar que la tesis previamente mencionada carece de respaldo legal o administrativo.⁸⁷

b. Esta conducta o práctica laboral debe conceder, modificar o complementar algún beneficio, regalía o derecho en el contexto de la relación laboral.

Es necesario destacar que las cláusulas tácitas o las reglas de conducta no tienen la capacidad de modificar el contrato de trabajo “en perjuicio del trabajador” o de “extinguir” algún beneficio estipulado. Como señala Gamonal, argumentar lo contrario, es decir, tratar de invocar la modificación del contrato mediante una cláusula tácita basada en la infracción reiterada por parte del empleador de sus obligaciones contractuales, no parece apropiado. Esto se debe a que, por lo general, esta situación no reflejará un consentimiento tácito del trabajador, sino más bien su situación de desventaja frente al empleador. Sostener lo contrario iría en contra del principio de primacía de la realidad.⁸⁸

c. La manifestación de voluntad por parte de ambas partes contratantes, esto es, que su conducta o comportamiento refleje de manera clara que estaban completamente conscientes o debidamente informadas acerca de la nueva cláusula o modificación en desarrollo del contrato, y que además otorgaron su consentimiento tácito.

d. La cláusula tácita que se integra al contrato o la modificación contractual que resulta de la regla de conducta, no puede tratar aspectos propios del orden público laboral ni involucrar situaciones en las que el legislador ha requerido algún requisito formal para considerar existente o modificada la estipulación contractual (según el dictamen de la DT N° 1513/091, de fecha 3 de abril de 1998).⁸⁹

87 Melis y Sáez (2009: 64).

88 Vid. Gamonal (2020a: 222-223).

89 Gamonal y Guidi (2015: 120-121).

2. Descentralización productiva y Unidad Económica

2.1. Descentralización productiva

2.1.1. Subcontratación y suministro de trabajadores

Tanto la subcontratación como el suministro de trabajadores responden a la regulación jurídica del fenómeno de la descentralización productiva, que implica la externalización de parte del proceso de producción de una empresa. En el caso de la subcontratación encargando a un tercero una parte de la producción, para que ejecute el encargo por su cuenta y riesgo y con sus propios trabajadores. En el suministro de trabajadores, la empresa utiliza trabajadores de otra empresa que son posicionados en su proceso de producción interno, pero que no son asumidos como trabajadores propios.

Desde el punto de vista de la organización de la empresa y su proceso de producción, la descentralización de la producción a través de la subcontratación o el suministro de trabajadores es una práctica ampliamente extendida, que le permite a la empresa disminuir su tamaño, limitar los riesgos del negocio y abaratar costos, desde que no se posicionará como empleador de algunos de los trabajadores que participan en su proceso productivo.

Desde la perspectiva del derecho del trabajo, estas instituciones de flexibilidad laboral se caracterizan por precarizar el trabajo y debilitar el crédito laboral del trabajador. Esto se debe a que el centro de imputación jurídico y patrimonial no recae en la empresa a cuyo proceso de producción aportan y que suele ser más sólida patrimonialmente que la empresa que se posiciona como empleadora (contratista o subcontratista en el régimen de subcontratación y Empresa de Servicios Transitorios en el suministro de trabajadores). Además, los contratos de trabajo en estas modalidades de externalización productiva suelen ser eminentemente temporales, en oposición al principio de continuidad de la relación laboral. En este orden de ideas, se ha dicho que “las consecuencias de estas nuevas formas en que se organiza la empresa no se limitan a la generación de diversas formas jurídicas al interior de las mismas, sino que se extiende al centro del derecho del trabajo, en cuanto incide tanto en su estructura como en la eficacia de los instrumentos jurídicos destinados a regular las relaciones laborales, particularmente, los relativos al ejercicio de los derechos y al cumpli-

miento de las obligaciones de trabajo, como también en la definición de las condiciones de trabajo”.⁹⁰

El legislador nacional decidió regular la subcontratación y el suministro de trabajadores con la dictación de la ley N° 20.123, del año 2006. En aquel momento, se reconoció que estas prácticas se encontraban ampliamente extendidas pero sin un marco regulatorio adecuado que garantizara los derechos laborales y el crédito laboral de los trabajadores que, en los hechos, prestaban servicios bajo estas modalidades.

Revisaremos a continuación los principales aspectos de ambos sistemas de trabajo.

a) Concepto de subcontratación. Elementos

El trabajo en régimen de subcontratación está regulado en los artículos 183-A a 183-E del Código del Trabajo. El artículo 183-A define el trabajo en régimen de subcontratación, de donde se pueden desprender también sus elementos principales. Según esta norma el trabajo en régimen de subcontratación es “aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”. Cabe destacar que no quedan sujetos a las normas de este párrafo las obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

En este régimen de subcontratación participan tres sujetos: el trabajador subcontratado, la empresa contratista, que actúa como empleadora del trabajador subcontratado, y la empresa mandante, que no asume como empleadora del trabajador subcontratado.

También puede ocurrir, que la empresa mandante encargue la obra a una empresa contratista, la cual a su vez puede encargar todo o parte de esa obra a otra empresa contratista, que pasará a ser subcontratista. En este caso, serán responsables del crédito laboral de ese trabajador su empleador —subcontratista—, la empresa contratista que encargó la obra o faena, y la empresa mandante. Esta referencia al empleador como contratista o subcontratista está contemplada en el citado artículo 183-A.

90 Rojas (2016: 81).

Los principales elementos del trabajo en régimen de subcontratación son:

1. Un acuerdo contractual entre la empresa mandante y la empresa contratista o subcontratista.

Es relevante destacar los términos amplios que emplea el legislador, al utilizar la expresión “acuerdo contractual”, sin limitar de ninguna forma este requisito a una naturaleza especial.

Durante algún tiempo, se consideró necesario un acuerdo civil o comercial para la ejecución de la obra en términos estrictos entre las empresas, lo que derivó en centrar la discusión en la naturaleza de ese acuerdo y cuestionamientos sobre la existencia del régimen si este acuerdo tenía una naturaleza distinta. Sin embargo, desde el punto de vista de la normativa laboral, lo relevante del trabajo en régimen de subcontratación es garantizar el crédito laboral del trabajador que presta sus servicios para su empleador en la ejecución de una obra o faena encargada por otra empresa. En este contexto, no es importante la naturaleza del vínculo entre esas empresas, de donde se entiende el concepto amplio elegido por el legislador. Se ha argumentado que “en rigor, más que el vínculo sea civil o mercantil o cualquier otra categoría propia del derecho disciplinar, lo que la ley exige es un contrato que no tenga naturaleza laboral. Cumpliéndose este elemento, la naturaleza jurídica del contrato entre las empresas es completamente irrelevante para el fin de protección del derecho del trabajo”.⁹¹

En similar sentido ha razonado la jurisprudencia, destacándose la sentencia de unificación de jurisprudencia de la Corte Suprema ROL N° 91588-2021, que determina la existencia de régimen de subcontratación en un contrato de franquicia, y que en su considerando noveno señala: “Que, en consecuencia, las exigencias que configuran tal instituto —el acuerdo entre las empresas— se satisfacen en la medida que se establezca que entre las empresas principal y contratista existió un acuerdo contractual cuyo objeto sea la ejecución de determinadas obras o la prestación de servicios específicos, esto es una obligación de hacer y de resultado, condición que debe ser ponderada conforme al criterio ya expuesto, esto es, a partir de la perspectiva del trabajador, de forma tal que es irrelevante que el tenor literal de tal acto jurídico refiera una naturaleza distinta a la señalada, si en

91 Ugarte (2023a: 65).

- los hechos se verifica lo contrario, al concurrir los requisitos expresados, recibiendo plena aplicación el principio de primacía de la realidad que preside los procesos recaídos en esta materia”.⁹²
- Resulta fundamental subrayar esta idea, ya que al resolver la discusión sobre la existencia de un régimen de subcontratación, el juez o jueza no debe perder de vista que lo relevante para el legislador ha sido proporcionar garantías al crédito laboral del trabajador subcontratado quien, como se ha mencionado, enfrenta el riesgo de que la externalización o descentralización del trabajo lo coloque en una posición en que la solución final de su crédito laboral dependa de una empresa más débil económicamente que aquella que se beneficia con su trabajo como empresa mandante.
2. El objeto del contrato entre la empresa mandante o principal y la empresa contratista debe ser una prestación que consista en la ejecución de una obra o faena o la prestación de un servicio. Es decir, su objeto será una obligación de hacer y de resultado.⁹³
Con esto, lo que se pretende es dejar fuera del régimen de subcontratación los acuerdos contractuales que “solo supongan la transferencia de dominio o propiedad sobre objetos, como podría ser paradigmáticamente el contrato de compraventa”.⁹⁴
 3. La obra o servicio a ejecutar no debe ser de carácter esporádico o discontinuo.
Se busca excluir de esta figura relaciones de menor relevancia temporal, por lo efímero o discontinuo del servicio, como sería, por ejemplo, la reparación ocasional de un equipo computacional o la reparación mecánica de un vehículo frente a un determinado desperfecto. Sin embargo, si esos mismos servicios se prestan ya de manera continua y/o permanente, puede existir régimen de subcontratación, lo que se evaluará caso a caso, sin ser determinante el servicio mismo que se presta, sino más bien la periodicidad o continuidad con la que se presta.
 4. Debe existir una relación laboral entre el trabajador y la empresa contratista.
Esto implica que la relación laboral debe existir no solo en lo formal, sino que principalmente en los hechos, buscando resal-

92 Espinoza y Otros con Sociedad Inmobiliaria e Inversiones Progresía Ltda. (2022): Corte Suprema 20 de diciembre de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 91588-2021.

93 Lizama y Lizama (2019: 69).

94 Ugarte (2023a: p. 66).

tar que la empresa mandante no es ni puede comportarse como empleador del trabajador subcontratado. La ley sanciona la intermediación o subcontratación impropia, que tendrá lugar cuando el contratista es un mero intermediario formal, mientras que quien se comporta en los hechos como empleador es la mandante, estableciendo en el inciso 2º del artículo 183-A que, en aquellos casos de intermediación, “se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena”.

5. La empresa contratista o subcontratista debe actuar por su cuenta y riesgo.

En palabras de Lizama y Ugarte, esto implica que la empresa contratista o subcontratista tenga los medios necesarios para desarrollar su actividad, asuma la responsabilidad y los riesgos inherentes a la gestión empresarial, ejerza una actividad propia y específica y organice, dirija y controle su desarrollo.⁹⁵

b) Regulación legal

La regulación legal del trabajo en régimen de subcontratación se encuentra concentrada en los artículos del 183-A al 183-E del Código del Trabajo.

El objetivo del legislador es establecer el régimen de responsabilidad de las empresas, en particular el régimen de responsabilidad de la empresa mandante o principal. En este contexto, la empresa contratista o subcontratista actuará como empleador del trabajador subcontratado, de manera que toda responsabilidad directa prevista en el Código del Trabajo y otras leyes especiales para el empleador recaerá sobre ella. Así, respecto de la contratista no hay dudas y no se requiere una regulación especial para determinar de manera certera su responsabilidad respecto de su contraparte en el contrato de trabajo, esto es, del trabajador subcontratado.

En lo que toca a la empresa mandante o principal, la legislación ha contemplado hacerla responsable respecto de quien no es su trabajador, únicamente por ocupar la posición jurídica de empresa principal en esta figura de tercerización. Esta responsabilidad se establece como contrapartida a la flexibilidad laboral que implica esta relación triangular y al riesgo del crédito laboral que de ella se deriva. De esta forma, la empresa mandante tendrá una doble responsabilidad: por un lado,

⁹⁵ Lizama y Ugarte (2007: 19-20).

actuará como caucionadora o garante del crédito laboral del trabajador subcontratado; y, por otro lado, será directamente responsable del deber de seguridad de dicho trabajador subcontratado.

Respecto de la responsabilidad de la empresa mandante como garante del crédito laboral o responsabilidad patrimonial indirecta, el patrimonio de la empresa mandante se constituye por el solo ministerio de la ley en una caución del crédito, en los términos del artículo 46 del Código Civil.⁹⁶ Al asumir la ley la responsabilidad de la empresa mandante como una caución, la transforma respecto del trabajador en una responsabilidad de carácter objetiva, sin que sea necesario que concurra al establecimiento del crédito laboral con su actuar negligente o culposo o de ninguna forma, pues solo tiene por objeto garantizar una obligación principal. Esto se justifica por la naturaleza tutelar del derecho laboral en la que se inserta la regulación del trabajo en régimen de subcontratación. Así, esta regulación tiene como objetivo “proteger al trabajador garantizando un patrimonio adicional para satisfacer el pago de sus derechos laborales y obligaciones previsionales”.⁹⁷ Además, se considera el beneficio directo que obtiene la empresa mandante del trabajo desempeñado por el trabajador. De no existir la validación legal del régimen de subcontratación, la empresa mandante habría tenido que contratar al trabajador como propio para completar su proceso productivo.

La responsabilidad de la empresa mandante puede ser solidaria o subsidiaria con respecto al crédito laboral. El régimen de responsabilidad solidaria de la empresa mandante lo establece el artículo 183-B del Código del Trabajo. Por su parte, los artículos 183-C y 183-D del mismo Código regulan la responsabilidad subsidiaria o de fiador de esta empresa, cuando se han ejercido los denominados derechos de información y retención.

En tal sentido, el artículo 183-C señala:

La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas. El monto y estado de cumplimiento de

96 Artículo 46 del Código Civil: “Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

97 Ugarte (2023a: 68-69).

las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento.

Luego, agrega la norma en sus incisos 3° y 4°:

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora. En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

El fundamento de la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante o principal, es propender al control de la situación laboral del trabajador de la contratista mientras se ejecuta la obra o presta el servicio. Esto se logrará a través del derecho de información, por lo que esa información deberá ser requerida mensualmente mientras dure el trabajo en régimen de subcontratación. En caso de que la información recibida revele la existencia de deudas laborales o previsionales, la empresa mandante deberá pagarlas por subrogación al trabajador o a la institución previsional respectiva, para lo cual tiene el derecho de retención, haciéndose eficaz la protección del crédito laboral. Por lo anterior, no es suficiente ejercer el derecho a la información solo por algunos meses de los que se extendió el régimen de subcontratación. Además, en caso de que se ejerza correctamente el derecho a la información, no pagar el crédito laboral por subrogación al trabajador o a la institución respectiva también sería insuficiente. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Talca en la causa ROL N° 60-2008, de 11 de junio de 2008, estimó que la información debe ser solicitada por la empresa principal de manera directa y periódica.⁹⁸

La doctrina y jurisprudencia no han sido coincidentes acerca de cuál es el régimen general de responsabilidad. Para Lizama y Ugarte, éste sería subsidiario, pero la ley lo podría agravar hasta convertirlo en responsabilidad solidaria si la empresa principal no ha sido diligente y no ha ejercido sus derechos legales de información y retención. Lo propio

98 Lizama y Lizama (2019: 72).

sostuvo la Corte Suprema en la causa ROL N° 12932-2013, de 14 de mayo de 2014. En cambio, otros, como Lanata y la Corte de Apelaciones de Santiago —en la causa ROL N° 361-2016 de 19 de marzo de 2016—, sostienen que la responsabilidad general es solidaria,⁹⁹ aunque puede atenuarse a una responsabilidad subsidiaria por el cumplimiento diligente de los derechos de control con respecto a la empresa contratista.¹⁰⁰

Ahora bien, en el artículo 183-B del Código del ramo se contemplan dos límites a esta responsabilidad de la empresa mandante, a saber: uno, de carácter temporal, y otro, de carácter sustancial.

Desde una perspectiva temporal, sólo será responsable por el tiempo en que se prestaron servicios en régimen de subcontratación abarcando exclusivamente las obligaciones laborales y previsionales de dar, incluidas las relacionadas con el término de la relación laboral.

Este límite no presenta mayores problemas. En la sentencia se determinará el período preciso que el trabajador se desempeñó bajo régimen de subcontratación, y la empresa mandante sólo será responsable respecto del crédito laboral establecido en proporción a dicho período. Esta responsabilidad se extiende hasta que no se extingan las obligaciones laborales y previsionales por el finiquito legal, el transcurso de los plazos de caducidad o por haberse acogido la alegación de las prescripciones del artículo 510 del Código del Trabajo o del artículo 49 de la ley N° 15.386, en su caso.¹⁰¹

Mayor debate ha generado el límite sustantivo. Según esta limitación, la empresa principal o mandante únicamente está obligada a responder por las *obligaciones de dar*, entendiéndose que se excluye la responsabilidad por las obligaciones de hacer y de no hacer. En otras palabras, se argumenta que la responsabilidad de la empresa mandante no alcanzaría a la solución del crédito laboral derivado del incumplimiento de una obligación de hacer o no hacer por parte del empleador. Ejemplos de estas obligaciones incluyen el deber de cuidar la vida y salud del trabajador, así como la acción de indemnización por el incumplimiento de dicho deber en caso de accidente del trabajo o enfermedad profesional, o la indemnización derivada de una acción de tutela laboral de derechos fundamentales, por la cual el empleador es condenado debido a su actuar vulneratorio.

99 Gamonal y Guidi (2015: 85).

100 Lizama y Lizama (2019: 70).

101 Lizama y Lizama (2019: 71).

Sin embargo, pese a que la ley quiere restringir el traspaso de las obligaciones propias del empleador a la empresa mandante, pues el régimen de subcontratación, como se mencionó, parte de la premisa base de que la empresa mandante no es el empleador, y que el único empleador es la empresa contratista; determinada la existencia de un crédito dinerario a pagar al trabajador por parte del empleador derivado de la relación laboral, ese pago se convierte en una obligación de dar, que, por tanto, gozará de la garantía de la solidaridad o subsidiariedad de la empresa mandante, sin que ello implique hacerla responsable de la obligación de hacer o no hacer incumplida que sirve de antecedente para la constitución de ese crédito. Debe recordarse que la responsabilidad de la mandante es objetiva, simplemente por el hecho de ocupar esa posición jurídica, sin que sea necesario que contribuya a originar el crédito laboral garantizado.¹⁰²

La doctrina y jurisprudencia han interpretado que las obligaciones laborales y previsionales de dar de los contratistas y subcontratistas respecto de sus trabajadores por los cuales la empresa principal está obligada a responder, abarcan las remuneraciones, las asignaciones en dinero que no constituyen remuneración, las cotizaciones previsionales, las indemnizaciones por término de contrato, así como los incrementos legales derivados de despidos injustificados, indebidos o improcedentes, las indemnizaciones por lucro cesante en caso de término anticipado del contrato a plazo o por obra, faena o servicio, que haya afectado al trabajador de una empresa contratista, así como las sanciones asociadas a la nulidad del despido.¹⁰³ La Corte Suprema, por su parte, establece que esta responsabilidad también se extiende al Estado cuando actúa como empresa principal. Esto se evidencia en el recurso de unificación de jurisprudencia resuelto en la causa ROL N° 30292-2017,¹⁰⁴ el 22 de febrero de 2018.

102 Ugarte indica sobre este punto que “en la fijación del régimen de responsabilidad laboral de la subcontratación no juega rol alguno la concurrencia de la culpa por parte de la empresa principal, la que se enfrenta a un régimen que podríamos denominar objetivo. Objetivo en el sentido que la culpa o diligencia, según se mire, del tercero responsable —la empresa principal—, solo es considerada para agravar la responsabilidad, no para exhibirla”. Ugarte (2023: 64).

103 Lizama y Lizama (2019: 70 y 71).

104 *Emiliano Morales Sepúlveda y Otros con Servicios Industriales y Otros* (2018): Corte suprema 22 de febrero de 2018, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 30292-2017.

Por otra parte, la empresa mandante o principal, será directamente responsable u obligada al deber de seguridad respecto de los trabajadores de la empresa contratista y subcontratista, pese a que no son *sus* trabajadores, ya que la mayor parte de las veces tendrá el control del lugar donde se ejecute la obra o faena,¹⁰⁵ por lo que la ley hace pesar sobre ella el cumplimiento del deber de seguridad también respecto de aquellos. En tal sentido, el inciso 1° del artículo 183-E indica: “Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud”.

Según la Corte Suprema, esta disposición legal consagra “una obligación específica en materia de higiene y seguridad, al imponerle al dueño de la obra el deber de protección eficaz de la vida y salud de todos los trabajadores que se desempeñan en su empresa o faena, derogándose la responsabilidad subsidiaria que establecía el antiguo artículo 64 del código en referencia, consagrando una de carácter directo que en el evento de incumplir el mencionado deber, que debe asumir ya no sólo como garante de la obligación que le asiste al empleador directo, sino responsable de su propia conducta que contribuyó al acaecimiento del evento dañoso”.¹⁰⁶

A pesar de lo establecido en el artículo 183-E, la empresa mandante podrá ser responsable solidaria o subsidiaria de indemnizar los perjuicios del trabajador cuando el origen del daño que da lugar a la indemnización proviene de una acción del empleador contratista, como se menciona en el artículo 183-B. En tal caso, si la empresa mandante paga al trabajador como responsable solidaria o subsidiaria, puede repetir en contra del empleador en virtud de las relaciones internas o contribución a la deuda. Cuando la empresa mandante es condenada directamente por ser considerada responsable en un accidente del trabajo o enfer-

105 Cabe hacer presente que la subcontratación no está necesariamente ligada a una circunstancia geográfica o locativa. Basta con que la contratista o subcontratista participe en algún proceso productivo de la mandante, siendo irrelevante el lugar físico donde se prestan los servicios. Vid. Lizama y Lizama (2019: 69).

106 *Cifuentes con Carrillo* (2018): Corte Suprema 26 de junio de 2018, (unificación de jurisprudencia, considerando séptimo), ROL N° 40700-2017.

medad profesional en los términos del artículo 183-E, no podrá repetir luego en contra del empleador directo.

2.2. Suministro de trabajadores

El suministro de trabajadores es otra manifestación relevante del fenómeno de la externalización o descentralización productiva. Si bien constituye, junto con la subcontratación, una de las formas más significativas históricamente de descentralización productiva (sin perjuicio de otras formas modernas de externalización, como el denominado trabajo para plataformas), esta modalidad es aún más extrema y conlleva una mayor precariedad y desventajas para los trabajadores. En esta figura, el trabajador se comporta como trabajador de la usuaria —pese a que no es su empleador directo—, y la empresa usuaria como empleador, pero sin que exista entre ellos una relación laboral, pese a la subordinación y dependencia presente en esa relación.

El empleador es una empresa que provee de ese trabajador a la empresa usuaria y, que formalmente, se constituye en empleador de ese trabajador. Sin embargo, en la práctica, el trabajador no está subordinado a la Empresa de Servicios Transitorios o las potestades de esta empresa son muy limitadas en comparación con las que detenta la empresa usuaria. Dicho de otro modo, el trabajador tendrá un único empleador formal reconocido por el derecho con quien celebrará su contrato de trabajo, pero quien se comporta como empleador será aquel tercero a quien el derecho protege de ser calificado como empleador.

Es por ello que este tipo de relaciones laborales se denomina “suministro de trabajadores”. La Empresa de Servicios Transitorios, o EST, provee de trabajadores a quienes los necesitan, y en determinadas hipótesis legales, tal como si fuera un insumo de la producción que se incorpora mediante el intercambio comercial. Aunque no ocupa formalmente el lugar del empleador, se vale de todas las prerrogativas que implica que el trabajador esté subordinado. Así, se ha dicho que “el suministro de trabajadores, y con independencia de cualquiera que sea la denominación que se le otorgue, plantea que una empresa externa suministra trabajadores a una empresa principal o usuaria para que el trabajador realice en ella una actividad laboral. La peculiaridad es que los trabajadores están contratados laboralmente por la empresa externa y dicha relación contractual se mantiene durante el periodo que dichos trabajadores laboren en la empresa principal. Por consiguiente, el vínculo laboral plantea una relación triangular entre dos empresas y un

trabajador”.¹⁰⁷ La doctrina ha sostenido que la Empresa de Servicios Transitorios y la empresa usuaria tienen la calidad de coempleadores.¹⁰⁸

El trabajo bajo este régimen será más propenso a la precariedad por varias razones, como son la vocación o naturaleza temporal de estas relaciones, la subordinación a dos empleadores, aunque solo uno de ellos sea legalmente considerado como tal (EST), en tanto el otro, respecto del cual el trabajador está material y constantemente subordinado, sea considerado un tercero en el contrato de trabajo. Además, normativamente, se niegan varios derechos laborales que son irrenunciables para los trabajadores, como el fuero maternal luego del término del plazo del suministro o puesta a disposición. A su vez, se debería promover el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores que son puestos a disposición, y se debería garantizar la igualdad de trato entre los trabajadores permanentes de la empresa usuaria y aquellos suministrados.¹⁰⁹

Esto conlleva a una regulación más rigurosa, con varias limitaciones, que incluyen aspectos como la constitución de la Empresa de Servicios Transitorios, su giro único y exclusivo, la obligación de proporcionar garantías patrimoniales ante la autoridad, y la posibilidad de revocar la autorización para operar como Empresa de Servicios Transitorios. Sin embargo, el aspecto más relevante es que la autorización para suministrar trabajadores se concede únicamente en hipótesis específicas y temporales.

Pese a la pormenorizada regulación normativa de esta figura, a continuación revisaremos únicamente sus aspectos principales, de manera de no caer en una transcripción de normas como único contenido ni explayarnos más allá de lo adecuado para las pretensiones de este trabajo.

2.2.1. Conceptos y características principales

El Suministro de Trabajadores ha sido definido como la “relación triangular donde una empresa usuaria (EU) contrata los servicios de otra empresa suministradora (EST) para que le provea de trabajadores por medio del traspaso desde la segunda a la primera, donde se desempeñarán bajo subordinación aunque estén contratados por la EST”.¹¹⁰

107 Rojas (2015: 135-136).

108 Vid. Gamonal y Prado (2008: 59-65).

109 Gamonal (2021: 91).

110 Gamonal y Guidi (2015).

El artículo 183-F proporciona las definiciones legales de los actores involucrados en esta figura triangular de relaciones laborales, mientras que el artículo 183-R define el contrato de puesta a disposición.

1. Empresa de Servicios Transitorios es “toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos” (183-F a)).

Algunas de las cuestiones centrales reguladas a propósito de las EST incluyen que deben ser personas jurídicas; deben tener como objeto exclusivo la puesta a disposición de trabajadores para empresas usuarias o el suministro de trabajadores (183-F); no deben tener ninguna relación con la empresa usuaria, como ser filial o tener participación social, entre otras (183-I). Esta restricción es importante porque busca evitar que quien debe ser naturalmente el empleador evada sus obligaciones laborales mediante construcciones formales. Además, las EST deben constituir una garantía permanente a favor de la Dirección del Trabajo (183-J), destinada a solventar los créditos laborales de los trabajadores bajo este régimen; deben inscribirse en un registro de empresas de servicios transitorios en la Dirección del Trabajo (183-K), la que podrá cancelar el registro de una empresa si incurre en determinados incumplimientos, lo que le impediría seguir suministrando trabajadores (183-M).

Se establecen sanciones para las personas naturales o jurídicas que actúen como Empresa de Servicios Transitorios sin cumplir los requisitos legales. Estas sanciones consisten en una multa a beneficio fiscal que oscila entre 80 a 500 UTM, impuesta por resolución fundada de la Dirección del Trabajo y reclamable judicialmente (183-L).

2. La empresa usuaria es “toda persona natural o jurídica que contrata con una Empresa de Servicios Transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concorra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código” (183-F b)).

Como se ha mencionado, la empresa usuaria se comporta como empleador, aunque la ley le exime de las obligaciones laborales correspondientes. Por lo tanto, el foco de atención del legislador se centrará en evitar que esta empresa externalice a la mayoría o a todos sus trabajadores para alivianar la carga económica y jurídica asociada a ser la parte empleadora en el contrato de trabajo. Es importante tener en cuenta

que, para los trabajadores, el suministro de trabajadores es una forma de empleo precario.

Esto se logrará por distintas vías, siendo la principal el permitir el suministro de trabajadores sólo cuando la empresa usuaria atraviese ciertas circunstancias específicas, las que deberán ser de carácter temporal. Aquellas hipótesis en que se autoriza la contratación por medio de una Empresa de Servicios Transitorios son las reguladas en el artículo 183-Ñ, y el tiempo de duración de los contratos deberá ajustarse a los límites que impone el artículo 183-O.

Las hipótesis en que se autoriza a la empresa usuaria a celebrar un contrato de suministro de trabajadores (contrato de puesta a disposición) son:

- *Suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados.* El contrato de puesta a disposición podrá durar por el tiempo de ausencia del trabajador reemplazado.
- *Eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza.* El plazo podrá ser de hasta 90 días, los que podrán prorrogarse hasta por 90 días más, si al término del contrato subsisten las circunstancias que autorizaron el suministro de trabajadores.
- *Proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o la expansión a nuevos mercados.* El plazo del contrato de puesta a disposición será de hasta 180 días, el que se podrá renovar por 180 días más, si subsisten las circunstancias que permitieron esta externalización.
- *Período de inicio de actividades en empresas nuevas.* Al igual que en el caso anterior, el plazo del contrato de puesta a disposición será de hasta 180 días, el que se podrá renovar por 180 días más, si subsisten las circunstancias que motivaron la celebración del contrato de puesta a disposición.
- *Aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria.* El plazo podrá ser de hasta 90 días, los que podrán prorrogarse hasta por 90 días más, si al tiempo de terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que autorizaron el suministro de trabajadores.

- *Trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.*
- El artículo 183-AC contempla un plazo especial de duración del contrato de puesta a disposición para trabajadores con discapacidad, el que en su caso será de hasta 6 meses renovables.

Por su parte, existen casos en los que expresamente se prohíbe el suministro de trabajadores, referidos en el artículo 183-P. Estos incluyen:

- La realización de tareas que impliquen facultades de representación de la empresa usuaria, como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados.
- El reemplazo de trabajadores en huelga.
- La cesión de trabajadores a otras Empresas de Servicios Transitorios.

Si se contravienen estas prohibiciones, la empresa usuaria será considerada empleadora directa de los trabajadores suministrados y se le impondrá una multa de 10 UTM por cada trabajador suministrado.

La ley le reconoce expresamente la facultad de dirección y organización a la empresa usuaria respecto de los trabajadores cedidos o suministrados, quedando estos trabajadores sujetos, además, al reglamento interno de la empresa usuaria (183-X).

3. Se considera trabajador de servicios transitorios a “todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una Empresa de Servicios Transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º”. (Artículo 183-F letra c)).

Se regulan algunos derechos laborales de manera especial respecto de estos trabajadores. Estos derechos incluyen lo siguiente: las horas extraordinarias no podrán ser pactadas con la empresa usuaria, sólo podrán pactarse con la Empresa de Servicios Transitorios (183-X); la usuaria debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores suministrados, así como mantener reserva de su información y datos privados a los que tenga acceso (183-Y); la remuneración del trabajador considerará la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado que establece el artículo 183-V (183-Z); la empresa usuaria debe cumplir las condiciones pactadas entre el trabajador y la Empresa de Servicios Transitorios (183-X). El artículo 183-AE señala que las trabajadoras contratadas bajo este régimen de suministro de tra-

bajadores gozarán de fuero maternal, el cual, sin embargo, “cesará de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria”.

4. El contrato de trabajo de servicios transitorios “es una convención en virtud de la cual un trabajador y una Empresa de Servicios Transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido” (183-R inc. 1°).

Es importante destacar que el trabajador se obliga a ejecutar labores no para su empleador, sino para la empresa usuaria, siendo esta la principal característica del suministro de trabajadores, con las particularidades que se han consignado.

Este contrato deberá constar por escrito dentro de quinto día o dentro de segundo día si su duración es inferior a cinco días (183-R). Además, debe contener las estipulaciones mínimas de los contratos de trabajo referidas en el artículo 10 del Código del Trabajo y una copia debe ser enviada a la empresa usuaria (183-R). Cabe precisar que la Empresa de Servicios Transitorios no puede exigir ningún tipo de pago al trabajador ya sea por capacitación o por la puesta a disposición de la Usuaria (183-S).

5. No obstante no estar definido legalmente, el contrato de puesta a disposición se puede conceptualizar como el contrato mediante el cual una EST pone a disposición de una empresa usuaria los servicios de sus trabajadores.¹¹¹ Corresponde, entonces, al contrato que se celebra entre la Empresa de Servicios Transitorios y la usuaria, para poner a disposición de la segunda los trabajadores de la primera.

Se trata de un contrato solemne que debe constar por escrito. En caso de no escriturarse, los trabajadores se considerarán trabajadores de la empresa usuaria, sin perjuicio de las demás sanciones contempladas en la ley (183-N).¹¹²

El contenido de este contrato debe incluir la individualización de las partes, la causal legal invocada para el suministro de trabajadores, los puestos de trabajo para los cuales será cedidos los trabajadores, la duración de la cesión, el precio acordado, y si el trabajador tiene derecho a utilizar transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria (183-N). Será nula la cláusula que prohíba la contratación directa del traba-

111 Gamonal y Guidi (2015: 89).

112 Vid. *Vergara Suazo, Jorge con Gestión de Recursos Humanos Ltda. EST* (2021): Corte Suprema 21 de octubre de 2021 (unificación de jurisprudencia) ROL N° 43586-2020.

jador suministrado por la empresa usuaria al término del contrato de puesta a disposición (183-Q).

2.2.2. Régimen de responsabilidad de la Empresa de Servicios Transitorios y de la empresa usuaria

Al igual que en el caso de la subcontratación con respecto a la empresa contratista, la Empresa de Servicios Transitorios es el empleador del trabajador suministrado. Por lo tanto, está sujeta a todas las obligaciones establecidas en el estatuto laboral para los empleadores. Sin embargo, lo relevante es el régimen de responsabilidad de la empresa usuaria, quien, sin ser reconocida por el derecho como empleador, tiene obligaciones respecto del trabajador suministrado.

Por una parte, la empresa usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores cedidos por la Empresa de Servicios Transitorios (183-AB).

La empresa usuaria será directamente responsable del deber de seguridad de los trabajadores suministrados. Esto incluye la obligación de denunciar la ocurrencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, cumplir con las disposiciones de la ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (16.744), especialmente en lo que respecta a medidas de prevención. Además, será directamente responsable y deberá pagar las indemnizaciones correspondientes por los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores suministrados, en los términos del artículo 69 de la ley N° 16.744.

Finalmente, como se mencionó anteriormente, la empresa usuaria será considerada empleadora directa del trabajador suministrado, sin perjuicio de las multas y otras posibles sanciones legales, en las hipótesis de incumplimiento de las normas que rigen el suministro de trabajadores, como cuando contrata por medio de empresas de servicios transitorios no inscritas en el registro llevado por la Dirección del Trabajo, cuando no existe un contrato de puesta a disposición escriturado, cuando contrata el suministro de trabajadores en hipótesis prohibidas por la ley, o cuando contrata el suministro en circunstancias distintas a aquellas autorizadas por la ley o para encubrir una relación de trabajo permanente entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria.

En este sentido, se falló en causa RIT M-423-2023 por el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco:

DÉCIMO: Que, así las cosas, necesario es concluir que en la especie se dan los supuestos previstos en el artículo 183 U del Código del Trabajo, que dis-

pone “Los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo 183-Ñ, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan”. Evidenciando de los hechos establecidos que la contratación de los actores, se ha verificado fuera de los supuestos del artículo 183 Ñ letra c) y además que a través de esta contratación que por mandato legal solo se autoriza para labores transitorias u ocasionales, se ha encubierto una relación de carácter permanente, continua y propia de la usuaria, como quedó claramente establecido de lo manifestado por la testigo y supervisora de la EST Sra. Briceno y por lo cual resulta procedente aplicar la sanción establecida en la norma transcrita y por ende se debe considerar a los trabajadores demandantes como trabajadores dependiente de la usuaria, en este caso trabajadores de Walmart S.A contrato que por expresa disposición legal se rige por las normas de la legislación laboral común.¹¹³

2.3. Unidades Económicas. Concepto jurídico de empresa, grupos de empresa y ley del multirrut

Una forma de proyectar los alcances del carácter bilateral del contrato de trabajo, en tanto convergen como sujetos el trabajador y el empleador, dice relación con la identificación de los derechos y obligaciones que les corresponden y la adjudicación del crédito laboral. En el caso del empleador, su determinación pasa por identificar el radio de imputación de la responsabilidad que en general le alcanzará respecto del cumplimiento de dichas obligaciones, las que tendrán fuente en el contrato de trabajo, así como también, en el conjunto de normas que conforman el orden público laboral.

Su vínculo con la descentralización productiva, como tema que se viene desarrollando, dice relación con las nuevas formas de organización de las empresas y de los procesos productivos, lo que inevitablemente impacta en las relaciones laborales, por ejemplo, desde el punto de vista del derecho del trabajo, tanto en su estructura como en la eficacia de los instrumentos jurídicos destinados a regular las relaciones

¹¹³ *Fernández con Activos Chile EM* (2023): Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco 16 de agosto de 2023, (suministro *impropio*) M-423-2023.

laborales, particularmente, los relativos al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones laborales.

En particular, las consecuencias en las bases del derecho del trabajo tendrán relación con los tipos normativos sobre los que se ha construido, a saber: el empleador, el trabajador y la organización de trabajadores. En el caso del empleador, tales consecuencias apuntan a su clara identificación para efectos de la imputación de responsabilidad, traducido en el proceso de evanescencia o pérdida de la persona identificada como tal, para efectos de responder de sus obligaciones y, de otra parte, la escisión de dicho sujeto, sustituida por una pluralidad de sujetos, lo que ha obligado la intervención legislativa a través de diversos instrumentos.¹¹⁴

Desde la idea de la eficacia del crédito laboral y su imputación al centro patrimonial que respalda al empleador, se examinará el concepto de empresa, de grupos de empresas y la figura o categoría denominada “multirrut”, independientemente de si se trata de una misma entidad legal.

2.3.1. Concepto de empresa

Inicialmente, como respuesta al contexto histórico en el que se demandaba la regulación jurídica de las relaciones laborales, se identificó a la persona del empleador dentro de un contrato de trabajo con el titular o dueño de la empresa.

Sobre las manifestaciones de dicha similitud, en doctrina se alude a aspectos tales como la titularidad del dominio de los bienes en torno a los cuales se desarrolla la actividad productiva; la autosuficiencia financiera; el control del proceso productivo; la interacción externa con otras empresas; y, el establecimiento de relaciones directas y control inmediato de la fuerza de trabajo que coadyuva al funcionamiento de dicha actividad empresarial.¹¹⁵

Lo anterior, se corresponde con la definición de empleador que, en su artículo 3 propone nuestro Código del Trabajo, al entender por tal a “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. En cuanto a su representación y obligación para con los trabajadores, el artículo 4 inciso 1º establece una presunción de derecho, respecto del gerente, administrador, capitán de barco y, en general, respecto de

114 Rojas (2015: 101-102).

115 Cruz V., citado en Rojas (2015: 88).

“la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural”. Esta norma configura una representación forzosa del empleador destinada a facilitar la interposición de reclamos y acciones,¹¹⁶ ya que el trabajador puede demandar judicialmente al representante aparente y exigir responsabilidad al empresario por las acciones del representante aparente. Esta acción puede llevarse a cabo sin menoscabo de la posibilidad de demandar al representante legal real, si se conoce su identidad.¹¹⁷

La relevancia de la empresa en el ámbito del derecho del trabajo se refleja en la definición del marco de la relación jurídico-laboral entre trabajador y empleador. Esto se evidencia en la identificación del empleador como la entidad que organiza la empresa y forma parte del contrato de trabajo. La empresa constituye el marco de la relación laboral y del vínculo contractual, lo que implica que dicha relación jurídica persiste con independencia de los cambios de titularidad de la misma.

De igual manera, la definición de empresa será relevante para la configuración del centro de imputación normativa de los derechos laborales, desde el punto de vista de su determinación, en razón de los resultados económicos que tenga la empresa, por ejemplo, en el caso de las gratificaciones; como también, el derecho se definirá en consideración a la dimensión de la empresa, al definir la ley obligaciones laborales en razón de su tamaño o número de trabajadores y trabajadoras, tales como, la obligación de mantener sala cuna, tener reglamento interno, la existencia de comités paritarios, entre otros. Además, la relevancia de su determinación se expresará en el ejercicio de derechos colectivos.¹¹⁸

Establecido el contexto sobre la importancia de su definición, para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social chilena, el artículo 3 inciso 3° del Código del Trabajo señala que se entenderá por empresa “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Respecto del elemento “individualidad legal determinada” y su alcance, se sostiene en doctrina que su sentido fue “impedir que las empresas se vieran amenazadas por negociaciones colectivas supraempresa, al establecer que los trabajadores contratados por una sociedad determinada

116 Macchiavello (1986: 245).

117 Gamonal y Guidi (2015: 25).

118 Rojas (2015: 90-91).

no puedan involucrar a otra sociedad en el cumplimiento de sus derechos laborales”. Con todo, se sostiene que los efectos dañinos derivados del fenómeno de los grupos de empresa aparentes¹¹⁹ para el ejercicio de los derechos laborales, tanto individuales como colectivos, son evidentes, pues “la identidad legal determinada de una empresa amarra a los trabajadores a cobrar sus derechos ante una sola razón social, mientras que la empresa que los emplea puede dividirse, coligarse, fusionarse o transformarse ilimitadamente, buscando el mejor formato jurídico que convenga a su ganancia”.¹²⁰

En relación con tales riesgos y los cambios en el dominio, posesión o tenencia de la empresa, el artículo 4 inciso 2º dispone que, “las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”, de lo que se sigue la continuidad laboral y la mantención respecto de un trabajador individualmente considerado, de sus derechos, sean de origen individual o colectivo, incluso frente al cambio del empleador que dirige la empresa en que se labora, por medio de una alteración total o parcial relativa al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa. En ese contexto, no será necesaria la suscripción de un nuevo contrato de trabajo, desde que se ha entendido que rige por el solo ministerio de la ley.

Sobre los efectos jurídicos propios de dicha continuidad, se ha sostenido invariablemente por la Dirección del Trabajo, que ello se traducirá en que el nuevo dueño, poseedor o tenedor de la empresa, deberá responder de las deudas laborales originadas con el anterior propietario o empleador (dictamen DT N° 0849/28, de 28.02.2005). Esto se aplica también en casos de fusión o absorción de empresas, donde se considera que la sociedad que pervive es continuadora jurídica de las empresas que se fusionaron o transformaron.

No quedan, en cambio, cubiertas por la continuidad laboral del artículo 4 del Código del Trabajo las hipótesis resultantes de la reorganización o cambio que involucran a más de una empresa, como el caso de los procesos de división de empresas y de adquisición parcial de activos, también conocidos como “desconcentración de capitales” (al efecto,

119 Gamonal y Guidi (2015: 28).

120 López (2010: 2).

la interpretación de la Dirección del Trabajo contenida en el ORD. N° 3.742, de 13.07.2018).

Ahora bien, en cuanto al concepto de empresa, la Corte Suprema, en su sentencia del 5 de julio de 2022, dictada en la causa ROL N° 18.907-2021, indica lo siguiente:

Sexto: Que, según se advierte de la norma transcrita, la legislación laboral emplea un concepto de empresa que más que atender a su configuración jurídica apunta a la labor que desarrolla, de manera que se podrá considerar como tal a toda persona, natural, jurídica, de derecho público o privado, en la medida que se dedique a organizar los referidos medios para el logro de uno o más de los fines descritos, siendo ese concepto amplio y funcional el que esta Corte ha sostenido reiteradamente y para distintos efectos.

Un ejemplo de aquello, son las consideraciones que han conducido a declarar invariablemente que el Fisco de Chile puede ser estimado como empresa y quedar regido por la normativa que regula el trabajo en régimen de subcontratación, existiendo un criterio uniforme sostenido en los fallos pronunciados a partir de la sentencia correspondiente al ROL N° 12.932-2013, en que se indicó que “el concepto empresa mira a toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. Luego, el vocablo “empresa” ligado al concepto de dueño de la obra, no excluye en ningún caso ciertas personas naturales o jurídicas, sean públicas o privadas, puesto que la ley no prescribe otra limitación que aquella referida a la persona natural que encarga la construcción de una edificación por un precio único prefijado, según se dice en el inciso final del artículo 183-B del Código del ramo”. Análisis que, en ese caso, fue reafirmado mediante pronunciamientos de la Contraloría General de la República, que también ha esgrimido un concepto amplio de empresa, en lo que atañe a la legislación sobre subcontratación, pero que sin dudas resulta también aplicable a la base de dicho concepto, consagrado en el artículo 3° del código del ramo.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, sosteniendo que el elemento definitorio de la noción “empresa” es quien ejerce la dirección laboral y el poder de mando, rol que puede ser desarrollado tanto por una persona natural o jurídica (Entre otros: Rojas, Irene, *Derecho del Trabajo: Derecho individual del Trabajo*, Legal Publishing, 2015, pp. 94 y 95; y Palavecino, Claudio, “El nuevo concepto de empresa y la declaración de empleador único”, en *Revista Laboral Chilena*, 2016, p. 69).

Por otra parte, al acudir a la historia de la ley N° 20.760, que establece el supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos, es posible constatar que entre las ideas matrices de la moción con que se inició su tramitación parlamentaria, se indica que “el presente proyecto de ley tiene por objeto establecer dentro de nuestro or-

denamiento jurídico laboral expresamente, un concepto de empresa más amplio y acorde con la realidad social”, añadiendo que el proyecto “enfoca desde un punto de vista del capital el concepto de empresa”, capital que puede ser poseído y administrado tanto por personas naturales como jurídicas.

Séptimo: Que, por consiguiente, esta Corte comparte los razonamientos expresados en la sentencia ofrecida a efectos del cotejo, en cuanto a que “es irrelevante para la legislación laboral y de seguridad social, que la empresa esté constituida por una sociedad o por una persona natural, dado que el sujeto pasivo de las obligaciones laborales y previsionales en ambos casos es el empleador, el que conforme a la definición que contempla el mismo artículo 3 letra a) del Código del Trabajo, comprende tanto la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”; y que “el empleador así definido por la legislación laboral y previsional, puede operar bajo una única, o múltiples identidades legales determinadas, siendo lo relevante en virtud del principio de la primacía de la realidad, que la dirección común, devala una cuestión diferente a la que aparece o consta en las estructuras institucionales formales. Para los efectos de las relaciones laborales y de seguridad social, no hay sociedades o empresas distintas, sean ellas personas jurídicas o naturales, si todas ellas tienen un mismo interés, tienen una dirección laboral común, y concurren a su respecto, condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común, lo que acontece en este caso”.¹²¹

2.3.2. Grupos de empresas

En este contexto, la ley laboral construye tanto el concepto de empresa como el de grupo de empresas en base a la dirección laboral de estas entidades, la que es ejercida por el empleador, en conformidad a las categorías dogmáticas del contrato de trabajo.

En el caso del grupo de empresas, se sostiene en doctrina que están formados por sociedades o empresas que, siendo formalmente independientes, actúan sin embargo bajo una dirección unitaria, lo que les proporciona, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica, originando una separación entre la realidad material y las formas jurídicas.¹²²

Su actual regulación está contenida en el artículo 3 inciso 4º del Código del Trabajo, habiendo consenso en doctrina sobre su finalidad en

121 *Rathgeb Valdebenito con Ruiz* (2022): Corte Suprema 07 de mayo de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 18907-2021.

122 Sala F. T y otros, citado en Rojas (2015: 108).

orden a poner freno al abuso que se denominó “multirut”, como manifestación de la descentralización productiva y los grupos de empresa en orden a presentar la existencia de una sola empresa a todos o algunos efectos, entre ellos, los laborales, como una multiplicidad de personas jurídicas, generando la imagen de que cada persona jurídica corresponde a una empresa. De ahí la referencia al RUT (Rol Único Tributario) como instrumento de identificación de las personas naturales y jurídicas en Chile a efectos tributarios.¹²³ Tal abuso redundaba en la elusión de las obligaciones laborales asociadas al concepto de empresa, por ejemplo, en el caso de la obligación de sala cuna, pago de gratificaciones y en particular la sindicación o negociación colectiva.

En cuanto a su regulación legal, el Código del Trabajo asume la existencia de un grupo de empresas, estableciendo que serán consideradas como un solo empleador, para efectos laborales y previsionales, “cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común...”.

Al efecto, hay consenso en cuanto a la identificación y necesidad de acreditación del principal requisito constituido por la dirección laboral común. Ugarte define la dirección laboral común como “el poder que una o más empresas tienen para influir, determinar o controlar las políticas de organización y funcionamiento de la actividad productiva y laboral de una o más empresas, existiendo entre ellas relaciones por un vínculo de propiedad”.¹²⁴ Para Irureta, ello implica que “todos los trabajadores adscritos a la organización se encuentran vinculados bajo subordinación o dependencia de un mismo titular, de modo tal que el empleador único ordena la vida interna y exige un determinado nivel de comportamiento en el trabajo”.¹²⁵

Sobre su alcance, la Dirección del Trabajo ha sostenido que constituye el elemento obligatorio e imprescindible para determinar la existencia de un solo empleador, para lo cual, debe atenderse a quién ejerce la facultad de organización laboral de cada unidad, con preeminencia a la razón social conforme a la cual cada empresa obtiene su individualidad jurídica (Dictamen N° 3.406-054, de 03.09.2014). En el mismo sentido, sostiene, sobre su interpretación, que este concepto no se limita a la bús-

123 Rojas (2015: 108-109).

124 Ugarte (2014: 83).

125 Irureta (2023: 210-211).

queda del vínculo de subordinación y dependencia, sino que se abre a otros elementos que caracterizan la realidad organizacional y que revelan una unidad de propósitos entre las distintas entidades empresariales (Dictamen N° 3.406-054, de 03.09.2014).

La jurisprudencia laboral progresivamente ha dotado de contenido a la noción de dirección laboral común, por ejemplo, a través de la acreditación de circunstancias que revelan la existencia de una línea societaria común entre las empresas, manifestadas en la existencia de departamentos administrativos (contabilidad y recursos humanos) comunes a todas las empresas; en el funcionamiento en un mismo lugar; en el uso de un logo común a través del cual se comercializan los productos elaborados por las restantes; y, que permitan revelar una gestión en común del trabajo y un poder de dirección laboral sobre los trabajadores con prescindencia de las razones sociales involucradas.¹²⁶

A su vez, los tribunales del trabajo han entendido que su alcance se extiende más allá de la potestad de mando o poder de dirección reconocida al empleador, abarcando también los casos en que existe una dirección unitaria que incide en la organización del trabajo dentro del grupo de empresas. Esto se manifiesta, por ejemplo, a través de directrices comunes para la toma de decisiones dentro del grupo, las cuales reflejan la personalidad de la compañía y que pueden ser percibidas como normativas de la administración hacia los empleados.¹²⁷

Además, el artículo 3 del Código del Trabajo incorpora otros elementos como indicios adicionales. Estos elementos, de carácter referencial y complementario respecto de la dirección laboral común, incluyen la “similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten” o “la existencia entre ellas de un controlador común”.

Según López, el primero constituye un indicio material que evidencia la existencia de una organización laboral compartida por dos o más empresas, caracterizada por sociedades que, además de compartir domicilio y representante, explotan conjuntamente un mismo giro,¹²⁸ o bien, que tienen actividades interrelacionadas, como ocurre, por ejemplo, si

126 *Maldonado con Ingeniería, Manufactura y Montaje de Acero SPA* (2020): Corte Apelaciones Santiago 8 de abril de 2020, (recurso de nulidad) ROL N° 2413-2019.

127 *Sindicato Interempresa FCAB con Ferrocarriles de Antofagasta a Bolivia* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta 05 de noviembre de 2018, (declaración de único empleador) RIT O-173-2018.

128 López (2010: 76).

una de las empresas es una automotora y la otra es la empresa que presta el servicio técnico.¹²⁹

Por su parte, la expresión “controlador”, que se utiliza en esta disposición legal, está expresamente definida en el artículo 97 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores. Es importante destacar que la existencia de un controlador común implica un vínculo o conexión en la gestión de las empresas, particularmente en el ámbito laboral. No es suficiente con el simple sometimiento económico a un controlador, ya que de acuerdo al inciso quinto del artículo 3, la “mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior”. Se requiere del ejercicio de facultades directivas y disciplinarias, así como la toma de decisiones sobre aspectos fundamentales, tales como los horarios de trabajo, los sistemas remuneraciones y las decisiones vinculadas con la contratación o despido de trabajadores.¹³⁰

2.3.3. La acción judicial de declaración de un solo empleador y el contenido de la sentencia que accede a ella

El artículo 507 del Código del Trabajo establece que esta acción puede ser ejercida por las organizaciones sindicales o los trabajadores de las respectivas empresas que consideren que sus derechos laborales o previsionales han sido afectados, en cualquier momento, excepto durante el período de negociación colectiva según lo establecido en el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código. En este último caso, si el procedimiento judicial iniciado se prolonga más allá de la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras se resuelve. Se entenderá, para todos los efectos legales, que la vigencia del instrumento colectivo vigente se prorroga hasta treinta días después de ejecutoriada la sentencia, momento en el cual se reanudará la negociación en la forma que determine el tribunal según lo dispuesto en la ley.

Por su parte, la sentencia que declara la existencia de la unidad económica, deberá así indicarlo, individualizando a las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales.

129 Irureta (2023: 213).

130 Irureta (2023: 214-215).

nales, conforme a lo señalado en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código. Asimismo, debe señalar de manera concreta las medidas a que se encuentra obligado el empleador, dirigidas a materializar su calidad de tal, así como aquellas destinadas al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren; bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de lo ordenado.

De igual forma, debe contener la determinación acerca de si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a una simulación en la contratación de trabajadores a través de terceros o a la utilización de cualquier subterfugio para ocultar, disfrazar o alterar su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales establecidas en la ley o en la convención. En este caso, la sentencia señalará de manera precisa las conductas que constituyen dicha simulación o subterfugio y los derechos laborales y previsionales que por dicha vía se hubieren vulnerado, debiendo aplicar al infractor una multa de 20 a 300 Unidades Tributarias Mensuales.

Por último, el efecto de la declaración de un solo empleador será la responsabilidad solidaria respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de los instrumentos colectivos, al tiempo que dicha sentencia se aplicará respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales.

En el caso de las consecuencias en la faz colectiva, el artículo 3 del Código del Trabajo establece que “los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas. Los sindicatos interempresa que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos. En todos estos casos, la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por las normas establecidas en el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código”.

3. Potestades del empleador y obligaciones de seguridad

Abordaremos inicialmente algunos aspectos generales del contenido del contrato laboral. Al hablar del contenido del contrato de trabajo, nos referimos a los derechos y obligaciones que emanan para las partes contratantes, específicamente para el trabajador y el empleador.

El contenido patrimonial del contrato laboral se vincula con las obligaciones principales que este conlleva, esto es, la obligación de prestar servicios personales por parte del trabajador y la obligación de pagar la remuneración por parte del empleador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Código del Trabajo.

También, es posible reconocer el contenido potestativo del contrato laboral. Como observamos previamente, cuando nos referimos al contrato de trabajo estamos haciendo alusión a una relación de poder entre privados.¹³¹ Así que, aunque se le designe como “contrato”, la relación entre el empleador y el trabajador no implica coordinación entre ambos, sino más bien una relación jerárquica.¹³² A mayor abundamiento, el trabajador está subordinado a otro sujeto, el empleador. De manera concreta, la subordinación puede definirse como el poder privado de una persona sobre otra. En el ámbito laboral, este poder privado o prerrogativas del empleador son las que se reconocen como sus potestades.

El empleador detenta la potestad de mando o de dirección, la potestad de variación, la potestad de reglamentación y la potestad disciplinaria, las que serán analizadas con mayor detalle en las siguientes secciones de este material docente.

Se reconoce asimismo el contenido personal del contrato de trabajo, el cual guarda estrecha relación con el deber de buena fe que deben respetar ambas partes contratantes. Por su parte, el empleador debe proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, debe cumplir con el deber de previsión, con el de ocupación adecuada y efectiva, debe capacitar a sus trabajadores y respetar sus derechos fundamentales. Cabe hacer presente que tanto la doctrina como la jurisprudencia emplean también la terminología “contenido ético-jurídico del contrato de trabajo” para referirse a estos deberes y obligaciones.

131 Supiot (1996: 133).

132 Gamonal y Guidi (2020: 36).

3.1. Contenido Potestativo

Antes de abordar en detalle las potestades de dirección, variación, reglamentación y disciplinaria, examinaremos algunas características generales relacionadas con el contenido potestativo del contrato de trabajo.

La facultad del empleador para determinar el cómo de la actividad laborativa pactada en el contrato de trabajo constituye el contenido potestativo. Sin embargo, este poder no es absoluto, sino que está sujeto a restricciones y regulaciones establecidas tanto por la legislación laboral como, en un escenario ideal, por la negociación colectiva.¹³³

Algunas de sus principales características son las siguientes:¹³⁴

- a. Se trata de un poder conferido y reconocido al empleador según las disposiciones del ordenamiento jurídico laboral. Aunque su origen se encuentra en el contrato, su ejercicio está sujeto a regulaciones establecidas por la ley. Esto se debe a que representa un poder privado de un individuo sobre otro con una intensidad tal que desequilibra la relación entre empleador y trabajador.
- b. Son potestades abiertas e indeterminadas, ya que no es posible anticipar todas las alternativas o variables del trabajo diario de manera previa. Esta limitación se presenta tanto a nivel legal como contractual. Su ejercicio abusivo pueda acarrear un nivel considerable de responsabilidad para el empleador, como se observa, por ejemplo, en casos de acoso laboral y sexual.
- c. Se funda en el derecho constitucional a la libre iniciativa económica, reconocido en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental.
- d. Es un poder limitado, desde una triple perspectiva.

En primer lugar, es funcional al objetivo del contrato, por lo que sólo se permite para dar cumplimiento al mismo. Lo anterior determina que la vida privada del trabajador y su tiempo de descanso quedan fuera de su competencia.

Además, desde una perspectiva externa, se trata de un poder doblemente intervenido, por un lado, por la normativa estatal y, por el otro, por la normativa colectiva.

En tercer lugar, está limitado por los derechos fundamentales del trabajador, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo. Esto determina que, en caso de conflicto, se deba ponderar entre los derechos fundamentales del

133 Gamonal, Sergio (2020b: 40).

134 Vid. Gamonal y Guidi (2015: 130-131) y Gamonal y Guidi (2020: 40-41).

trabajador y del empleador.¹³⁵ Es dable resaltar la relevancia de este límite, ya que en muchas ocasiones estas potestades legales del empleador se emplean en forma desviada, pero con una apariencia técnica, lo cual constituye un desafío significativo para la protección del trabajador.

3.2. Potestad de Mando o de Dirección

La potestad característica del contrato de trabajo es el poder de dirección o de mando del empleador.

Se refiere a la facultad que tiene el empleador para organizar, dirigir y administrar su empresa. En términos simples, implica que el empleador tiene la facultad de dar instrucciones generales y/o particulares sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del contrato.¹³⁶ Por ende, a través de estas decisiones va determinando el contenido preciso de la prestación de servicios a que está obligado el trabajador,¹³⁷ estableciendo los términos y el modo en que esta obligación debe cumplirse.¹³⁸

Como contrapartida, el trabajador tiene la obligación de acatar las directrices impartidas por su empleador o su representante,¹³⁹ siempre que sean legales, emanen de quien esté habilitado o legitimado para ello, no exijan conductas delictivas y respeten sus derechos fundamentales.¹⁴⁰

La máxima expresión de esta potestad es la de variación, también conocida como “jus variandi”. Se trata de una potestad excepcional que autoriza al empleador a alterar o modificar unilateralmente y sin requerir el acuerdo del trabajador ciertas condiciones accesorias del contrato de trabajo. En palabras de Plá, consiste en la “potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador”.¹⁴¹

Sin duda, esta potestad se aparta de las reglas generales que rigen el derecho privado de los contratos, especialmente del principio *pacta sunt servanda*. En consecuencia, resulta imperativo reflexionar acerca de su fundamento y objeto.

135 Gamonal y Guidi (2020: 40 y 41).

136 Alonso y Casas (2006: 426).

137 Biagi y Tiraboschi (2007: 604).

138 Persiani y Proia (2008: 224).

139 Gamonal y Guidi (2020: 42).

140 Lizama y Lizama (2019: 112).

141 Plá citado por Ermida (1989: 31).

Actúa como una válvula de escape para el trabajador, otorgando cierta flexibilidad para adaptar el contrato de trabajo a la realidad, mientras que, para el empleador, el *jus variandi* le permite ejercer su poder de dirección,¹⁴² al ajustar las tareas contratadas según las necesidades cambiantes de la producción, especialmente frente a situaciones especiales, anormales o excepcionales.¹⁴³

En nuestra legislación, estos ajustes incluyen hipótesis de *jus variandi* general y especial. Dentro de las primeras se distingue el *jus variandi* funcional, geográfico y temporal.

El *jus variandi* funcional está regulado en el inciso primero del artículo 12 del Código del Trabajo. Esta disposición autoriza al empleador a alterar la naturaleza de los servicios, siempre y cuando se trate de labores similares y dicha modificación no importe menoscabo para el trabajador. La modificación en la forma y modalidad del trabajo debe ser a labores similares, es decir, aquellas que demandan un esfuerzo intelectual o físico idéntico, se realizan en condiciones higiénicas y ambientales parecidas a las originales, y se llevan a cabo en un nivel jerárquico semejante al que el trabajador desempeñaba previo al ejercicio de esta potestad.¹⁴⁴

Existe otro tipo de *jus variandi* general conocido como geográfico. Conforme lo establecido en el inciso segundo del artículo 12 del Código del ramo, el empleador puede alterar el sitio o recinto de las labores contratadas, con la restricción de que el nuevo sitio o recinto debe quedar dentro del mismo lugar o ciudad. Además, en este caso, también se aplica el límite del menoscabo.

Esta misma disposición legal reconoce al empleador la posibilidad de modificar la distribución de la jornada de trabajo, ya sea anticipando o postergando su hora de inicio, en caso de que existan circunstancias que afecten todo el proceso productivo de la empresa, del establecimiento o de alguna de sus unidades o conjuntos operativos. No obstante, es necesario dar aviso al trabajador con al menos treinta días de anticipación y respetar el límite del menoscabo. Se trata de una hipótesis de *jus variandi* temporal en cuanto al cambio de distribución de la jornada laboral.

Otro caso de *jus variandi* temporal en que se permite al empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo, es el regulado en el artículo 37 del Código del Trabajo. En caso de fuerza mayor, permite al emplea-

142 Gamonal y Guidi (2015: 133).

143 Macchiavello (1986: 239).

144 Gamonal y Guidi (2015: 134).

dor distribuir la jornada ordinaria de trabajo incluyendo el día domingo o festivo. Además, especifica que, si la Dirección del Trabajo determina fundadamente que no hubo fuerza mayor, el empleador deberá remunerar estas horas como extraordinarias y se le aplicará una multa según lo previsto en el artículo 506 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el artículo 29 del Código del Trabajo consagra otra hipótesis de *ius variandi temporal*, pero en este caso se permite alterar la extensión de la jornada. Por esta razón, se habla de jornada ampliada o extendida.

El artículo 29 recién citado dispone que puede excederse la jornada ordinaria, pero sólo en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevenga fuerza mayor o caso fortuito, o cuando sea necesario impedir accidentes o efectuar arreglos o reparaciones impostergables en maquinarias o instalaciones. Con todo, las horas que se trabajen en exceso se pagarán como extraordinarias. La doctrina entiende que en este caso también se aplica el límite del menoscabo, aun cuando la norma no lo mencione expresamente.¹⁴⁵

Ahora bien, ¿qué se entiende por menoscabo?

Se ha entendido que el menoscabo “se refiere en forma integral a la persona del trabajador”.¹⁴⁶ Por lo tanto, abarca el menoscabo socioeconómico, moral, físico y ambiental.

La jurisprudencia administrativa ha definido menoscabo socioeconómico como cualquier hecho o circunstancia que conduzca a una disminución del nivel socioeconómico del trabajador en la empresa. Esto podría manifestarse, por ejemplo, en mayores costos de transporte entre su domicilio y el nuevo sitio o recinto donde prestará sus servicios, la disminución de sus ingresos, la imposibilidad de realizar horas extras, entre otras circunstancias.¹⁴⁷

El menoscabo moral se manifiesta a través de un incremento en la subordinación, ya sea debido a modificaciones en la jerarquía empresarial o a una mayor relación de dependencia y subordinación. Por ejemplo, podría conllevar una reducción en la esfera de influencia o una disminución del área de ejecución o desempeño de sus responsabilidades laborales.¹⁴⁸

145 Gamonal y Guidi (2020: 137).

146 Lizama y Lizama (2019: 175).

147 Gamonal y Guidi (2015: 135).

148 Gamonal y Guidi (2015: 135).

El menoscabo físico o ambiental implica una alteración negativa en las condiciones físicas en las que se lleva a cabo la prestación de servicios, por ejemplo, si el nuevo sitio o recinto designado para la prestación de servicios carece de la infraestructura necesaria para que el trabajador pueda cumplir con esta obligación de la misma manera que lo hacía en su ubicación laboral anterior.¹⁴⁹

El Código del Trabajo también consagra hipótesis de *ius variandi* especial respecto de los dependientes del comercio (artículo 24), de los trabajadores agrícolas (artículo 89), a propósito del contrato de embarco (artículos 101, 117 y 118) y del contrato de tripulantes de vuelo y de cabina (artículo 152 ter D). Por exceder del objetivo de este material docente, nos limitaremos únicamente a mencionar las disposiciones legales pertinentes.

Ahora bien, el artículo 12 del Código del Trabajo contempla un procedimiento de reclamo administrativo, revisable ante el Tribunal del Trabajo, con el fin de abordar casos de *ius variandi* ilícito. En este contexto, el trabajador afectado puede presentar un reclamo ante el Inspector del Trabajo correspondiente, dentro de un plazo de 30 días hábiles contados desde la ocurrencia del hecho o desde la notificación del aviso correspondiente, dependiendo de si se trata de la hipótesis de *ius variandi* contemplada en el inciso primero o segundo del artículo 12. El Inspector del Trabajo determinará si se cumplen las condiciones específicas de cada caso. Tanto el trabajador como el empleador tienen la opción de recurrir de esta resolución ante el juez competente dentro de los cinco días siguientes a su notificación, a fin de que resuelva en única instancia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.

Sin embargo, si el trabajador recurre al mismo, es difícil que pueda continuar la ejecución del contrato, sin perjuicio de la garantía de indemnidad. Por consiguiente, es importante tener en cuenta que existen otras vías de impugnación,¹⁵⁰ tales como las acciones por despido indirecto y/o a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales (artículos 485 y 489 del Código del Trabajo), si es que se vulneran derechos fundamentales del trabajador.

149 Sentencia de la Corte Suprema, ROL N° 17828, de 22 de octubre de 1992, citada por Lizama y Lizama (2019: 175).

150 En Gamonal y Guidi (2015: 139-140).

3.3. Potestad reglamentaria. Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad

El empleador debe organizar a los trabajadores en una estructura compleja, dotada de instalaciones físicas y orientada hacia un conjunto de metas, perspectivas, políticas estratégicas y proyectos específicos en torno a la actividad productiva.¹⁵¹ Esto implica coordinar el trabajo mediante instrucciones, directrices y reglamentos, como el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Macchiavello define al reglamento interno de orden, higiene y seguridad como el conjunto de reglas establecido por el empleador en su establecimiento-empresa para regular el comportamiento laboral y la conducta de los trabajadores durante su permanencia en la misma. Estas reglas operan dentro del marco de la organización de la empresa y en concordancia con los derechos, obligaciones y prohibiciones estipulados en el contrato de trabajo.¹⁵²

Este reglamento no agota completamente los alcances de la potestad de reglamentación, sin embargo, en la práctica, se erige en la herramienta más apropiada y eficiente para que el empleador garantice la disciplina, el orden y la productividad en la empresa. Desde la óptica del trabajador, brinda la certeza necesaria en relación con sus derechos, garantías, prohibiciones y obligaciones.¹⁵³

El Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad está regulado en los artículos 153 y siguientes del Código del Trabajo.

Conforme al artículo 153, la elaboración de dicho instrumento es obligatoria para todas aquellas empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que cuenten normalmente con diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aun cuando estén ubicadas en distintas localidades. Esto no impide que el empleador pueda dictar un reglamento interno incluso en aquellas empresas que tengan menos de diez trabajadores.

Según la norma citada, este reglamento comprenderá las obligaciones y prohibiciones a que deberán sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la empresa o establecimiento correspondiente. Se centra especialmente en establecer

151 Lizama (2003: 78).

152 Macchiavello (1986: 245).

153 Melis y Sáez (2000: 805-806).

las normas necesarias para garantizar un ambiente laboral digno y de respeto mutuo entre los trabajadores.

El artículo 154 del Código del Trabajo, establece que, a lo menos debe contener las menciones que se enuncian a continuación:

1.- Las horas en que empieza y termina el trabajo, así como los correspondientes a cada turno en caso de trabajo por equipos.

2.- Los descansos.

3.- Los distintos tipos de remuneraciones.

4.- El lugar, día y hora de pago.

5.- Las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores. El inciso final de esta disposición legal agrega que las obligaciones y prohibiciones mencionadas en este numeral, así como cualquier medida de control, solo pueden llevarse a cabo mediante medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral. En cualquier caso, su aplicación debe ser general, garantizando la impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador.

6.- La designación de los cargos ejecutivos o dependientes del establecimiento, a quienes los trabajadores deban dirigir sus peticiones, reclamos, consultas y sugerencias. En empresas con doscientos trabajadores o más, se requiere un registro que detalle los diversos cargos o funciones en la empresa junto con sus características técnicas esenciales.

7.- Las normas especiales relacionadas con las distintas clases de faenas, considerando la edad y el sexo de los trabajadores, y los ajustes necesarios y servicios de apoyo que posibiliten a los trabajadores con discapacidad un desempeño laboral adecuado.

8.- La forma de comprobación del cumplimiento de las leyes de previsión, servicio militar obligatorio, cédula de identidad y, en el caso de menores, el cumplimiento de la obligación escolar.

9.- Las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deben ser observadas en la empresa o establecimiento.

10.- Las sanciones aplicables por infracción a las obligaciones establecidas en este reglamento, las que se limitarán a amonestaciones verbales o escritas, así como multas que no excederán el veinticinco por ciento de la remuneración diaria.

11.- El procedimiento al que se sujetará la aplicación de las sanciones mencionadas en el número anterior.

12.- El protocolo de prevención respecto del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo, y el procedimiento al que se someterán las trabajadoras y los trabajadores, en conformidad a lo dispuesto en el Título IV del Libro II, el que considerará las medidas de resguardo a adoptar respecto de los involucrados y las sanciones que se aplicarán. Agrega que en el caso de denuncias sobre acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo, el empleador que, frente a una denuncia presentada por el trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento contemplado en el Título IV del Libro

II, no estará afecto al aumento señalado en el artículo 168 inciso primero letra c) del Código del Trabajo.

13.- El procedimiento al que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis, que consagra el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. Precisa que, en cualquier circunstancia, tanto el reclamo como la respuesta del empleador deben constar por escrito y estar debidamente fundados. El empleador debe entregar su respuesta en un plazo máximo de treinta días a partir de la presentación del reclamo por parte del trabajador.

Conforme al artículo 153 inciso tercero del Código del Trabajo, dentro de los cinco días posteriores a su entrada en vigencia una copia de este Reglamento debe ser remitida tanto al Ministerio de Salud, encargado de revisar la sección de higiene y seguridad, como a la Dirección del Trabajo, responsable de controlar su parte laboral. Ambas entidades tienen la facultad de exigir ajustes o modificaciones al Reglamento, ya sea por motivos legales o debido a la omisión de disposiciones obligatorias según lo establecido en el artículo 154 del Código del Trabajo.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 156 del Código del Trabajo, el Reglamento y sus modificaciones debe ser dado a conocer a los trabajadores con un mínimo de 30 días de antelación antes de su implementación. Además, se requiere que sea exhibido en al menos dos lugares visibles en el sitio de trabajo con la misma anticipación. Asimismo, se debe proporcionar una copia a los sindicatos, al delegado de personal y al Comité Paritario presente en la empresa. Este proceso asegura una notificación adecuada y accesible a todas las partes involucradas en el ámbito laboral.

El delegado de personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa tienen el derecho de impugnar las disposiciones del Reglamento que consideren ilegales. Este proceso se lleva a cabo presentando la impugnación ante la autoridad de salud o la Dirección del Trabajo, según corresponda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 153 del Código del Trabajo.

En las líneas que siguen, destacaremos algunas características del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad que consideramos relevantes desde un punto de vista práctico, tales como:

- a. El reglamento interno no forma parte del contrato de trabajo ya que surge exclusivamente de la voluntad unilateral del empleador, siendo un acto propio de éste. Incluso si se firma un anexo para incluirlo al contrato, esta incorporación adolece de un

- manto de duda, ya que el trabajador subordinado tendría escasas posibilidades de oponerse.
- b. En caso de aceptarse la incorporación del reglamento al contrato de trabajo, esta no puede contener disposiciones abusivas ni disminuir las cláusulas previamente acordadas entre las partes.
 - c. Como se trata de un acto soberano de la empresa, el reglamento interno puede ser alterado a discreción por el empleador, pero cualquier modificación no puede tener efecto retroactivo.
 - d. El artículo 4º inciso segundo del Código del Trabajo también se aplica al reglamento interno de la empresa. Por lo tanto, rige respecto al nuevo empleador, sin perjuicio de que este pueda modificarlo según lo establecido por las normas legales correspondientes.¹⁵⁴

3.4. Potestad Disciplinaria

La potestad disciplinaria confiere autoridad al empleador al interior de la empresa.¹⁵⁵ Está dirigida a la corrección de comportamientos que contravengan la disciplina laboral, para mantener el orden dentro de la organización.¹⁵⁶

¿Cómo se logra este propósito?

A través de un conjunto de sanciones aplicables a los trabajadores en caso de incumplimientos, respaldadas por un procedimiento para determinar responsabilidades, todo lo cual debe estar establecido en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 154 del código del ramo.

En esta disposición legal, se detallan diversas sanciones disciplinarias, a saber: amonestación verbal o escrita y multa. Con todo, es importante destacar que la máxima manifestación de esta potestad es el despido disciplinario contemplado en el artículo 160 del Código del Trabajo, el cual también constituye una sanción aplicable. En relación con las multas, es relevante mencionar que existen requisitos y restricciones específicos, los cuales se encuentran establecidos en los artículos 154 N° 10 y 157 del mismo código.

La posibilidad de suspender al trabajador sin remuneración no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico como sanción. Sin em-

154 Gamonal y Guidi (2015: 142-145).

155 Gamonal y Guidi (2020: 46).

156 Lizama y Lizama (2019: 115).

bargo, la doctrina ha reconocido esta opción en casos de acoso sexual bajo la vigencia de la ley N° 20.005 de 2005, siempre y cuando se suspendiera el contrato del presunto acosador con derecho a remuneración. Esta suspensión se consideraba una medida de resguardo aplicable en situaciones particularmente graves, cuando las demás medidas previstas en la legislación resultan insuficientes o impracticables.¹⁵⁷ Lo propio podría sostenerse tras la entrada en vigencia de la ley N° 21.643 de 2024, que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales, en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el trabajo.

Por último, la doctrina identifica ciertos límites a los cuales está sujeta la potestad disciplinaria, los cuales derivan de los objetivos del contrato de trabajo, la autonomía colectiva o el marco legal. Entre estos, destacan los siguientes:

- a. Se establece un primer límite interno, el cual implica que las sanciones deben ajustarse a los objetivos del contrato de trabajo.
- b. Las sanciones deben contar con respaldo legal, excepto en la situación que la doctrina destaca en relación con las medidas de resguardo en casos de acoso sexual.
- c. Las sanciones deben ser razonables y proporcionales en relación con la infracción.
- d. Las sanciones no pueden ser utilizadas como represalia (garantía de indemnidad), con la intención de acosar, abusar o vengarse del trabajador. Además, el *ius variandi* no puede tener como objetivo sancionar al trabajador.
- e. La potestad disciplinaria limita con los derechos fundamentales del trabajador, según lo establece el artículo 5 del Código del Trabajo.¹⁵⁸

3.5. Obligaciones de Seguridad

Una de las principales obligaciones del empleador consiste adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.

Según lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo esto implica:

- Informar sobre posibles riesgos.

157 Lizama y Ugarte (2005: 40).

158 Gamonal y Guidi (2020: 47 y 48).

- Mantener condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas.
- Proporcionar los implementos necesarios para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
- Prestar o garantizar elementos necesarios para que los trabajadores, en caso de accidente o emergencia, puedan acceder a: a. Atención médica oportuna. b. Atención hospitalaria adecuada. c. Atención farmacéutica oportuna y adecuada.

Es un deber amplio cuyo propósito es minimizar al máximo los posibles riesgos inherentes a la actividad en cuestión y garantizar su protección integral, mediante los mecanismos establecidos en esta disposición legal.¹⁵⁹

En este contexto, la Excelentísima Corte Suprema, en los considerandos quinto y sexto de la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2019 en la causa ROL N° 6.523-2018, ha afirmado que: “este precepto legal —artículo 184— contiene un concepto jurídico indeterminado, cual es el deber de seguridad del empleador, que ha de traducirse en la adopción de medidas adecuadas de protección de la vida y salud de los trabajadores, así como la entrega de elementos de protección necesarios para prevenir los riesgos laborales, y cuya medida de cumplimiento se establece en cada caso concreto conforme a los hechos que se acrediten y a la culpa que sea atribuible al empleador en los resultados dañosos de un accidente del trabajo”. Agrega que, “lo peculiar de la responsabilidad civil por culpa en la organización reside en la condición de que la conducta de la empresa debe haber infringido un deber de cuidado, establecido en la ley, los usos normativos o por el juez, en consideración de la conducta que se puede esperar de la organización empresarial, atendidas las circunstancias”.¹⁶⁰

Conforme al artículo 184 bis del Código del Trabajo, cuando sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, el empleador deberá:

- a. Informar de inmediato a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo y las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo.
- b. Adoptar medidas para la suspensión inmediata de las faenas afectadas y la evacuación de los trabajadores, en caso de que no sea posible eliminar o atenuar el riesgo.

159 Gamonal (2021: 147).

160 Venegas (2023: 92).

El trabajador tiene el derecho de interrumpir sus tareas y, en caso necesario, abandonar su lugar de trabajo si considera, de manera justificada, que continuar con ellas implica un riesgo significativo e inminente para su vida o salud. Al tomar esta decisión, el trabajador deberá informar al empleador en el plazo más breve posible, y este último, a su vez, comunicará la suspensión de las labores a la Inspección del Trabajo correspondiente.

En situaciones en las que la autoridad competente ordene la evacuación de áreas afectadas por emergencias, catástrofes o desastres, el empleador debe suspender las actividades de inmediato y proceder a evacuar a los trabajadores. La reanudación de las labores solo puede llevarse a cabo cuando se aseguren condiciones seguras y apropiadas para la prestación de los servicios. La supervisión del cumplimiento de estas disposiciones recae en la Dirección del Trabajo.

En todos estos casos, la implementación de estas medidas no puede resultar en perjuicio o menoscabo alguno para el trabajador. En consecuencia, el trabajador debe recibir su remuneración completa, sin descuentos, y no debe sufrir represalias de ningún tipo.¹⁶¹ Además, numerosos textos legales y reglamentarios complementan el deber de protección del empleador. A continuación, se enumeran algunos de ellos:

- Título I del Libro II del Código del Trabajo.
- Código Sanitario.
- Ley N° 16.744 de 1968, sobre Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- Ley N° 20.001 de 2005, sobre Protección de los Trabajadores de Carga y Descarga de Manipulación Manual.
- Ley N° 20.096 de 2006, que establece los mecanismos de control aplicables a las sustancias agotadoras de la capa de ozono.
- También, el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, decreto supremo N° 594 de 1999, del Ministerio de Salud; modificado por el decreto supremo N° 201 del Ministerio de Salud de 27 de abril de 2001; el decreto supremo N° 72 de 1985, del Ministerio de Minería, sobre Seguridad Minera; el decreto N° 18 de 2020, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el Reglamento del artículo 152 quáter M del Código del Trabajo, que establece condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo a que deben sujetarse los trabajadores que prestan servicios en las

161 Gamonal (2021: 146-147).

modalidades de trabajo a distancia o teletrabajo, de acuerdo con los principios y condiciones de la ley N° 16.744, entre otros; así como los Reglamentos Internos de las empresas.¹⁶²

162 Vid. Gamonal y Guidi (2015).

Capítulo 3

Constitución laboral y ciudadanía del trabajador en la empresa

1. Derechos fundamentales de titularidad del empleador y del trabajador. Principio de no discriminación

El propósito de esta sección es abordar y explicar la idea de “ciudadanía del trabajador en la empresa”.

De acuerdo con el inciso 1º del artículo 5 del Código del Trabajo, el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador encuentra su límite en el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, particularmente en situaciones que puedan afectar su intimidad, vida privada o honra. De esta manera, el empleador, haciendo uso de las facultades que la ley le otorga no puede afectar la esencia de los derechos fundamentales de titularidad del trabajador. Sólo puede restringirlos en el ámbito empresarial cuando esta medida esté suficientemente justificada, y no sea arbitraria o desproporcionada.

Para el derecho del trabajo no existen dudas de que el trabajador es titular de derechos fundamentales por su calidad de tal,¹⁶³ no obstante, desde fines de la década de los noventa, una de las principales evoluciones del derecho laboral contemporáneo ha sido la aplicabilidad horizontal, mediata y/o inmediata,¹⁶⁴ de las disposiciones constitucionales.

163 Gamonal y Guidi (2020: 1).

164 De todas formas, la doctrina no ha consensuado de manera unánime la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, argumentando, entre otros puntos, que la concepción original e histórica de los derechos humanos los configura de manera exclusiva contra el Estado y no frente a particulares. Vid. Correa (2004: 2 y ss.). Este trabajo inédito se basa en la ponencia presentada con fecha 13 de enero de 2004, en el VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, Santiago de Chile.

Por otro lado, Ferreres ha argumentado que las relaciones entre particulares están reguladas de manera democrática y objetiva por el legislador, a diferencia de la relación entre el Estado y los ciudadanos, donde el legislador podría no ser imparcial. Esto justificaría que la eficacia vertical de los derechos fundamentales limite las acciones del Estado. Además, señala que la naturaleza abierta de los derechos fundamentales podría ampliar más allá de lo razonable las facultades

les en las relaciones entre particulares, lo que ha permitido una mayor tutela de los derechos ciudadanos del trabajador. En consecuencia, los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos de las personas frente al Estado, sino que también poseen una dimensión objetiva que facilita la protección efectiva del trabajador mediante “la aplicabilidad directa de las normas constitucionales en las relaciones entre particulares”.¹⁶⁵

En este contexto, la *ciudadanía del trabajador en la empresa*¹⁶⁶ constituye el avance más significativo. En palabras de Ojeda Avilés, “la protección del trabajador como ciudadano y sus derechos fundamentales en la empresa pasan a ser un componente estructural de las relaciones laborales, y [...] una de las reflexiones culturales más importantes del derecho del trabajo de nuestro tiempo”.¹⁶⁷

La noción de “ciudadanía del trabajador en la empresa” expresa “la idea de proyección de los derechos ciudadanos del trabajador al interior del contrato de trabajo, específicamente como límites al poder del empleador”.¹⁶⁸ En otras palabras, reconoce que el trabajador o trabajadora no deja de ser ciudadano o ciudadana por el hecho de incorporarse en una unidad productiva, y por consiguiente no sólo deben respetarse los derechos reconocidos a nivel constitucional que tienen un contenido típica o específicamente laboral (es decir, aquellos reconocidos al ser humano en su calidad de trabajador, como el derecho a la no discriminación laboral, libertad sindical, huelga, etc.), sino también aquellos derechos fundamentales que tenemos todos (trabajadores y no trabajadores) por el solo hecho de ser personas (tales como el derecho a la vida, integridad física y psíquica, intimidad, honra, libertad de expresión, etc.) y que pueden resultar vulnerados en el contexto laboral.¹⁶⁹ Dicho

del juez, llevando a una abierta discrecionalidad judicial que podría afectar la seguridad jurídica. Ferreres (2001: 48-49).

Un punto adicional presentado por Jana es que la aplicabilidad horizontal podría funcionar como una restricción excesiva de la autonomía privada, lo que representa un riesgo para la tradición argumentativa del derecho privado. Vid. Jana, Andrés (2001: 64 y ss.). Vid. Gamonal y Guidi (2020: 17 y ss.).

165 Gamonal (2004a: 35).

166 También conocida como la doctrina del “Drittwirkung”, “efecto pleno de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares” o “principio de vinculación directa de la Constitución”. Ugarte (2004b: 26).

167 Ojeda, citado por Lizama y Ugarte (2009: 4).

168 Gamonal y Guidi (2020: 34).

169 Gamonal (2004b: 5).

de otro modo, “se trata de aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban disminuidos en la relación de trabajo, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador”.¹⁷⁰

Baylos habla de las “dos ciudadanías” del trabajador, una externa y otra al interior de la empresa, a la que denomina “ciudadanía atenuada”. Este término refleja que la inserción del trabajador en la empresa no elimina las posibles restricciones al ejercicio de sus derechos fundamentales.¹⁷¹

Por lo tanto, es crucial diferenciar entre la vida profesional y extra-profesional del trabajador,¹⁷² donde los derechos ciudadanos del trabajador dentro del ámbito laboral sirven como límite a las facultades del empleador.

1.1. Derechos específica e inespecíficamente laborales. Derecho a la no discriminación laboral

En Chile, la “Constitución laboral”¹⁷³ consagra, reconoce y tutela los siguientes derechos de índole específicamente laboral: la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la justa retribución, el derecho a la no discriminación laboral, el derecho a la negociación colectiva, la libertad sindical, la autonomía colectiva y el derecho a huelga.

En el ámbito laboral, el artículo 19 N° 16, párrafo tercero, de la Carta Fundamental regula el principio de no discriminación, prohibiendo distinciones que no se funden en la capacidad o idoneidad personal, aunque reconoce la posibilidad de que la ley pueda requerir la nacionalidad chilena o establecer límites de edad en determinados casos específicos.

Esta norma constitucional se enlaza con el artículo 19 N° 2, inciso tercero, que reconoce la “igualdad ante la ley” al prohibir diferencias arbitrarias por parte de la ley o cualquier autoridad. A su vez, el artículo 1, inciso primero, que establece las bases de la institucionalidad, proclama que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, garantizando “la igualdad en la ley” o, según la doctrina, la “igualdad de derechos”. Asimismo, el artículo 19 N° 2, inciso segundo, refuerza este principio al afirmar que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiado”.

170 Gamonal y Guidi (2015: 276).

171 Baylos (1991: 97-99).

172 Couturier (1996: 359).

173 Gamonal (1998: 42).

En un contexto más amplio, el inciso final del artículo 1 establece la responsabilidad del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, erigiéndose como el principio promotor del derecho a la “igualdad de oportunidades” o “igualdad material”.

En esencia, el derecho a la igualdad ante la ley implica que todas las personas están sometidas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos, sin que sea admisible realizar distinciones arbitrarias entre ellas.¹⁷⁴

Una manifestación clave del derecho a la igualdad es el derecho a la no discriminación, ya que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.¹⁷⁵ Según afirma la Dirección del Trabajo, este último no se limita a ser simplemente una especificación del primero; más bien, representa una evaluación singular de la necesidad de brindar una protección especial y reforzada a situaciones de desigualdad que se consideran particularmente perjudiciales (Dictamen N° 3.704-134, de 11-08-2004).

Con todo, es esencial señalar que la noción de discriminación no es intrínsecamente ilegítima cuando se entiende como la posibilidad de diferenciar o distinguir,¹⁷⁶ pero la situación cambia cuando esta distinción o tratamiento diferenciado (discriminación) es arbitrario o injusto.¹⁷⁷ Se argumenta que discriminar de manera arbitraria o injusta implica otorgar un trato privilegiado o de inferioridad a quien está en una situación similar al individuo con el que se compara, afectando el trato precisamente en lo que se equipara; o tratar de manera igual a dos entidades, aunque entre ellas exista una diferencia que deba considerarse, ya que el tratamiento incide, precisamente, en aquello que las hace distintas.¹⁷⁸

El artículo 2 del Código del Trabajo materializa legalmente el principio de no discriminación laboral establecido en el artículo 19 N° 16, párrafo tercero, de la Constitución Política de la República, y refuer-

174 Evans (2004: 125).

175 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. En similar sentido: Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44.

176 Gamonal (2020a: 94).

177 Gamonal (2020a: 94).

178 Fernández (2001: 58).

za la prohibición de discriminación en relación con aquellos criterios que son potencialmente más frecuentes en la distinción de trato en este ámbito.¹⁷⁹

La referida disposición legal, en su tercer inciso, prescribe que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Agrega, en su inciso cuarto, que se entenderá como actos de discriminación “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad, origen social o cualquier otro motivo, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Además, especifica que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”.

Lo propio se ha reconocido tangencialmente en los artículos 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la OIT sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958, al emplear las expresiones “igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Además, se detalla que “los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”. El artículo 1 de este Convenio define la voz discriminación como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”¹⁸⁰

Por su parte, cabe hacer presente que las principales Declaraciones, Tratados Internacionales, Pactos y Convenciones ratificados y vigentes en nuestro país, que han reconocido expresamente el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, son, en especial:

- Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) en 1948.

¹⁷⁹ Lizama y Ugarte (1998: 239).

¹⁸⁰ Artículo 1 del Convenio N° 111 de la OIT Sobre la discriminación (empleo y ocupación).

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) en 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) en 1966.
- Convención Americana de Derechos Humanos —“Pacto de San José de Costa Rica”— suscrita por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1969.
- Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) en 1979.

En este contexto, es relevante destacar la cláusula de apertura contenida en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, que establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De acuerdo con lo dispuesto en esta norma, muchos expertos coinciden en que los derechos humanos asegurados por un tratado internacional vigente en Chile se incorporan al ordenamiento jurídico interno como parte de la Constitución material, adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica. Esto implica que ningún órgano del Estado puede ignorarlos y están obligados a ser respetados, promovidos y protegidos, según lo establece la Carta Fundamental.¹⁸¹

En la resolución dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena en el año 2021 se describe un caso específico en el cual se eviden-

181 Gamonal (2004b: 19). Sin perjuicio del fallo del Tribunal Constitucional (Sentencia ROL N° 346 de 8 de abril de 2002), considerando 74, que en lo pertinente señaló: “Por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, sólo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional”.

ció claramente un trato discriminatorio. A continuación, transcribimos su considerando décimo octavo:

Que hay discriminación arbitraria, entre otras situaciones, cuando se da un “trato privilegiado o de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquel con quien se compara, incidiendo el trato precisamente en aquello con que se equipara” (“La Tutela de Derechos Fundamentales en el Derecho del Trabajo”, S. Gamonal y C. Guidi, Ediciones Der, año 2020, p. 100). Habiéndose establecido los indicios reseñados precedentemente, se tiene por acreditado que las acciones de la demandada consistieron en el proceso de paulatino detrimento de las condiciones laborales de la demandante, que se originaron en forma contemporánea al embarazo, habiendo sido cambiada de funciones, quitándole responsabilidades que le habían sido asignadas, con intentos de disminución de sus remuneraciones, las que no se concretaron en su totalidad por la defensa de la trabajadora de sus derechos adquiridos ante su empleadora a través de cartas dirigidas a los directivos, todo lo cual culminó con su despido después de 6 meses de terminado el fuero maternal, invocándose una causal no fundamentada en forma idónea. Además, se debe considerar que la trabajadora tuvo que hacer uso de licencias médicas después de terminados los descansos de maternidad, por enfermedad de su hija recién nacida, y que luego de reincorporarse en jornada completa a su trabajo en noviembre de 2018, no se le asignaron funciones hasta que, según los dichos de la demandante, producto de sus insistencias, se le solicitó colaboración por el Director en la confección de horarios para el año escolar 2019. Sobre esto último cabe señalar que solo los dichos de la demandante se refieren a este punto, pues de acuerdo con la prueba rendida, la reasignación de funciones de la actora se concretó recién en marzo de 2019. Estas circunstancias alegadas como indicios de la discriminación arbitraria permiten concluir que luego que la profesora quedó embarazada, el trato que tenían con ella cambió, empeorando las condiciones laborales en la forma que se detalló, culminando con el despido de la trabajadora, respecto del cual no se invocaron hechos que permitan comprender la razonabilidad ni proporcionalidad de la causal, en la oportunidad legal que correspondía; y los hechos que se agregaron en la contestación de la demandada tampoco se demostraron.¹⁸²

Por último, es importante precisar que la prohibición de discriminación, en casos particulares y excepcionales, puede admitir excepciones. Desde esta perspectiva, la excepción debe contar con una justificación específica y más estricta. No es suficiente la mera razonabilidad de la

¹⁸² *Arancibia Araya con Corporación Colegio Alemán de Elqui* (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 12 de abril de 2021 (no discriminación y libertad de trabajo) RIT T-29-2020.

distinción; es necesario que esta persiga la obtención y protección de valores constitucionales, como los contemplados en el Capítulo I de la Constitución Política de la República. Además, la distinción efectuada debe ser un medio indispensable para alcanzar efectivamente dicho objetivo.¹⁸³ Un ejemplo de estas excepciones se encuentra en los artículos 13 y siguientes del Código del Trabajo.

1.1.1. Principio de Pertinencia

Una de las manifestaciones del principio de no discriminación laboral es el principio de pertinencia.

Durante la etapa precontractual, vigente la relación contractual laboral y al término de la misma, el empleador está sujeto a la prohibición de realizar discriminaciones arbitrarias. Por consiguiente, las exigencias, actuaciones y/o decisiones del empleador deben cumplir con la prohibición de discriminar arbitrariamente. La calificación de estas exigencias, actuaciones y/o decisiones como discriminatorias o no, dependerá del requisito o condición laboral que a través de dichas demandas, acciones o decisiones se busca establecer o validar.

Por ejemplo, las Recomendaciones Prácticas sobre Protección de Datos Personales de los Trabajadores de 1997 de la Organización Internacional del Trabajo establecen que, en el caso de datos personales derivados de exámenes médicos, solo se deberían comunicar al empleador las conclusiones pertinentes a la decisión laboral en cuestión, esto es, que “guarden relación con la decisión de que se trate relativa al empleo”. Estas conclusiones no deben contener información médica detallada, sino que podrían indicar la aptitud para desempeñar la tarea propuesta o especificar los tipos y condiciones de trabajo que podrían estar contraindicados temporal o permanentemente.

En el mismo sentido, la Dirección del Trabajo en el Ord. N° 3840/194 de 18 de noviembre de 2002, se pronunció sobre la procedencia de requerir un certificado de antecedentes penales a los candidatos que buscaban empleo en Coanil. En este contexto, estableció que dicha exigencia es pertinente únicamente cuando se trata de puestos de trabajo vinculados al cuidado de niños. Al respecto, expresó lo siguiente:

A partir de la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminación en materia laboral, es posible señalar que la solicitud de un certificado de antecedentes sólo puede operar como requisito para la

183 Gamonal (2020a: 95).

admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores”. Agrega, en la situación particular que se discute, que “el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de la capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora.

Lo anterior se vincula con las expresiones “capacidad o idoneidad personal” utilizadas en el artículo 19 N° 16, párrafo tercero, de la Constitución Política de la República.

¿Cuál es el sentido y alcance de estas expresiones?

La doctrina ha entendido que los términos capacidad e idoneidad personal pueden utilizarse indistintamente, y, deben interpretarse como la preparación técnica o profesional necesaria para desempeñar el cargo correspondiente, dotando así a los ciudadanos de un sentido técnico que brinde certeza jurídica.¹⁸⁴

1.1.2. Modelos sospechosos abierto y cerrado

Nuestra Carta Fundamental utiliza un modelo antidiscriminatorio sospechoso abierto para fundar las distinciones de trato laboral. Este modelo implica la sospecha de que cualquier discriminación en el acceso, promoción o movilidad en el empleo que se efectúe en base a otro criterio que no sea la capacidad o idoneidad personal del candidato a un empleo o del trabajador, en su caso, constituye una distinción o preferencia arbitraria y debe estar sujeto a un examen calificado.¹⁸⁵

184 Gamonal (2004a: 59).

185 Lizama y Ugarte (1998: 234). No todos los expertos nacionales respaldan completamente este enfoque. Para algunos, la prohibición constitucional se asemeja más a un modelo de razonabilidad, similar a aquellos que consagran la igualdad y la prohibición de discriminar en general, sin establecer un catálogo de criterios sospechosos. En este sentido, vid. Gamonal (2020a: 99).

Como mencionamos anteriormente, el artículo 2 del Código del Trabajo materializa a nivel legal el principio de no discriminación laboral establecido a nivel constitucional. Sin embargo, a diferencia del artículo 19 N° 16, párrafo tercero, de la Constitución Política de la República, este artículo parecía consagrar un modelo cerrado de criterios sospechosos, en línea con el Convenio N° 111 de la OIT, ya que enumeraba específicamente los criterios discriminatorios¹⁸⁶ en su inciso cuarto.

El 1 de agosto de 2024 entró en vigencia la ley N° 21.643, que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual o de violencia en el Trabajo. Esta ley amplía las hipótesis que se estiman como actos discriminatorios, incluyendo el origen social o cualquier otro motivo, ya que en el inciso cuarto del artículo 2 sustituye la frase “u origen social”, por la siguiente: “origen social o cualquier otro motivo”. Esto adquiere especial relevancia en relación con la posibilidad de interponer una demanda por despido discriminatorio grave, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo.

2. Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales

La ley N° 20.087 de 2006 sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Capítulo V del Código del Trabajo e incorporó en nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Este procedimiento abarca las cuestiones suscitadas por aplicación de las normas laborales, cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan en el art. 485 del Código del Trabajo resulten lesionados en el ejercicio de las potestades del empleador.

Esto ocurre cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador¹⁸⁷ limite el pleno ejercicio de aquéllos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En esta disposición legal se enumeran los derechos fundamentales protegidos mediante este procedimiento, y se proporcionan, además, los elementos necesarios para realizar el juicio de ponderación.

En este contexto, este procedimiento concreta en sede judicial el concepto de “ciudadanía en la empresa”, en cuya virtud los derechos fun-

186 Lizama y Ugarte (1998: 236).

187 Se entiende por empleador los sujetos definidos en los artículos 3° letra a) y 4 inciso primero del Código del Trabajo. Vid. Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008, p. 18.

damentales del trabajador limitan las facultades que la ley reconoce al empleador.¹⁸⁸

En palabras de la Corte Suprema “la finalidad que persigue el procedimiento de tutela laboral se concreta en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, de modo de que se respeten las garantías que consagra la Carta Fundamental en el terreno de las relaciones laborales. Es un sistema diseñado para proteger derechos no patrimoniales vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, al carácter de sujeto de derechos que posee el trabajador al interior de la relación laboral, puesto que, además, de proteger prerrogativas de la naturaleza ya mencionada, esta vía procesal se instituye como el arbitrio eficaz para hacer respetar los derechos de carácter no específicamente laboral que resultan conculcados en la relación de trabajo” (Sentencia de la Corte Suprema, 5 de marzo de 2014, ROL N° 5967-2013).¹⁸⁹

2.1. ¿Cuáles son los derechos fundamentales protegidos a través de este procedimiento?

Los derechos a que se refiere el artículo 485 del Código del Trabajo, son los que siguen:

- El derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, CPR en adelante), siempre que la vulneración de los mismos, sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral;
- el respeto y protección a la vida privada y de la honra de la persona y de su familia (art. 19 N° 4 CPR);
- la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5 CPR);
- libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, buenas costumbres o al orden público (art. 19 N° 6 CPR);
- libertad de expresión, opinión e información, sin censura previa, de cualquier forma y por cualquier medio (art. 19 N° 12 CPR);

188 Será el empleador mediante sus conductas, desviadas por cierto de la finalidad propia de sus potestades, quien materializará actos en perjuicio de los derechos fundamentales del trabajador. Sobre todo, en atención a que “la potestad de mando es una potestad abierta, o sea, el derecho la reconoce pero es el empleador quien la concreta en el día a día”. Gamonal y Prado (2006: 2).

189 Citada por Palomo, Cortez, y Delgado (2021: 304).

- libertad de trabajo y su protección, el derecho a su libre elección y lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 19 N° 16 CPR; y,
- los actos discriminatorios ocurridos durante la ejecución y término del contrato de trabajo, con excepción de las ofertas discriminatorias de trabajo (contempladas en el inciso 6º del artículo 2º del Código del Trabajo).

Además de reconocer los derechos fundamentales establecidos en los incisos 1º y 2º, el inciso 3º explicita que las represalias contra los trabajadores, ya sea debido a la interposición de denuncias o por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigos o por haber sido ofrecidos como tales, o bien, a consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, se entenderán en igual sentido. Este inciso consagra de manera expresa la garantía o derecho a la indemnidad en el ámbito laboral.

2.2. Ámbito de aplicación espacial y material.

En lo que respecta a su alcance espacial y material, identificamos dos cuestiones que consideramos de particular importancia: la protección en la fase previa al contrato de trabajo y en el ámbito del sector público.

Tutela en la etapa precontractual

En nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales puede invocarse tanto durante la vigencia del contrato como después de su término, cuando el empleador vulnera estos derechos con ocasión del despido.

Existen diversas interpretaciones y posturas sobre la aplicabilidad del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En particular, surge la pregunta de si es procedente o no interponer una demanda de tutela laboral por actos que vulneran derechos fundamentales durante la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo.¹⁹⁰

Esto, porque el inciso segundo del art. 485 hace aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para conocer de los actos discriminatorios contemplados en el art. 2 del Código del ramo, con excepción de los consignados en su inciso sexto, que se refiere a las “ofertas discriminatorias de trabajo”, lo que pareciera excluir la etapa previa a la celebración del contrato de trabajo.

190 Vid. Gamonal y Guidi (2020: 128 y ss.).

Aunque la tesis mayoritaria respalda esta interpretación, algunos sostienen una postura distinta. Argumentan que la acción de tutela laboral es plenamente procedente en relación con los actos de discriminación que puedan ocurrir en la etapa precontractual.¹⁹¹

El primer argumento en esta línea se fundamenta en una interpretación coherente de los artículos 1, 19 N° s 2 y 16 de la Constitución Política de la República, de los artículos 2, inciso tercero, 5 y 485 del Código del Trabajo, así como del Convenio N° 111 de la OIT sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación, y de los principios *pro libertate*, *pro homine* y la regla *in dubio pro operario*.¹⁹² Esta interpretación permitiría sostener que el inciso segundo del artículo 485 del Código del Trabajo debería entenderse de manera restrictiva y, por lo tanto, solo se referiría a un tipo específico de discriminación en la etapa precontractual: “Las ofertas de trabajo que establecen como requisito de postulación criterios de exclusión, preferencia o distinción que la ley considera ilícitos por no tener relación alguna con la capacidad o idoneidad personal del candidato”.¹⁹³ En ningún caso se extendería al resto de las situaciones discriminatorias posibles durante este período, como las actuaciones lesivas que puedan ocurrir en una entrevista de selección de personal.¹⁹⁴

Asimismo, a su juicio, el estatuto de responsabilidad aplicable a los perjuicios generados en la fase precontractual sería el régimen de responsabilidad contractual, salvo para el caso de la excepción contemplada en la misma norma. Esto se basa en la concepción de Von Ihering, quien sostiene que, en las negociaciones preliminares, la responsabilidad civil se funda en el principio de culpa in contrahendo. Además, Claro Solar y Risueño argumentan que el deber de obrar de buena fe en la etapa precontractual puede equipararse a obligaciones específicas, generando así una responsabilidad contractual, que constituye la responsabilidad común en el ámbito jurídico.¹⁹⁵

Finalmente, sostiene que el principio de buena fe está vinculado a la prohibición constitucional de efectuar, en contra de cualquier individuo, cualquier forma de discriminación arbitraria en los diversos ámbitos de su vida social. De esta manera, actuar conforme a este principio implica, que, durante el proceso de selección, el empleador no puede realizar discriminaciones arbitrarias con respecto a los postulantes, sino

191 Iturriaga (2016: 54 y ss.).

192 Vid. Gamonal y Guidi (2020), p. 130

193 Iturriaga (2016: 59).

194 Iturriaga (2016: 59).

195 Contardo (2009: 451).

únicamente basándose en los criterios que el legislador ha establecido de manera válida para tal fin.¹⁹⁶

Tutela en el sector público

Originalmente, la ley N° 20.087 de 2006 no contemplaba una norma que hiciera aplicable el procedimiento de tutela a los funcionarios del sector público, a diferencia de lo que había ocurrido con otras regulaciones relativas a derechos fundamentales, por ejemplo, con la normativa sobre tutela de la maternidad, acoso sexual y acoso laboral. Se presentaba una brecha singular en el ámbito del derecho comparado, ya que, tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, los funcionarios públicos y los trabajadores del sector privado están amparados por la protección de sus derechos fundamentales.¹⁹⁷

En 2014, la Sala Laboral de la Corte Suprema emitió un fallo en el caso *Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento*, estableciendo que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales contemplado en el Código del Trabajo era plenamente aplicable a los funcionarios públicos. Esta decisión se basó principalmente en la interpretación de que el Código del Trabajo es el estatuto de derecho común y supletorio en materia laboral en Chile,¹⁹⁸ a pesar de que el Tribunal Constitucional tuvo un criterio distinto.¹⁹⁹

Esta deficiencia fue subsanada a través de la dictación de la ley N° 21.280, publicada el 9 de noviembre de 2020, sobre el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela laboral.

Conforme a esta ley, las normas de los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo, son aplicables a todos los trabajadores, incluidos aquellos referidos en el artículo 1 inciso segundo del mismo cuerpo legal (en esta categoría de acuerdo a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 1 del Código del Trabajo), aquellos que se desempeñan en los órganos a que se refieren los Capítulos VII, VIII, IX, X y XIII de la Constitución Política de la República, y también, aquellos que sus propias leyes declaren como autónomos.

196 Iturriaga (2016: 65).

197 Gamonal y Guidi (2020: 131-132).

198 *Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2014): Corte Suprema 30 de abril de 2014 (unificación de jurisprudencia), ROL N° 10972-2013.

199 Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad artículos 1 y 485 del Código del Trabajo (2018): Tribunal Constitucional 06 de diciembre de 2018, ROL N° 3853-2017.

En otras palabras, pueden optar al procedimiento de tutela de derechos fundamentales todos los funcionarios de la Administración Pública, del Congreso Nacional, del Poder Judicial, y de las empresas públicas, como también, los que se desempeñan en el Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Servicio Electoral, en la Contraloría General de la República, Banco Central y aquellos que sus propias leyes declaren como autónomos.

2.3. Método de ponderación y prueba indiciaria

La teoría constitucional ha propuesto diversas soluciones para abordar los conflictos entre derechos fundamentales. Mientras algunos niegan la existencia de tal conflicto, entre aquellos que lo reconocen, se plantean diferentes enfoques: algunos sostienen que no existe una respuesta que permita resolver el conflicto, y por ende, la resolución del caso concreto depende de la intervención subjetiva del juez; otros admiten la jerarquía entre derechos fundamentales, argumentando que, al establecer esta jerarquía, el conflicto se resolvería automáticamente. También se encuentra la tesis a la que adherimos, que propone la resolución del conflicto a través del principio de proporcionalidad y de la ponderación.²⁰⁰

La ponderación o balance de principios implica determinar, para el caso concreto, cuál de los principios en conflicto debe ceder ante el otro. Este proceso no implica la invalidación del principio que se ve desplazado ni la creación de una cláusula de excepción,²⁰¹ sino la aplicación del principio de proporcionalidad.

Para Javier Barnes, el principio de proporcionalidad se configura como un principio constitucional que establece que la intervención pública debe ser eficaz para alcanzar el objetivo perseguido. Debe ser necesaria, es decir, no debe existir otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos, siguiendo la premisa del mínimo intervencionismo. Además, debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, equilibrada o ponderada, al reportar más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, especialmente en lo que respeta a los derechos y libertades. En resumen, cualquier acción estatal, ya sea en forma de acto administrativo, norma o decisión judicial, debe ser útil, necesaria y proporcional.²⁰²

200 Vid. Gamonal y Guidi (2020: 9).

201 Gamonal y Guidi (2020: 11).

202 Barnes (1994: 500).

En consonancia con lo expuesto, el inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo incorpora el principio de proporcionalidad, a nuestro ordenamiento jurídico laboral, el cual se desglosa en tres subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El subprincipio de adecuación se centra en la evaluación de la idoneidad de la medida en relación con el objetivo perseguido por el empleador. Este fin debe ser legítimo desde una perspectiva constitucional y contribuir a la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico relevante.²⁰³

El de necesidad tiene como objetivo determinar la prescindibilidad de la intervención, analizando los riesgos para producir el menor daño posible. Esto implica que la medida adoptada debe ser la menos perjudicial para el derecho intervenido.²⁰⁴

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a que la intervención o limitación al derecho fundamental debe ser racional y equilibrada en relación con los objetivos perseguidos a través de esta.²⁰⁵

Al cotejar estos subprincipios con el texto literal del inciso tercero del artículo 485 del Código del Trabajo, se puede afirmar que cuando establece que los derechos y garantías se ven lesionados si el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley al empleador limita su pleno ejercicio sin justificación suficiente, se hace referencia al subprincipio de necesidad de la medida. Cuando emplea las expresiones “en forma arbitraria”, alude al subprincipio de adecuación o idoneidad. Además, cuando utiliza términos como “desproporcionada” o “sin respeto a su contenido esencial”, está haciendo referencia al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, estos criterios deben ser aplicados de manera escalonada. En primer lugar, el juez debe verificar si la ley ha regulado de manera específica el caso en cuestión, en cuyo caso deberá ceñirse a lo establecido en la disposición legal correspondiente. En situaciones en las que la ley no haya regulado el asunto concreto, el juez debe analizar si la medida en términos de su adecuación o idoneidad. En caso de no ser adecuada, se interrumpe el examen. Si, por el contrario, la medida es idónea, el siguiente paso es examinar si cumple con los estándares de necesidad. Si

203 Bernal (2010: 10).

204 Bernal (2010: 10).

205 Venegas (2004: 154).

se concluye que la medida es innecesaria, el análisis también se da por finalizado. De ser necesaria, el juez debe entonces evaluar si se cumplen los elementos de la proporcionalidad en sentido estricto.

Por consiguiente, en síntesis, del tenor del artículo 485 del Código del Trabajo se deduce que los derechos fundamentales del trabajador pueden ser modulados al interior de la relación laboral, con la condición de cumplir los siguientes requisitos copulativos:

1. Debe existir una justificación suficiente.
2. La medida que limita el derecho no debe ser arbitraria o desproporcionada.
3. No se debe afectar el contenido esencial del derecho fundamental.
4. No se debe tratar de una represalia (garantía de indemnidad).²⁰⁶

Cabe hacer presente que la interpretación de todos estos requisitos debe realizarse de manera restrictiva en beneficio del trabajador, quien se reconoce como titular de derechos fundamentales susceptibles de ser limitados o restringidos a través de un contrato de trabajo.²⁰⁷

Con el objetivo de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales del trabajador, la reforma en la justicia laboral aborda la necesidad de implementar un procedimiento que facilite la ejecución de las declaraciones realizadas en el ámbito sustantivo, haciendo efectivo este resguardo en términos adjetivos, especialmente en materia probatoria.²⁰⁸

En este contexto, el artículo 493 del Código del Trabajo consagra la prueba indiciaria o de indicios, en los siguientes términos: “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Se refiere a un aligeramiento, reducción o desplazamiento de la carga probatoria que parte de la premisa de que el trabajador no dispone de pruebas tan exhaustivas que eliminen todas las dudas. Por consiguiente, al Tribunal le basta una exigencia menor: la mera constatación de la verosimilitud.²⁰⁹ En otras palabras, los indicios son hechos que deben generar, al menos, la sospecha fundada en el juez de que ha ocurrido una lesión de derechos fundamentales. Por ende, la prueba simplificada, de la cual se beneficia el trabajador, se traduce en la prueba de hechos

206 Gamonal y Guidi, (2020: 145).

207 Gamonal y Guidi, (2020: 143).

208 Caamaño y Ugarte (2014: 84).

209 Gamonal y Guidi (2020: 143).

que susciten en el juez una sospecha razonable de que ha tenido lugar la conducta lesiva.²¹⁰

De acuerdo con el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, esto implica eximirlo de demostrar directamente la vulneración en sí misma, siendo suficiente que presente hechos que, de manera razonable y probable, sugieran que dicha vulneración ha ocurrido.²¹¹

Por su parte, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago sostuvo que dichos indicios dicen relación con fenómenos que permiten conocer o inferir la existencia de otro no percibido, y una vez establecidos, recae sobre el empleador la carga de la prueba para explicar las motivaciones de las decisiones adoptadas y determinar si estas guardaban la debida coherencia y racionalidad con el hecho que las motivó (considerando 16°).²¹² La prueba de indicios corresponde a lo que se conoce como prueba indirecta o circunstancial, ya que no se centra directamente en el hecho principal que se busca probar y que determinará la decisión judicial. En esencia, constituye un principio de prueba. En este contexto, no se exige al trabajador presentar indicios que demuestren de manera inmediata y directa el hecho principal, que en este caso es la conducta lesiva. Más bien, debe proporcionar hechos o circunstancias que logren despertar en el juez laboral la sospecha razonable de que ha tenido lugar la conducta lesiva de derechos fundamentales denunciada, es decir, un principio de prueba que revele el motivo oculto del acto.²¹³

Siguiendo a Ugarte, ejemplos de indicios en este ámbito incluyen, entre otros, los siguientes:

- a. La correlación temporal entre el ejercicio de un derecho fundamental y la conducta lesiva del empleador, como podría evidenciarse si, al conocer una denuncia del trabajador, el empleador lo despide de manera inmediata.
- b. Manifestaciones por parte del empleador que sugieren o pueden interpretarse como impulsadas por un propósito lesivo de derechos fundamentales.
- c. La comparación del trato dispensado por el empleador a trabajadores en situaciones similares a la del denunciante.

210 Ugarte (2009: 223).

211 *Urrutia con Fisco de Chile* (2020): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 10 de marzo de 2020, RIT T-947-2019.

212 *Fernández con Silvagno YC* (2010): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 19 de agosto de 2019, RIT T-122-2010.

213 Ugarte (2009: 224).

- d. La existencia de un ambiente lesivo para los derechos fundamentales en la empresa, evidenciado por conductas anteriores y persistentes por parte del empleador.²¹⁴

Al tenor de las reglas de la sana crítica, la doctrina ha identificado y sistematizado los siguientes parámetros para evaluar los indicios:

- a. Número (puede ser uno o más, siendo suficiente incluso uno de entidad significativa).
- b. Concordancia (deben converger en una misma dirección).
- c. Plausibilidad (los hechos indicados deben estar acreditados).
- d. Coherencia (las inferencias deben ser racionales y estar en línea con el buen sentido y la lógica).²¹⁵

Recordemos que según el artículo 493 del Código del Trabajo, si de los antecedentes aportados por la parte denunciante surgen indicios suficientes de la vulneración de derechos fundamentales, es responsabilidad del denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. En este contexto, ¿qué debe demostrar el empleador?

El empleador tiene la carga de probar el cumplimiento del principio de proporcionalidad en su actuar. Esto implica probar lo siguiente:

- a. La falsedad de los hechos que constituyen el indicio (el contraindicio).
- b. La justificación de su conducta de acuerdo con lo establecido en el artículo 485.
- c. La presencia de una justificación suficiente.
- d. La ausencia de arbitrariedad o desproporción en la medida adoptada.
- e. La no afectación del contenido esencial del derecho fundamental.
- f. La inexistencia de represalias en su conducta o acción.²¹⁶

En determinadas circunstancias, el empleador sólo puede optar por la prueba del contraindicio. Tal es el caso del acoso sexual y del *mobbing*, donde no existe justificación proporcional que justifique vulneraciones tan graves. Además, en el ámbito de la libertad sindical, el legislador ha establecido una regulación expresa que el juez debe aplicar.²¹⁷

214 Ugarte (2009: 224).

215 Gamonal y Guidi (2020: 145).

216 Gamonal y Guidi (2020: 145).

217 Gamonal y Guidi (2020: 145).

3. Fenómenos de acoso y violencia en el Trabajo

En los últimos años, la atención hacia la violencia y el acoso como fenómenos sociales ha aumentado, en gran parte debido a su impacto negativo en la salud y bienestar de las personas.

En el ámbito laboral, la violencia y el acoso no solo generan consecuencias a nivel individual, como el aumento del estrés, depresión, ansiedad, entre otros, sino que también repercuten en el ambiente de trabajo y, en definitiva, en la sociedad en su conjunto.

Desde una perspectiva social, perpetúan las desigualdades y fomentan la discriminación, afectando de manera desproporcionada a grupos vulnerables como mujeres, personas LGTBQ+, migrantes o personas con discapacidad, todos especialmente expuestos a acciones violentas o vulneratorias en el trabajo. Además, las acciones de violencia y acoso en el trabajo suelen reforzar estereotipos de género —hombre proveedor, mujer cuidadora— y contribuyen a la normalización de dinámicas de poder perjudiciales o abusivas.

Diversos estudios realizados por la Organización Internacional del Trabajo evidencian que el problema de los brotes de violencia y acoso en el entorno laboral trascienden las fronteras de los países, los ámbitos de trabajo y las categorías profesionales, dando lugar a la adopción del Convenio N° 190.

Revisaremos algunos conceptos claves a propósito del acoso y la violencia en el trabajo tanto en la normativa internacional como en la interna, y después examinaremos las obligaciones que deben respetarse y cumplirse al interior de la empresa para evitar su ocurrencia.

3.1. Acoso y Violencia en el Trabajo en el Convenio N° 190 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio N° 190 de la OIT de 2019, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y la Recomendación N° 206 que lo acompaña, vigentes en Chile desde el 12 de junio de 2024, incluyen por primera vez en el derecho internacional, el reconocimiento específico del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, y obliga a todo miembro de la OIT que lo ratifique a respetar, promover y asegurar su disfrute, conforme a su artículo 4.1.

Nuestro país, al ratificar este Convenio, se comprometió a enfrentar los desafíos que esto supone y adoptar, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, un enfoque *inclusivo*,

integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Al mencionar un *enfoque inclusivo*, se refiere a una protección amplia que asegure a todas las personas un entorno laboral libre de violencia y acoso. También reconoce que ciertos grupos, trabajadores y personas vinculadas con sectores específicos, ocupaciones y/o modalidades de trabajo están más expuestos a ser víctimas de estos fenómenos.

Un *enfoque integrado* requiere abordar la violencia y el acoso en todos los ámbitos, incluyendo la legislación y políticas laborales, la igualdad y no discriminación, la seguridad y salud en el trabajo, la migración y el ámbito penal, así como mediante la negociación colectiva y el diálogo social.

Por su parte, el enfoque que tenga en cuenta *consideraciones de género* reconoce que las mujeres enfrentan una mayor vulnerabilidad a la violencia y el acoso también en el ámbito laboral, asumiendo ahora como un hecho cierto la construcción patriarcal de la sociedad y su reproducción en el ámbito laboral. Por ello, las medidas que se adopten deben considerar esta realidad y abordar sus causas, tales como la discriminación múltiple e interrelacionada, las desigualdades de poder de género, los estereotipos de género y las normas sociales y culturales que perpetúan conductas de violencia y acoso y la interseccionalidad en la vulneración de derechos, por ejemplo, ante la discriminación y/o violencia contra una trabajadora migrante.

Desde una perspectiva conceptual, este instrumento internacional adopta una definición amplia de la violencia y el acoso en el trabajo. En su artículo 1 los define como “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”. A su vez, define la violencia y el acoso en razón de género en los siguientes términos: “aquellos que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual”.

El mismo artículo 1 del Convenio señala que la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados. En nuestro ordenamiento jurídico se optó por la segunda alternativa. En ese marco, en nuestro país, la distinción entre acoso y violencia “tiene como presupuesto el sujeto que efectúa la

conducta en contra del trabajador de la empresa: si lo ejecuta el empleador u otro trabajador de la empresa, se trata de ‘acoso’ (laboral o sexual), y si la efectúa un tercero ajeno a la relación laboral, constituye ‘violencia en el trabajo’.²¹⁸

3.2. Conceptos de Acoso sexual, Acoso Laboral y Violencia en el Trabajo contemplados en la ley N° 21.643 de 2024

La ley N° 21.643, que modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales²¹⁹ en materia de prevención, investigación y sanción del acoso laboral, sexual y de la violencia en el trabajo (conocida en la opinión pública como Ley Karin), que entró en vigencia en nuestro país el 1 de agosto de 2024,²²⁰ modifica el artículo 2 del Código del Trabajo con el fin de establecer que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato libre de violencia, compatible con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo”. A continuación, establece que se consideran comportamientos contrarios a este principio el acoso sexual, el acoso laboral

218 Lizama y Lizama (2024: 49).

219 Esta ley también modifica la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, la Ley N° 18.883, que Aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, y la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. En el ámbito de la administración pública, se establece que la función pública debe ejercerse promoviendo el respeto al derecho de toda persona a disfrutar de un espacio de trabajo libre de violencia, acoso laboral y sexual. Los órganos de la Administración del Estado tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, investigar y sancionar estas conductas. Además, deberán contar con un protocolo de prevención de la violencia en el trabajo, acoso laboral y sexual. Este protocolo tendrá por objetivo fomentar el buen trato, crear ambientes laborales saludables y promover el respeto a la dignidad de las personas, a través de acciones de difusión, sensibilización, formación y monitoreo. La infracción de estas normas, tras un proceso disciplinario, constituirá una infracción grave a la normativa sobre probidad administrativa.

220 Es importante hacer presente que los procesos o investigaciones sobre acoso sexual, laboral o de violencia en el trabajo, que hayan sido iniciados antes de la entrada en vigencia de esta ley, se regirán por las normas vigentes a la fecha de presentación de la respectiva denuncia.

y la violencia en el trabajo perpetrada por terceros ajenos a la relación laboral, los cuales serán examinados en los próximos apartados

Acoso sexual

La ley mantiene la definición de acoso sexual vigente a la fecha de su dictación. Por su parte, esta ley modifica la noción de acoso laboral, e incluye un concepto de violencia en el trabajo perpetrada por terceros ajenos a la relación laboral.

No obstante las referencias expresas de esta nueva ley a la violencia en el trabajo, la vulneración de derechos fundamentales que acarrea y la perspectiva de género, es importante destacar que la jurisprudencia ya había avanzado de manera consistente en el mismo sentido contemplado en la nueva reglamentación. Así, en lo relativo a la dignidad y al concepto de perspectiva de género, resulta especialmente interesante el considerando noveno de la sentencia dictada en la causa RIT T-1061-2018 del 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago *Hermosilla con Asistencia Pública* del año 2019. En este caso, se interpuso una demanda por acoso laboral alegando la vulneración de los derechos a la integridad física y psíquica, así como a la honra de una trabajadora que ejercía como dentista en un hospital público. En el considerando noveno, el tribunal expresa lo siguiente:

La mujer a tal punto es una extraña en el mundo del trabajo, que sufre problemas atípicos como el poder ser acosada estando en posiciones de poder, como ocurre en este caso. Una mujer en puestos de toma de decisión es infrecuente dentro de una organización, por lo que resulta doblemente perturbadora para los estereotipos de género, que conciben que si ya la mujer no debiese trabajar en forma remunerada, mucho menos debiese estar en puestos de toma de decisión, tradicionalmente masculinos. En este caso, se advierte que el trato peyorativo recibido por la denunciante —yegua, perra asquerosa— tiene que ver con la combinación de estereotipos de género —las expresiones con las que se refiere el denunciado a ella— y con su posición de poder, al atribuirle decisiones de otros y procediendo a arremeter contra ella y no contra otras jefaturas masculinas.

A continuación, en el mismo considerando, la jueza Carolina Luengo Portilla del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, agrega que:

La perspectiva de género aplicada al Derecho del Trabajo nos ha permitido ver que la relación laboral, paradigma de una estructura asimétrica de poder, se ve acentuada cuando quien trabaja es una mujer, ya que se trata de

un espacio que fue pensado y construido para hombres. Esto significa que la mujer en el trabajo se expone a condiciones de mayor opresión que su par masculino. Esto se aprecia en riesgos laborales feminizados como el acoso sexual, como también a tratos desiguales y humillantes motivados en el género. A esta especial forma de persecución se le denomina acoso sexista, ilícito que se ha explicado como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.²²¹

El considerando citado resalta la dignidad y la perspectiva de género como elementos fundamentales para comprender el acoso laboral hacia las mujeres, particularmente cuando ocupan puestos de poder. La dignidad de la mujer se ve afectada cuando, a raíz de estereotipos de género, se la percibe como una “extraña” en el ámbito laboral, generando tratos despectivos y conductas agresivas. Desde una perspectiva de género, se evidencia que el entorno laboral, diseñado históricamente para hombres, expone a las mujeres a formas específicas de acoso, como el acoso sexista,²²² que atentan contra su integridad y dignidad. En este contexto, la perspectiva de género resulta esencial para identificar, visibilizar y corregir desigualdades de poder en el trabajo, cuestión que a partir de la ley N° 21.643 es obligatoria dado el nuevo texto del artículo 2 del Código del Trabajo.

Desde un punto de vista normativo, el principio de perspectiva de género y el deber de garantizar un trato libre de violencia han sido incorporados en el inciso segundo del artículo 2 del Código del Trabajo, ubicado en su Título Preliminar. Esto implica, según ha señalado la Dirección del Trabajo, que ambos principios fundamentan las relaciones laborales y deben ser considerados como principios que irradian la aplicación e interpretación de toda la normativa laboral. En virtud de lo anterior, constituyen un mandato para el empleador, quien debe considerarlos al ejercer sus facultades, asumiendo la obligación de velar por un ambiente de trabajo basado en el respeto y la no discriminación, especialmente en materia de género. Esta obligación incluye el deber de prevenir situaciones de violencia e implementar políticas internas que fomenten y concreten una cultura organizacional libre de violencia en todas sus formas.²²³

221 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1061-2018, de 16 de mayo de 2019, considerando noveno. Citado por Gamonal y Pino (2024: 17-18).

222 Sobre el acoso sexista, vid. Ugarte José Luis (2024: 15 y ss.).

223 Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19 de 7/6/2024.

Hechas estas precisiones, en las próximas líneas se analizarán el concepto, características, elementos y clasificaciones del acoso sexual en el ámbito laboral.

El acoso sexual constituye una de las peores formas de abuso de poder.²²⁴ Asimismo, se trata de una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales. En este sentido, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sostuvo lo siguiente:

El acoso sexual tiene un contenido pluriofensivo a las normas Constitucionales, pues lesionan no solo el derecho a la intimidad y a la integridad física y psíquica, sino que también lesionan el derecho a la no discriminación, así, conforme a la prueba analizada anteriormente, la denunciada ha obrado en forma desproporcionada y arbitraria afectando estas garantías constitucionales fundamentales por excelencia, pues valiéndose únicamente de la potestad patronal y la condición de mujer de la trabajadora, el empleador lesionó de manera gradual, constante y solapada su intimidad, libertad sexual que importa precisamente determinar con quién y en qué momento se desarrolla la sexualidad, y síquis, al transgredir de manera grave y evidente los límites propios de una relación laboral, profiriendo dichos y realizando actos que al comprometer la dignidad de la afectada, perturbaron paulatinamente su integridad y honra, mermando su autoconcepto, creando inseguridad en su persona y otros perniciosos efectos.²²⁵

A su vez, el acoso sexual es una “manifestación de la violencia en contra de la mujer que constituye una forma extrema de discriminación”.²²⁶ Lo anterior ha sido reconocido por la jurisprudencia laboral en los siguientes términos:

En la publicación denominada Respuesta Institucional ante el acoso sexual en la Universidad de Chile, de enero 2015, Dr. Claudio Nash, se expresa que: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) reconoce al acoso sexual como una forma de discriminación que afecta desproporcionadamente a las mujeres y que vulnera sus derechos humanos. Más precisamente, lo reconoce como una manifestación de la violencia contra la

224 Gamonal (2021: 279).

225 Dirección Nacional del Trabajo con Cooperativa de Ahorro y Crédito Unión Aérea Limitada (2016): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 28 de octubre de 2016, RIT T-706-2016.

226 Publicación denominada “Respuesta Institucional ante el acoso sexual en la Universidad de Chile”, de enero 2015, Dr. Claudio Nash, citada en: *Provoste con Concreto Ingeniería* (2022): Segundo Juzgado de Letras de Quillota 02 de noviembre de 2022, RIT T-11-2022.

mujer que constituye una forma extrema de discriminación”. Señala que este reconocimiento se centra en que las causas de la violencia contra la mujer, incluido el acoso u hostigamiento sexual, están fuertemente arraigadas en el contexto general de discriminación estructural por razones de género y otras formas de subordinación de aquella y que esta conducta tiene como consecuencia la exclusión de las mujeres de los espacios públicos, haciendo primar su rol sexual y reforzando su adscripción al espacio doméstico, en contraposición a un espacio público amenazante. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará), establece en su artículo 2 que: “el acoso sexual es una de las formas de violencia contra la mujer que tiene lugar en la comunidad, que puede ser perpetrado por cualquier persona y que comprende el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”. En igual sentido se ha pronunciado el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer a la hora de interpretar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), también ratificada por Chile, y formular recomendaciones a los Estados Parte. El Comité de la CEDAW ha reconocido que: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” y que el acoso sexual es una de sus múltiples y complejas manifestaciones. El DIDH, al igual que buen número de legislaciones del Derecho Comparado ha adoptado una definición amplia del acoso sexual, para entenderlo como una conducta de naturaleza sexual o cualquier otra conducta basada en el sexo, no deseada por la persona que la recibe y que afecta a su dignidad al resultar ofensiva, hostil o amenazadora para ella. Por ejemplo, el Comité de la CEDAW ha expresado que en el espacio laboral el acoso sexual incluye: “Un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil”.²²⁷

Conforme a la letra a) del artículo 2 inciso 2 del Código del Trabajo, se entiende por acoso sexual “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. De acuerdo con el concep-

²²⁷ *Provoste con Concreto Ingeniería* (2022): Segundo Juzgado de Letras de Quillota, 02 de noviembre de 2022, (integridad psíquica) RIT T-11-2022.

to legal transcrito, los elementos constitutivos del acoso sexual son los siguientes:

En primer lugar, este concepto establece que debe tratarse de requerimientos de carácter sexual. La Dirección del Trabajo ha sostenido que “las conductas constitutivas de acoso no se encuentran limitadas a acercamientos o contactos físicos, sino que incluye cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, tal como lo pone expresamente de manifiesto el concepto legal, cuando señala que el acoso sexual puede producirse “por cualquier medio”, incluyendo en ese sentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, etc.”, sea que se den dentro o fuera del lugar de trabajo.”²²⁸

Como ejemplo, resulta interesante mencionar un fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, el cual afirmó lo siguiente en relación con este aspecto del acoso sexual:

[...] cabe indicar que en primer lugar, el acoso sexual supone la existencia de una conducta de naturaleza sexual. De partida, precisar que la conducta puede verificarse por cualquier medio, esto es, puede adoptar cualquier forma. Así, la jurisprudencia laboral ha precisado que el requerimiento sexual indebido debe ser entendido en términos amplios y comprende no sólo acercamientos físicos sino cualquier acción del acosador sobre la víctima, a través de cualquier medio, sean estos escritos, correos electrónicos o propuestas verbales (Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 4475-2007). En concepto de este Tribunal este elemento opera en la especie y que tal como fue establecido por la testimonial, en especial el testimonio de las propias denunciadas que señalaron detalles del acoso y además por los testimonios recabados en el marco de la investigación realizada por el empleador, la que en concepto de este Tribunal no merece reparos en cuanto a su formalidades y conclusiones. Así los actos fueron invitaciones a salir, petición de fotografías desnudas, control sobre la vida privada, invitaciones al domicilio a posar desnudas o con poca ropa y comentarios sobre su aspecto físicos proferidos a las propias denunciadas verbalmente o a través de mensajería WhatsApp y también comentarios efectuados ante terceros por parte del demandante.”²²⁹

228 Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1133/36, de 21 de marzo de 2005.

229 *Rivera con Administradora de Supermercados Hiper Ltda.* (2023): Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles 23 de enero de 2022, (integridad psíquica, honra) RIT T-35-2022.

En sentido similar, la jurisprudencia judicial ha precisado que “la definición debe ser comprensiva de situaciones en que el requerimiento sexual, la amenaza a la libertad sexual no es directa, burda, sino que también respecto de aquellas más sibilinas, sutiles”. Esto, porque “la reglamentación del acoso sexual es un mecanismo protector de la libertad individual, de la dignidad de los trabajadores y en especial de las trabajadoras y por ende su concepción debe ser lo más amplia posible, lo más protectora del derecho o garantía en cuestión. Es decir, *pro cives*”.²³⁰

Asimismo, la Circular N° 3813, de 7 de junio de 2024, emitida por la Superintendencia de Seguridad Social, que establece Asistencia Técnica para la Prevención del Acoso Sexual, Laboral y Violencia en el Trabajo y otros aspectos contenidos en la ley N° 21.643, contempla varios ejemplos de conductas de acoso sexual, tales como: el envío de mensajes o imágenes con contenido sexual explícito; la participación en acoso o coerción sexual mediante plataformas digitales sin el consentimiento del destinatario; el ofrecimiento de recompensas o beneficios a cambio de favores sexuales; las amenazas de consecuencias negativas ante la negativa a dichas solicitudes; presiones para llevar a cabo una actividad sexual en contra de la voluntad de la víctima a través de amenazas, manipulación u otros medios; y, cualquier contacto o comportamiento sexual no deseado o no consensuado, como contacto físico, roces, pellizcos, besos deliberados no deseados. Las conductas descritas pueden ocurrir tanto en el trabajo presencial como en las modalidades de teletrabajo o trabajo a distancia.

Algunos argumentan que, para que se configure el acoso sexual, se precisa el cumplimiento de un elemento locativo, es decir, que la conducta tenga lugar dentro del entorno de trabajo. Sin embargo, el artículo 2 del Código del Trabajo, al definir el acoso sexual, no contempla un elemento locativo que deba ser interpretado de manera restrictiva.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia de acoso sexual en lugares ajenos al ámbito espacial de la organización y dirección de los factores productivos, incluso fuera del horario en que el empleador ejerce su poder de dirección, siempre que el empleador no pueda excusarse de su deber de protección contemplado en el artículo 184 del Código

²³⁰ *Morris con Glaxosmithkline Chile* (2020): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, (acoso sexual) RIT T-1774-2018.

del Trabajo. Esto incluye actividades, paseos o fiestas organizadas por la empresa.²³¹ La doctrina nacional ha respaldado esta interpretación.²³²

Incluso, la Corte de Apelaciones de Santiago, al acoger el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia de 27 de julio de 2023, dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, concluyó que resulta indiferente si la empresa ha tenido o no relación con la organización de la reunión social donde se produjo el acto de acoso sexual. Entendió que lo fundamental era que el motivo de la reunión fuera el hecho de ser compañeros de trabajo y que la conducta de acoso hubiera generado consecuencias en el ambiente de trabajo, argumentando en los siguientes términos:

La juez de la instancia sostiene que esta acción debe ocurrir en un espacio laboral, argumento que es errado si se aplica de manera absoluta, entendiendo que tales hechos deben acaecer exclusivamente en dependencias de la empresa, desde que la protección ante situaciones de acoso u hostigamiento laboral y de índole sexual, debe extenderse a escenarios que se sitúan en un contexto de trabajo, a propósito del mismo, como ocurre en este caso, de forma que y, como se observa en el caso de autos, la reunión social se enmarca dentro de un encuentro recreacional de compañeros de trabajo, con motivo de las fiestas de fin de año, en una actividad del “amigo secreto”, a la cual fue invitada la denunciante —según se deriva de la investigación interna que realiza la empresa— con motivo de ser parte de ese equipo de trabajo, lo que impide sostener que se desarrolla dentro del ámbito privado de las personas, pues se insiste que se trata, en definitiva, de una reunión generada a propósito de la relación de trabajo y con ocasión de ella, lo que permite concluir, a diferencia de lo que se sostuvo por la juez de base, que se trata de una situación que ha de ser objeto de protección, según lo dispuesto el artículo 184 del Código del Trabajo.²³³

Asimismo, no se precisa que estos requerimientos sean reiterados a lo largo del tiempo; un solo acto de especial gravedad puede ser suficiente para afectar a la víctima, especialmente cuando involucra un acercamiento corporal. En tales casos, se produce “la máxima afectación de la autonomía sexual de la víctima en términos socialmente dominantes”.²³⁴

231 *Arancibia Araya con Corporación Colegio Alemán de Elqui* (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 12 de abril de 2021 (no discriminación y libertad de trabajo) RIT T-29-2020.

232 Vid. García, Lagos, Sarmiento, y Walker (2023: 38-39).

233 *Morales con BHP Chile INC* (2024): Corte de Apelaciones de Santiago 11 de noviembre de 2024, (recurso de nulidad) ROL N° 2745-2023.

234 Ugarte (2020).

A su vez, estos requerimientos no deben ser consentidos por quien los recibe. La víctima debe manifestar su rechazo a la conducta del sujeto activo, sin embargo, no se exige una acción frontal y explícita. Basta que del contexto en que se produce se deduzca inequívocamente la no aceptación del requerimiento. Por ejemplo, no contestar las insinuaciones, comunicar la situación al empleador o al sindicato, etc. Esto marca la diferencia entre la seducción y el acoso.²³⁵

En este orden de ideas, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago sostuvo lo siguiente: “Quien se sale de ese contexto es el jefe, y no hay diálogo alguno, pues la subordinada no responde. No puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual, asimétrica donde ella tempranamente ya conoce además la concepción que exhibe su jefe sobre las mujeres”.²³⁶

Por su parte, este acoso debe amenazar o perjudicar la situación laboral o las oportunidades de empleo de la víctima. Este requisito puede traducirse en consecuencias concretas, como el menoscabo laboral de la víctima a raíz de su negativa a acceder a solicitudes de naturaleza sexual. Estas repercusiones se reflejan, por ejemplo, en la exclusión de proyectos, la ausencia de ascensos e incluso la expulsión de sus funciones laborales. Por su parte, también pueden producirse otros efectos más sutiles, tales como los impactos psicológicos asociados al acoso sexual o la generación de un entorno laboral hostil o intimidante que afecta negativamente a la víctima.²³⁷

El acoso sexual puede ser de intercambio o ambiental.

El acoso sexual de intercambio, de chantaje o *quid pro quo* se caracteriza por la exigencia sexual de un superior, condicionando la obtención de ventajas laborales para la víctima. Estas ventajas pueden ser la obtención de nuevos beneficios laborales, como aumentos salariales, o la preservación de los beneficios ya existentes, como conservar el empleo. En el contexto de la relación laboral, este tipo de acoso es especialmente grave, ya que involucra una dinámica de poder donde un individuo tiene determinadas potestades sobre otro que se encuentra subordinado.

También se entiende que existe acoso sexual cuando existe acoso sexual ambiental, por intimidación o de entorno hostil. Este se constituye por un trato degradante para la víctima, donde se genera un entorno

235 Gamonal y Guidi (2015: 309).

236 Wells Negrón con Comunidad Hospital del Profesor (2018): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 07 de junio de 2018, RIT T-309-3018.

237 García, Lagos, Sarmiento y Walker (2023: 37-38).

laboral humillante y hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales de ningún tipo. En otras palabras, si bien no provoca consecuencias negativas directas, genera efectos no deseados para la víctima. Nos encontramos frente a esta clase de acoso, por ejemplo, en los siguientes casos: bromas reiteradas de orden sexual, lenguaje impropio y ofensivo, ilustraciones con desnudos en las paredes de la oficina, requerimientos a trabajadores para que lleven una ropa sexualmente insinuante, etc.²³⁸

Por su amplitud la expresión “requerimientos”, incluiría prácticas como el chantaje sexual, conocido como acoso sexual de intercambio, así como el acoso sexual ambiental.²³⁹ Para llegar a esta conclusión la doctrina ha considerado los alcances de los efectos del acoso, que incluyen la “situación laboral” del sujeto afectado; así como también, la necesidad de que las relaciones laborales se basen en un trato compatible con la dignidad humana.²⁴⁰ En el mismo sentido, la Dirección del Trabajo, mediante el ordinario N° 362/19, que fija el sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la ley N° 21.643 al Código del Trabajo, ha señalado que “la ley ha entendido, al utilizar la expresión “amenacen o perjudiquen su situación laboral”, que se configura la conducta de acoso sexual no sólo cuando la persona afectada sufre un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino que también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo de trabajo, se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo.”²⁴¹

A continuación, hablaremos sobre las víctimas y victimarios, en relación con el acoso sexual.

El sujeto activo o victimario de las conductas de acoso sexual es amplio. Esto significa que abarca a cualquier persona cuyas acciones puedan ser calificadas como hostigamiento de índole sexual, sin importar su cargo, posición jerárquica dentro de la empresa, ni tampoco su género u orientación sexual.

Para que estemos en presencia del sujeto pasivo o de la víctima desde una perspectiva laboral, debe tratarse de cualquier persona que tenga la calidad de trabajador o trabajadora dependiente en los términos de la legislación laboral. Además, puede involucrar a individuos de cualquier

238 Gamonal y Guidi (2015: 311).

239 Vid. Lizama y Lizama (2019: 241).

240 Gamonal y Guidi (2015: 312).

241 Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024.

género u orientación sexual, sin importar su ubicación jerárquica con respecto al sujeto activo.

Lo anterior porque puede manifestarse de diversas maneras, ya sea de forma vertical, descendente o ascendente, o de manera horizontal, e incluso puede presentarse de manera mixta. En el primer escenario, una persona con una posición jerárquica superior puede hostigar a un subordinado o viceversa. En el acoso horizontal, los compañeros de trabajo que ocupan una posición jerárquica similar pueden ser afectados. Por último, el acoso mixto comienza como acoso horizontal, pero cuando el superior jerárquico toma conocimiento del acoso, no toma medidas para prevenirlo e incluso puede llevar a cabo actos hostiles o agresivos contra la persona afectada.²⁴²

Cabe hacer presente que la Dirección del Trabajo ha hecho aplicables las normas sobre acoso sexual a una alumna en práctica acosada por el trabajador de la empresa, considerando que, aunque no es trabajadora, esta situación se produce en un espacio alcanzado por las potestades del empleador y a la idea de que en la empresa debe existir un ambiente laboral digno.²⁴³

Acoso laboral

La ley incorporó una nueva definición de acoso laboral que modificó en parte la existente anteriormente, contenida en la nueva letra b) de ese artículo, que indica: “Toda conducta que constituye agresión u hostigamiento ejercida por el empleador o uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, ya sea que se manifieste una sola vez o de manera reiterada, y que tenga como resultado el menoscabo, maltrato o humillación para el o los afectados, o la amenaza o perjuicio en su situación laboral o en sus oportunidades en el empleo”.

Por consiguiente, se establece que una conducta puede considerarse como acoso laboral, independientemente de si se manifiesta en una sola ocasión o de manera repetida. Así, en la ley N° 21.643, el legislador chileno adoptó un criterio cualitativo para definir acoso laboral. Esto significa que una conducta puede considerarse como tal con independencia de si se manifiesta en una sola ocasión o de manera reiterada. Lo determinante no es la frecuencia, sino que el contenido de la conducta produzca por sí misma un maltrato capaz de afectar la integridad física

242 García, Lagos, Sarmiento y Walker (2023: 43).

243 Dirección del Trabajo, Ord. N° 4354/059 de 2009.

o psíquica de la persona afectada.²⁴⁴ En este sentido, la calificación de la ilicitud de la conducta se basa en “un criterio de actividad/resultado: maltrato o humillación, como forma de afectación de la integridad física y/o psíquica de la víctima”.²⁴⁵

Previo a la dictación de esta ley se consideraba que uno de los atributos característicos del acoso moral, que permitía diferenciarlo de otros conflictos laborales era la repetición, reiteración y/o periodicidad de las conductas abusivas. Del mismo modo lo entendía también la jurisprudencia judicial. En este sentido, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo en la sentencia dictada en la causa RIT O-5244-2019 sostuvo lo siguiente:

Así las cosas, el empleador efectivamente incurrió en conductas de acoso laboral, configurándose todos sus elementos, a saber: a) Conducta que constituya agresión u hostigamientos reiterados, ejercida por el empleador en contra de un trabajador. En la especie, se encuentra acreditado que el empleador fue indiferente y negligente respecto del tratamiento que una denuncia de acoso laboral amerita, pues de manera constante incurrió en diversas omisiones graves, al no llevar a cabo una investigación escrita, no adoptar medidas adecuadas y oportunas de prevención en favor de la afectada, y al ignorar los constantes requerimientos de la trabajadora para solucionar la problemática, b) Resultado de menoscabo, maltrato o humillación para el trabajador afectado. Según lo razonado precedentemente, y en particular teniendo en consideración las conclusiones vertidas por las fiscalizadoras a cargo de la investigación en la Dirección del Trabajo, las constantes omisiones en que incurrió el empleador provocaron en la trabajadora una importante afectación en su desempeño laboral, quien, ante el nulo apoyo de la empresa, se vio expuesta a burlas y aislamiento por parte de sus compañeros de trabajo, propiciando un clima laboral adverso e insostenible.²⁴⁶

Dado el poder de mando del empleador, este tipo de acoso puede ser extremadamente dañino, y la variedad de conductas que comprende es amplia;²⁴⁷ por ejemplo, puede consistir en no hablarle a la víctima, criticar su labor por correo electrónico enviado a los restantes trabajadores de la empresa, no darle trabajo, marginarla de las reuniones habituales de su grupo de trabajo, encomendarle un trabajo excesivo o irrealizable,

244 Ugarte (2024: 13).

245 Ugarte (2024: 26).

246 *Villegas con Comercializadora* (2020): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 05 de mayo de 2020, (despido indirecto, daño moral) O-5244-2019.

247 Viscomi (2002: 57).

etcétera. También podría traducirse en negarle el acceso a las dependencias de la empresa o no entregarle los implementos necesarios para cumplir las funciones encomendadas.

Por su parte, la jurisprudencia judicial ha establecido que constituyen casos acoso laboral situaciones como la drástica reducción de funciones y participación de una trabajadora con la clara intención de perjudicarla, según el fallo del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-1418-2017, fechado el 19 de abril de 2018. Asimismo, se considera acoso laboral cuando la comisión académica de una universidad evalúa sistemáticamente con calificaciones bajas el desempeño de un profesional, con el único propósito de expulsarlo del establecimiento educacional, como lo dictaminó el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en el RIT N° T-439-2016, de 22 de mayo de 2017.²⁴⁸

De acuerdo con la Circular N° 3817 de 2024, previamente citada, son ejemplos de conductas de acoso laboral las siguientes: emitir juicios ofensivos sobre el desempeño laboral de una persona; aislarla, cortar o restringir su interacción con otros, privándola de redes de apoyo social; aislarla, apartarla, excluirla, rechazarla, ignorarla o menospreciarla, ya sea por orden de un superior o por iniciativa de los compañeros de trabajo; utilizar nombres ofensivos para promover su rechazo o condena; emplear lenguaje despectivo o insultante con el fin de menospreciarla o degradarla; realizar comentarios despectivos o peyorativos sobre su apariencia, inteligencia, habilidades, competencia profesional o valor; asignarle tareas que nada tienen que ver con su perfil profesional o dejarla sin ocupación con el propósito de denigrarla; expresar verbalmente intenciones de dañarla o intimidarla; enviar mensajes amenazantes, abusivos o degradantes vía correo electrónico, redes sociales o mensajes de texto; y, emitir comentarios despreciativos sobre alguna de sus características personales, tales como su género, etnia, origen social, vestimenta, o apariencia personal. Incluye, en general, cualquier agresión u hostigamiento que tenga como resultado el menoscabo, maltrato o humillación, o que amenace o perjudique la situación laboral o situación en el empleo de la víctima.

Al igual que el acoso sexual, se trata de una conducta pluriofensiva de derechos fundamentales, porque, aparte de vulnerar el derecho a la integridad psíquica de la víctima, puede afectar otros derechos fundamentales de que es titular, como podría ser su privacidad, honra, libertad de culto, etcétera, dependiendo de la o las conductas constitutivas del

248 Lizama y Lizama (2019: 245).

acoso laboral. Por lo tanto, resulta aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Tradicionalmente, el fin perseguido a través de las conductas constitutivas de acoso moral puede ser de distinta índole. Muchas veces, el empleador persigue eliminar a un trabajador de la empresa mediante una renuncia forzada,²⁴⁹ para evitar el despido y ahorrarse el pago de las indemnizaciones legales correspondientes. Del mismo modo, puede buscar crear un ambiente que facilite el posterior despido del acosado, tras el deterioro de su rendimiento o la comisión de errores, o bien coaccionar al sujeto pasivo del acoso para que renuncie a algunos de sus derechos (prestaciones, sueldo, cargo, etcétera) o a la defensa jurídica de estos.²⁵⁰

Otra razón que motiva las conductas de *mobbing* es lo que se denomina acoso discriminatorio, que emana del rechazo por parte de la organización —jefes y compañeros de trabajo— de una diferencia que presenta la víctima,²⁵¹ que puede ser de distinta naturaleza: por ser mujer o tener cierta orientación sexual, por sus creencias políticas o religiosas, o bien por su nacionalidad, etnia, etcétera.²⁵² Se hace siempre necesario que se trate de un grupo vulnerable o socialmente protegido, como elemento de la discriminación laboral.

Dada la amplitud y diversidad de conductas y finalidades mencionadas, resulta esencial establecer criterios claros que permitan determinar su gravedad. Asimismo, es necesario precisar en qué circunstancias se configura un menoscabo, maltrato, humillación, o una amenaza o perjuicio que afecte la situación laboral o las oportunidades de empleo de la víctima, conforme a lo dispuesto en la definición legal del artículo 2 del Código del Trabajo.

Según la doctrina, la gravedad del ilícito se determina en función del resultado lesivo, es decir, por el grado de afectación que las conductas denunciadas generan en la integridad física, psíquica u otros derechos fundamentales de la víctima.²⁵³

Para evaluar la potencialidad lesiva²⁵⁴ del acoso laboral —es decir, las circunstancias en las que se configura un menoscabo, maltrato, humillación, o una amenaza o perjuicio que afecte la situación laboral o las

249 Piñuel y Zabala (2005: 58).

250 Guidi (2006: 68).

251 Hirigoyen (2001: 92 y ss.).

252 Gamonal y Guidi (2015: 322).

253 Ugarte (2024: 27).

254 Halpern (2024: 63).

oportunidades de empleo de la persona afectada— resulta pertinente lo señalado por la Dirección del Trabajo en el Dictamen N° 3519/034 del año 2012. En este documento, que fija el sentido y alcance de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.607 al Código del Trabajo, se aclara cómo deben interpretarse las expresiones utilizadas por el legislador al definir el acoso laboral, tales como “agresión”, “hostigamiento”, “menoscabo”, “maltrato” y “humillación”. Dicho dictamen, al que también hace referencia el Dictamen N° 362/19, establece que para comprender adecuadamente estos términos debe aplicarse el inciso primero del artículo 20 del Código Civil, y por consiguiente, al Diccionario de la Real Academia Española. De los conceptos definidos en este Diccionario, que transcribe en su dictamen,²⁵⁵ concluye que genera menoscabo, maltrato o humillación “cualquier acto que cause descrédito en la honra o fama de la persona afectada, o el acto implique tratar mal de palabra u obra o que los hiera en su amor propio o en su dignidad, o bien, que amenacen o perjudiquen la situación laboral o las oportunidades de empleo de dichos afectados”.²⁵⁶ Finalmente, el dictamen enfatiza que no es necesario que exista un daño concreto, bastando con la existencia de un ambiente de trabajo hostil y ofensivo que sea capaz de poner en riesgo la situación laboral o las oportunidades de empleo de la persona afectada.²⁵⁷

255 El Diccionario de la Real Academia Española define estas expresiones en los siguientes términos:

“Agresión” es el “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño”, o el “acto contrario al derecho de otra persona”.

“Hostigamiento” consiste en la “acción y efecto de hostigar”, donde “hostigar” se entiende como “molestar a alguien o burlarse de él insistentemente” o “incitar con insistencia a alguien para que haga algo”.

“Menoscabo” es el “efecto de menoscabar”, siendo definido “menoscabar” como “causar mengua o descrédito en la honra o en la fama”.

“Maltrato” se define como la “acción y efecto de maltratar”, mientras que “maltratar” se conceptualiza como “tratar mal a alguien de palabra u obra”, y también, como “menoscabar, echar a perder”.

“Humillación” se describe como la “acción y efecto de humillar o humillarse” y el infinitivo “humillar”, consiste en “herir el amor propio o la dignidad de alguien” y “dicho de una persona: pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo”.

256 Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024.

257 Ídem.

Violencia en el trabajo

Finalmente, la ley introduce y define el concepto de violencia en el trabajo cuando es ejercida por terceros ajenos a la relación laboral. Se entiende como tal aquellas conductas que afectan a trabajadoras y trabajadores con ocasión de la prestación de servicios, siendo perpetradas por clientes, proveedores o usuarios, entre otros.

Esta modificación legal refuerza el deber de protección del empleador conforme a lo establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo. No obstante, la normativa no precisa qué conductas específicas se considerarán inaceptables dentro del marco de la “violencia” en el trabajo. Tampoco proporciona criterios claros para identificar aquellas situaciones que podrían afectar a los trabajadores y trabajadoras “con ocasión de la prestación de servicios”, ni delimita con claridad el alcance y la extensión de la responsabilidad del empleador en este ámbito. Frente a estas omisiones, cobra especial relevancia lo dispuesto en el Convenio N° 190 de la OIT, particularmente en sus artículos 3° y 9°, los cuales ofrecen orientaciones esenciales para interpretar y aplicar adecuadamente esta normativa.

El artículo tercero del Convenio establece que este instrumento se aplica a la violencia y acoso en el mundo del trabajo que “ocurre durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”, enumerando a continuación una serie de hipótesis particulares en las cuales se establece un criterio de causalidad, que podría resultar útil al momento de determinar los alcances de la expresión “con ocasión de la prestación de servicios”, que emplea el legislador nacional al definir la violencia perpetrada por terceros ajenos a la relación laboral.

La Circular N° 3813 de 2024 contempla los siguientes ejemplos de conductas que constituyen violencia en el trabajo: gritos o amenazas; el uso de garabatos, insultos o lenguaje ofensivo; agresiones físicas, como golpes, zamarreos, puñetazos, patadas o bofetadas; acciones o conductas que pongan en riesgo o resulten en lesiones físicas, que provoquen daños materiales en los entornos laborales utilizados por las personas trabajadoras, o amenacen sus vidas; así como robos o asaltos en el lugar de trabajo.

El artículo noveno del Convenio, por su parte, acota la responsabilidad del empleador a aquellas situaciones que pueda controlar, señalando en su encabezado que “todo miembro deberá adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del

trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida que sea razonable y factible”.

3.3. Protocolo de Prevención y Procedimientos de Investigación y Sanción del Acoso Sexual, Laboral y de la Violencia en el Trabajo

Desde una perspectiva procedimental, esta ley garantiza el derecho de los trabajadores a que el empleador adopte e implemente medidas para prevenir, investigar y sancionar conductas de acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo. Con este objetivo, establece la obligación para el empleador de elaborar y poner a disposición de los trabajadores un protocolo de prevención y procedimientos para abordar el acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo.

En este sentido, modifica el primer párrafo del numeral 12 del artículo 154 del Código del Trabajo, que regula las menciones que debe contener el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, quedando redactado de la siguiente manera: “12. El protocolo de prevención respecto del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo, y el procedimiento al que se someterán las trabajadoras y los trabajadores, en conformidad a lo dispuesto en el Título IV del Libro II, el que considerará las medidas de resguardo que se adopten respecto de los involucrados y las sanciones que se aplicarán”.

Se añade un nuevo artículo 154 bis (reubicando el actual al 154 ter), que regula cómo los empleadores no obligados a confeccionar este reglamento deben cumplir con la mencionada obligación, a saber: deben informar a sus trabajadoras y trabajadores, al momento de suscribir el contrato de trabajo, sobre el protocolo de prevención y el procedimiento de investigación y sanción respecto al acoso sexual, laboral y a la violencia en el trabajo. Lo anterior debe constar por escrito e incorporarse en el Reglamento de Higiene y Seguridad previsto en el artículo 67 de la ley N° 16.744. En la elaboración del procedimiento de investigación y sanción, el empleador puede contar con la asistencia técnica del organismo administrador de la referida ley al que se encuentre afiliado.

Por su parte, la ley N° 21.643 reemplaza el epígrafe del Título IV del Libro II, denominándolo ahora “De la prevención, investigación y sanción del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo”. Además, introduce dos nuevos párrafos que abordan aspectos fundamentales relativos a la prevención, investigación y sanción del acoso y la violencia en el trabajo.

De acuerdo con lo dispuesto en el nuevo artículo 211-A del Código del ramo, el protocolo de prevención aludido debe abordar distintos aspectos, como la identificación de peligros y la evaluación de riesgos psicosociales asociados al acoso sexual, laboral y a la violencia en el trabajo, con una perspectiva de género. Debe contemplar medidas de prevención de riesgos adaptadas a la naturaleza de la prestación de servicios y al funcionamiento del establecimiento o empresa. Además, debe incluir medidas destinadas a controlar su eficacia, velar por su mejora y corrección continua, proporcionar información y capacitación sobre los riesgos identificados y evaluados, resguardar la privacidad y honra de todos los involucrados en estos procedimientos, y establecer medidas frente a denuncias inconsistentes. Del mismo modo, se exige que incluya mecanismos de prevención, formación, educación y protección a fin de garantizar la debida actuación de las trabajadoras y trabajadores, independientemente del resultado de la investigación en estos procedimientos.

Otra obligación que deben cumplir los empleadores consiste en informar semestralmente a sus trabajadores acerca de los canales de recepción de denuncias que la empresa mantiene sobre incumplimientos relativos a la prevención, investigación y sanción del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo, así como las instancias estatales para denunciar incumplimientos laborales y acceder a prestaciones de seguridad social.

La Superintendencia de Seguridad Social, a través de la Circular N° 3813, de 7 de junio de 2024, estableció las directrices que los organismos administradores de la ley N° 16.744 deben contemplar al proporcionar asistencia técnica para la prevención del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo, así como otros aspectos contenidos en la ley N° 21.643. Este documento ha sido complementado por la Circular N° 3819, de fecha 26 de julio de 2024, que contempla instrucciones sobre asistencia técnica en materia de prevención del acoso sexual, laboral y violencia en el trabajo para Trabajadoras de Casa Particular; y, por la Circular N° 3854, de fecha 22 de enero de 2025, referida al Reporte y Registro de Información de las Denuncias por Acoso Sexual, Laboral y Violencia en el Trabajo y de las Acciones y/o Medidas adoptadas por el empleador.

Los procedimientos de investigación deben regirse por los principios de confidencialidad, imparcialidad, celeridad y perspectiva de género, conforme al artículo 211-B del Código del Trabajo. Las directrices que deben seguir estas investigaciones fueron establecidas por el Ministerio

del Trabajo y Previsión Social a través del Decreto N° 21, de fecha 3 de julio de 2024, que aprueba el Reglamento que establece las Directrices a las cuales deberán ajustarse los procedimientos de investigación de acoso sexual, laboral o de violencia en el trabajo.

Al tenor del nuevo artículo 211-B bis, en caso de acoso sexual, laboral o violencia en el trabajo, la persona afectada podrá presentar su denuncia por escrito o de manera verbal a la empresa, establecimiento, servicio o a la Inspección del Trabajo correspondiente. Si la denuncia es verbal, se levantará un acta firmada por la persona denunciante, entregándole una copia.

Una vez recibida la denuncia, el empleador debe tomar medidas inmediatas de resguardo, considerando para estos efectos la gravedad de los hechos denunciados, la seguridad de la persona denunciante y las condiciones laborales. Estas medidas incluyen la separación de los espacios físicos, la redistribución de horarios y la provisión de atención psicológica temprana a través de programas a cargo de los organismos administradores de la ley N° 16.744. Si la denuncia se presenta ante la Inspección del Trabajo, esta solicitará al empleador la adopción de medidas de resguardo en un plazo máximo de dos días hábiles, las cuales deben ser implementadas de inmediato tras la notificación que se le efectúe conforme al artículo 508.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 211-C, si la denuncia se presenta en la empresa, el empleador podrá disponer la realización de una investigación interna en un plazo de tres días o remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo.

Se establece un plazo de treinta días para completar la investigación. Además, debe consignarse por escrito, ser llevada en estricta reserva y asegurar que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos para asegurar la bilateralidad de la audiencia. Una vez concluida, debe ser enviada junto con las conclusiones a la Inspección del Trabajo, para que ésta se pronuncie en un plazo de treinta días. Según la propia Dirección del Trabajo, se función se limitará a verificar que el empleador cumpla con las instrucciones procesales establecidas en el Reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, así como la congruencia formal entre el informe y las conclusiones.²⁵⁸ En caso de no hacerlo, se considerarán válidas las conclusiones del informe, especialmente en lo que respecta a la implementación de medidas respecto

²⁵⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024.

a las personas afectadas. Esto no impide que dichas medidas puedan ser impugnadas judicialmente.²⁵⁹

En las hipótesis de violencia en el trabajo ejercida por terceros ajenos a la relación laboral, las conclusiones deberán incluir las medidas correctivas que el empleador tomará frente a la causa de la denuncia. Conforme al artículo 21 del Reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece directrices para los procedimientos de investigación en estas materias, el objetivo de estas medidas correctivas es controlar los riesgos identificados, generando garantía de no repetición, evaluando la eficacia y mejoras que pueden introducirse en el protocolo de prevención.

Las investigaciones deben seguir las directrices del Reglamento mencionado en el artículo 211-B, al que hicimos referencia. Si esta investigación se realiza por el empleador, se debe designar preferentemente a un trabajador con formación en materia de acoso, género o derechos fundamentales.

De acuerdo con el artículo 211-D, si la Inspección del Trabajo constata indicios de vulneración de derechos fundamentales durante la investigación realizada, debe efectuar una denuncia por tutela laboral y acompañar la investigación y sus conclusiones. Previo a esta denuncia debe llevar a cabo una mediación entre el empleador y la persona afectada, salvo en los casos de acoso sexual.

Ahora bien, una vez recibido el informe de investigación por acoso sexual o laboral, el empleador, en un plazo de quince días, debe aplicar las medidas o sanciones que correspondan, según dispone el artículo 211-E. Dentro del mismo plazo, deberá informar a la persona denunciante y a la denunciada sobre dichas acciones.

Cuando corresponda, podrá despedir a un trabajador o trabajadora de acuerdo con lo establecido en las letras b) o f) del N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo. Para aplicar la causal de caducidad o disciplinaria contemplada en la letra f), debe evaluar la gravedad de los hechos, documentando esta evaluación en las conclusiones del informe.

El o la trabajadora despedida puede impugnar la decisión adoptada por el empleador ante tribunal competente, presentando pruebas destinadas a desvirtuar los hechos contenidos en el informe elaborado por el empleador o la Inspección del Trabajo, en su caso, que hubieran motivado el despido.

²⁵⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024.

El empleador tiene la obligación de informar a la persona denunciante sobre los canales disponibles para denunciar hechos que puedan constituir delitos en el contexto del acoso sexual, laboral o la violencia en el trabajo.

Además, por tratarse de conductas pluriofensivas de derechos fundamentales, la persona afectada tiene las siguientes opciones judiciales conforme lo previsto en los artículos 160 y 171 del Código del ramo:

a) Si el acoso laboral o sexual involucra como victimario o sujeto activo directamente al empleador, el trabajador afectado podrá accionar por tutela de derechos fundamentales, sin por ello poner término al contrato de trabajo (artículos 485 y 495), o podrá poner término al contrato por despido indirecto y demandar simultáneamente por despido atentatorio de derechos fundamentales (artículos 171, 160 número 1 letra b) o f) y 489 del Código del Trabajo).

b) Si el acoso laboral o sexual involucra como victimarios o sujetos activos a uno o más compañeros de trabajo o subordinados, y el empleador no ha cumplido con su deber de protección del artículo 184 del Código del Trabajo, el trabajador podrá accionar por tutela de derechos fundamentales, sin por ello poner término al contrato de trabajo (artículos 485 y 495), o podrá optar por poner término al contrato por despido indirecto y demandar simultáneamente por despido atentatorio de derechos fundamentales (artículos 171 y 160 números 1 letra a), 5 y 7, y 489 del Código del Trabajo). Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad extracontractual de los acosadores directos (compañeros de trabajo o subordinados). Lo propio resulta aplicable en las hipótesis de violencia perpetrada por terceros ajenos a la relación laboral, siempre que el empleador incumpla su deber de garante en los términos expuestos.

En este caso, a diferencia de la hipótesis contemplada en la letra a) precedente, el empleador es indirectamente responsable del acoso e incurre en falta de probidad e incumplimiento grave de sus obligaciones al no velar por un ambiente de trabajo en el cual no se produzcan situaciones de este tipo. Asimismo, comete un acto, omisión o imprudencia temeraria que afecta la salud del trabajador acosado.²⁶⁰

Es importante señalar que, en todas estas hipótesis, la víctima tiene el derecho a ser compensada por el daño moral ocasionado.²⁶¹

260 Gamonal y Guidi (2015: 326).

261 Gamonal y Guidi (2015: 326).

4. Acciones de tutela laboral de derechos fundamentales

4.1. Acción de tutela laboral por vulneración de derechos durante la relación laboral y con ocasión del despido del trabajador. Titulares y caducidad.

La acción de tutela de derechos fundamentales se puede interponer por actos ocurridos durante la vigencia de la relación laboral, o con ocasión del despido del trabajador, así como por actos que hayan motivado su autodespido o despido indirecto.

Conforme lo establecido en el artículo 486 del Código del Trabajo, cuando se presenta una denuncia por actos que vulneran derechos fundamentales durante la vigencia de la relación laboral, la legitimación activa para demandar su tutela se concede a cualquier trabajador u organización sindical que invoque un derecho o interés legítimo y que considere que sus derechos fundamentales han sido lesionados. En este contexto, se considera que hay un interés legítimo cuando se invoque un interés directo vinculado con el ejercicio de las funciones que la ley reconoce a las organizaciones sindicales, especialmente, aquellas destinadas a la protección y promoción de los derechos laborales,²⁶² y esta titularidad puede corresponder tanto al sindicato de base como a la organización de grado superior.²⁶³

En estos casos, la Dirección del Trabajo, a solicitud del tribunal, debe emitir un informe sobre los hechos denunciados. Además, tanto la organización sindical a la que esté afiliado el trabajador como la propia Dirección del Trabajo pueden hacerse parte del proceso.

La organización sindical a la que pertenezca el trabajador tiene la opción de participar como tercero coadyuvante, ya sea directamente o a través de su organización de grado superior. En cualquier caso, si la víctima está afiliada a una organización sindical, esta última puede interponer la denuncia directamente y actuar como parte principal en el proceso.

Por su parte, dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo, al tomar conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, debe denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. No obstante, esta denuncia

262 Ugarte (2006: 104).

263 Gamonal y Guidi (2015: 302).

debe ser precedida por una mediación entre las partes, realizada por la Inspección del Trabajo, con el propósito de agotar las posibilidades de corregir las infracciones identificadas, salvo en las hipótesis de acoso sexual, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 211-D del Código del Trabajo.

La presentación de la denuncia por parte de la Dirección del Trabajo servirá como requerimiento suficiente para dar inicio al procedimiento de tutela. Asimismo, este organismo tiene la facultad de intervenir como parte en el juicio que se inicie con motivo de esta denuncia.

Ahora bien, si se trata de actos ocurridos con ocasión del despido del trabajador, únicamente el trabajador afectado podrá interponer la demanda, conforme lo previsto en el artículo 489 del Código del Trabajo. Podemos llegar a idéntica conclusión en el caso de actos que motivaron el despido indirecto del trabajador.

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales puede ser interpuesto en contra del empleador, en los términos definidos en los artículos 3 letra a) y 4 inciso primero del Código del Trabajo.²⁶⁴

También, en contra de la Empresa de Servicios Transitorios (EST) o de la empresa usuaria (EU), según las definiciones contempladas en las letras a y b del art. 183-F de la ley N° 20.123 de 2003, que regula la subcontratación y el suministro de trabajadores. Tanto la Empresa de Servicios Transitorios como la empresa usuaria poseen la calidad de coempleadores, lo que permitirá interponer la tutela en contra de la EST, la EU o ambas. La conducta tipificada y sancionada en el artículo 485 del Código del Trabajo debe ser imputable a la persona que ejerce las facultades que la ley reconoce al empleador. Esto puede ser realizado ya sea por el mismo empleador, por su representante legal, o por un tercero, en los casos que el mismo empleador o la ley otorguen dicha autorización.²⁶⁵ El artículo 183-X otorga a la empresa usuaria ciertas facultades del empleador directo, en lo pertinente, la de organizar y dirigir el trabajo, en el marco de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición. Asimismo, el artículo 183-Y restringe las facultades de la usuaria en términos muy parecidos a los límites que el artículo 5 impone al empleador.²⁶⁶

La tutela también es aplicable en contra de la empresa principal si ésta ha vulnerado algún derecho fundamental de algún trabajador de la

264 Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008.

265 Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008.

266 Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008.

contratista, aun cuando la ley no contemple esta posibilidad de manera expresa.²⁶⁷ Al respecto, parte de la doctrina precisa que la empresa principal debiese responder cuando se encuentre situada por ley en la posición jurídica de empleador, como ocurre cuando ejerce atribuciones en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo según lo dispuesto en el artículo 183-E, o cuando en los hechos ejerce facultades que son propias de la figura del empleador.²⁶⁸ Lo propio ha sostenido el Juzgado del Trabajo de Calama en la causa T-30-2013.²⁶⁹ Según ejemplifica Ugarte, la primera hipótesis incluiría los actos de discriminación y las conductas de acoso sexual o laboral cometidos por algún representante de la empresa principal; mientras que la segunda, aquellos casos en que la empresa principal impide el ingreso a sus instalaciones de un trabajador contratista o lo despide como represalia por su actividad sindical.

Por consiguiente, si un trabajador presta servicios bajo régimen de subcontratación, el agente activo de la vulneración de derechos fundamentales puede ser su empleador directo, o bien, la empresa mandante, sus representantes o alguno de sus trabajadores. En este caso, el empleador será responsable en virtud de lo dispuesto en los artículos 2, 154 y 184 del Código del Trabajo, así como en los artículos 1 y 19 N° 1 de nuestra Carta Fundamental, debido al incumplimiento del deber de cuidado y de la obligación de trato digno.²⁷⁰

En todos estos casos, según lo estipulado en los artículos 486 y 489 del Código del Trabajo, la denuncia debe ser presentada dentro de un plazo de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos alegada, o desde la efectiva separación del trabajador de sus funciones, dependiendo de si la acción tutelar se interpone durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión de su término. No obstante, este plazo puede suspenderse si, dentro del mismo, el trabajador interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo correspondiente en los términos contemplados en el artículo 168 del Código del ramo. Una vez completado este trámite ante la Inspección, el plazo de sesenta días seguirá corriendo. No obstante, en ningún caso se podrá acudir al tribunal si han transcurrido noventa días hábiles desde la separación del trabajador.

267 Vid. Prado (2014: 297 y ss.).

268 Ugarte (2018: 65 y 66).

269 *Sindicato Interempresa con Codelco* (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Calama 08 de noviembre de 2013, (no discriminación) RIT T-30-2013.

270 Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008.

Si se trata de vulneraciones continuas o permanentes, dicho término se contabiliza a partir de la última actuación que constituya la vulneración.

4.2. Medidas cautelares y sentencia

Conforme al artículo 492 del Código del Trabajo, en relación con las medidas cautelares, el juez, de oficio o a petición de parte, ordenará, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando los antecedentes presentados al proceso indiquen la existencia de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles. Esta disposición se establece bajo apercibimiento de aplicar una multa, la cual podrá repetirse hasta lograr el debido cumplimiento de la medida decretada. Cabe destacar que contra estas resoluciones no procede recurso alguno.

Según dispone el artículo 494, el juez dictará la sentencia en la audiencia de juicio o dentro de los diez días siguientes a su celebración, tomando en consideración el mérito del informe de fiscalización, si lo hubiere, lo expuesto por las partes y las demás pruebas presentadas en el proceso.

En su parte resolutive, la sentencia definitiva declarará la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada, e incluirá las medidas indicadas en el artículo 495 del Código del Trabajo, a saber:

- i) Si el comportamiento antijurídico persiste a la fecha de dictación del fallo, ordenará su cese inmediato bajo apercibimiento de multa, la cual puede repetirse hasta obtener el cumplimiento de esta medida, de conformidad al artículo 492.
- ii) Bajo el mismo apercibimiento, indicará de manera concreta las medidas a que se encontrará obligado el infractor para reparar las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que correspondan.
- iii) Aplicará las multas que procedan, de acuerdo con las normas del Código del Trabajo.

Agrega que el juez debe velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a la ocurrencia de la vulneración de derechos fundamentales denunciada, y se abstendrá de aprobar cualquier acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Existe un claro interés público en materia de derechos fundamentales. En este contexto, si un juez o jueza conoce de un caso de acoso

sexual, por ejemplo, y observa que otros trabajadores también están siendo acosados sin haber presentado demandas, podría ordenar el cese de estas conductas. En Inspección Comunal del Trabajo con Méndez,²⁷¹ el juez ordenó el cese inmediato de toda conducta por parte del empleador denunciado que pudiera importar una vulneración a los derechos fundamentales que se entendían lesionados. Específicamente, prohibió al denunciado efectuar cualquier tocación, insinuación o requerimiento sexual a sus trabajadoras, instándolo a mantener un ambiente de respeto, tanto en la conducta como en el lenguaje, y a abstenerse de cualquier conducta que pudiera ser constitutiva de acoso sexual o laboral, o que pudiera ser represalia a la denuncia de autos, incluidas las solicitudes de renuncia efectuadas a la trabajadora. Cabe destacar que las trabajadoras a que se refiere la sentencia no habían demandado la tutela de sus derechos fundamentales.²⁷²

La doctrina destaca que la protección establecida en el artículo 495 es completa, ya que comprende la tutela inhibitoria, la tutela restitutoria y la tutela resarcitoria.²⁷³

La tutela inhibitoria permite ordenar el cese inmediato de la o las conductas lesivas de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento del artículo 492. La tutela restitutoria, por su parte, obliga al juez a velar porque la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a la vulneración demandada.

En casos donde la conducta lesiva es puramente material (por ejemplo, a través de una cámara de seguridad, dispositivo electrónico, escáner, u otro) se limitará a ordenar la detención en su ejecución y a exigir su no repetición. En cambio, si se trata de un acto jurídico (como una amonestación, ejercicio de jus variandi, etc.), la consecuencia será la nulidad de este acto, con excepción del despido, en vistas al sistema de estabilidad relativa impropia vigente en Chile.²⁷⁴

La tutela resarcitoria se manifiesta en el deber del juez de especificar en su sentencia las medidas que el infractor debe adoptar para reparar las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el mismo apercibimiento, lo cual incluye las indemnizaciones correspondientes. Se trata de las medidas adecuadas y necesarias para lograr la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva, de

271 *Dirección del Trabajo con Méndez Soto* (2010): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, (integridad psíquica y honra) RIT T-16-2010.

272 Gamonal y Guidi (2020: 147-148).

273 Gamonal (2008: 150).

274 Ugarte (2018: 78).

acuerdo con el tenor del artículo 495 del Código del ramo. Esto posibilita que la reparación no se limite únicamente al afectado específico,²⁷⁵ como ocurrió en Inspección Comunal del Trabajo con Méndez. Además, permite abarcar los remedios sistémicos u órdenes del Tribunal en materia de organización del trabajo en la empresa.²⁷⁶

4.3. Despido atentatorio de derechos fundamentales y despido discriminatorio grave

La ley N° 20.087 de 2006 consagra dos hipótesis especiales de despido abusivo, las cuales se configuran cuando, con motivo del despido, se vulneran los derechos fundamentales del trabajador. Estas son el despido atentatorio de derechos fundamentales y el despido discriminatorio grave.

El despido atentatorio de derechos fundamentales se configura en todos aquellos casos en los que las garantías mencionadas en el artículo 485 resultan lesionadas con ocasión del despido (por cualquiera de las causales establecidas en el Código del Trabajo, a saber: artículos 159, 160, 161 y 161 bis), con la excepción de los casos en que el derecho lesionado mediante el despido sea el derecho a la no discriminación según los criterios establecidos en el inciso cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, y la lesión producida haya sido calificada como grave por resolución fundada. En este último escenario estaremos frente a un despido discriminatorio grave.

Las expresiones “con ocasión del despido” comprenden situaciones de fondo y de forma.

Entre las situaciones de fondo se incluyen los despidos abiertamente atentatorios de alguno de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 485, como, por ejemplo, si se despide a una persona por su orientación sexual. También se consideran dentro de esta categoría aquellos despidos cuya razón encubierta sea atentatoria de derechos fundamentales, como ocurre si se despide por necesidades de la empresa, pero el verdadero motivo del despido es la religión del trabajador. Otros casos son los despidos basados en prueba ilícita, de acuerdo con el artículo 453 N° 4, así como los despidos indirectos o las renunciaciones motivadas por vulneraciones a derechos fundamentales.²⁷⁷

275 Ugarte (2018: 79).

276 Vid. Gamonal y Guidi (2020: 148 y ss.).

277 Gamonal y Guidi (2020: 153).

En cambio, las hipótesis de forma se refieren a supuestos en los que se despiden a un trabajador o trabajadora, incluso por una causa válida, pero se transgreden sus derechos fundamentales. El Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la causa ROL N° 417-2012, acogió la denuncia de tutela presentada por un trabajador que fue maltratado verbalmente al momento del despido, frente a clientes del establecimiento donde prestaba servicios.²⁷⁸

Ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo, si la vulneración de derechos fundamentales ocurrió con ocasión del despido, el o la trabajadora afectada tendrá derecho a demandar al pago de las siguientes indemnizaciones: la indemnización sustitutiva del aviso previo contemplada en el artículo 162 inciso cuarto; la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163; el recargo legal por sobre los años de servicio, de acuerdo a la causal de despido invocada por el empleador, de conformidad a lo previsto en el artículo 168 del Código del Trabajo; y, una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Esta indemnización adicional es una indemnización sancionatoria y, por ende, quedaría pendiente la indemnización por el daño moral producido.²⁷⁹ Así lo ha entendido la Corte Suprema en el recurso de unificación de jurisprudencia dictada con fecha 19 de agosto de 2020.²⁸⁰

En el considerando octavo, precisa que en el artículo 495 del Código del Trabajo “se consagró una tutela completa, pues la referida disposición comprende tres tipos de protección: inhibitoria, restitutoria y resarcitoria”.

Por su parte, argumenta en base a las siguientes consideraciones (considerando noveno y siguientes):

- En primer lugar, hace referencia a que la doctrina y jurisprudencia están contestes en estimar que la reparación del daño debe ser integral y completa.
- En segundo término, agrega que para determinar si en definitiva debe comprenderse la indemnización del daño moral se atenderá a las consecuencias que la conducta lesiva de derechos fundamentales ha ocasionado en el fuero interno del trabajador.

278 Gamonal y Guidi (2020: 153).

279 Ugarte (2006: 129) y Ugarte (2018: 97 y ss.).

280 *María Celedón Bravo con Servicio de Salud Arauco* (2020): Corte Suprema 19 de agosto de 2020, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 23096-2019.

- Tercero, subraya que el artículo 495 del Código del Trabajo se limita a mencionar “las indemnizaciones que procedan”, sin especificar qué tipo de tutela resarcitoria debe decretarse. Lo anterior queda a criterio del Tribunal según la prueba rendida.
- En cuarto lugar, argumenta que al existir distintas interpretaciones y en vistas *al in dubio pro operario*, debe concluirse que “procede la indemnización por daño moral en materia de vulneración de derechos esenciales ocurrida durante o al término de la vigencia de la relación laboral”.
- Agrega, en quinto lugar, que la indemnización adicional del artículo 489 del Código del Trabajo tiene un carácter sancionatorio o punitivo, respaldado por el tenor literal de dicha norma, que contempla esta indemnización para el caso que el empleador con su actuar conculque alguno de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 485 incisos primero y segundo, con ocasión del despido del trabajador. Además, refuerza lo expuesto haciendo presente que el artículo 489 no excluye ni restringe la posibilidad de decretar el daño moral sufrido por el trabajador, y que contempla una indemnización tarifada cuyo “monto está predeterminado en la ley y no requiere la prueba del daño efectivamente causado”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema, en recurso de unificación de jurisprudencia ROL N° 119.688-2020, de fecha 24 de enero del 2022, señala: “Noveno: Que, además, si un empleador infringe el contenido protector de los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo, con ocasión del despido, el inciso tercero de su artículo 489 contempla una indemnización adicional tarifada y de carácter punitivo, a título de sanción por la infracción cometida, que deberá determinar el tribunal conforme a las circunstancias del caso, compatible, por tanto, con la que persiga la reparación del daño moral ocasionado, concluyéndose, de esta forma, que aquélla no es exclusiva ni restringe la posibilidad de conceder esta última, si se acreditan los requisitos de su procedencia. Décimo: Que estas conclusiones son compatibles con los supuestos de procedencia del daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, cuyo fundamento descansa en lo dispuesto en los artículos 1556, 1558 y 2329 del Código Civil, y en la directriz del legislador laboral tendiente a restablecer el equilibrio roto por la conculcación de garantías esenciales del trabajador, por lo que la indemnización permitirá reparar el malestar, angustia e inseguridad”.

ridad que significaron los actos de los que fue objeto, que afectaron su integridad física y síquica”.²⁸¹

En el caso que el juez determine que se trata de actos discriminatorios por haber transgredido lo dispuesto en el artículo 2 inciso cuarto y, los haya calificado como graves, el trabajador o la trabajadora afectados podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones mencionadas previamente.

La ley N° 21.258 de 2020 introdujo un nuevo artículo 489 bis al Código del Trabajo, según el cual, si el despido de un trabajador es declarado discriminatorio por el hecho de padecer de cáncer, éste siempre será considerado como grave.

4.4. Acción de garantía de indemnidad.

El artículo 485 del Código del Trabajo no solo aborda los derechos fundamentales detallados en sus dos primeros incisos, sino que también, en su inciso tercero, consagra de manera expresa la garantía de indemnidad, en los siguientes términos: “En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por la interposición de denuncias o por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”.

De esta manera, otorga al trabajador la posibilidad de defender sus derechos sin temor a represalias, asegurando que estos no prescriban sin haber sido ejercidos durante la vigencia de la relación laboral. Este concepto está íntimamente vinculado al principio de protección.²⁸² A su vez, plasma el derecho a la tutela judicial efectiva, implícitamente establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Aunque esta disposición constitucional no menciona expresamente dicho derecho, su reconocimiento se deriva de los derechos fundamentales delineados en el artículo 19 número 3, que abarca la igual protección en los derechos (inciso primero), el derecho a defensa jurídica (inciso segundo) y el debido proceso (inciso tercero).²⁸³

Las represalias del empleador pueden adoptar diversas formas, como la no renovación contractual, discriminación salarial, modificaciones

281 *Abello Astete Jorge con Patagonia College Corporación Educacional* (2022): Corte Suprema, 24 de enero de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 119.688-20.

282 Gamonal y Guidi (2020).

283 Ugarte (2006: 110).

en las condiciones laborales, traslados, sanciones disciplinarias y despidos.²⁸⁴ Incluso, pueden presentarse después de finalizada la relación laboral, como ilustra una sentencia española de 1988, donde el empresario se negó a proporcionar referencias de una ex trabajadora como represalia por demandas judiciales contra la empresa.²⁸⁵ Además, se evidencian prácticas como la circulación de listas negras entre empresarios, la exclusión de trabajadores conflictivos de beneficios de previsión social, la negación de ventajas establecidas para ex trabajadores (como tarifas reducidas o acceso gratuito a servicios). En el caso de empresas que ofrecen servicios al público en general (banca, electricidad, agua), también se observa algunas formas de discriminación en el acceso a dichos servicios.²⁸⁶

El despido destaca como la medida de represalia más común, y respecto de la cual existen más herramientas jurídicas para impugnarlo. Además de la garantía de indemnidad, se puede recurrir, en subsidio, a acciones legales por despido injustificado, indebido o improcedente. Las represalias pueden manifestarse incluso en el contexto de un despido colectivo, al determinar qué trabajadores serán afectados por la medida. Esto se evidencia al preferir despedir a aquellos que hayan litigado contra la empresa o presentado denuncias en la Inspección del Trabajo, en lugar de otros trabajadores en una situación similar pero considerados menos conflictivos según la percepción del empleador.²⁸⁷

A diferencia de los demás derechos del artículo 485 del Código del Trabajo, el inciso tercero establece las condiciones de aplicación de esta garantía, configurándole como una regla en lugar de un principio. La Corte de Apelaciones de San Miguel respalda esta visión en la causa con ROL N° 1-2017. Por consiguiente, este derecho no se evalúa sopesándolo con otros derechos, ya que las represalias nunca son “justificadas o proporcionadas”. La evaluación se centra en determinar si ha ocurrido una represalia y si está relacionada con las hipótesis contempladas en la norma legal transcrita.²⁸⁸

En esta materia, el indicio más relevante para la jurisprudencia al determinar la vulneración de la garantía de indemnidad ha sido la estrecha proximidad temporal entre la denuncia del trabajador, la fiscalización de la Inspección del Trabajo o su ofrecimiento o participación como

284 Ugarte (2006: 109).

285 Álvarez (2005: 120).

286 Álvarez (2005: 121).

287 Castro (2012: 124).

288 Ugarte (2018: 224).

testigo y su posterior despido. Otros indicios, como hostigamientos y diversas presiones hacia el trabajador, han desempeñado un papel secundario, contribuyendo a reforzar la convicción del tribunal una vez establecida la cercanía temporal entre la denuncia, fiscalización, ofrecimiento o testimonio del trabajador y su despido.²⁸⁹

289 Castro (2012: 134).

Capítulo 4

Terminación del contrato de trabajo

1. Causales de terminación del contrato de trabajo. Sistema de estabilidad relativa impropia, despido causado y despido indirecto

Una de las proyecciones fundamentales del principio de continuidad en materia de término de contrato de trabajo es la estabilidad laboral. Esta se define como el “derecho a permanecer en el cargo asalariado que se desempeña, a no ser despedido sin causa justificada calificada por autoridad competente y, en caso de despido inmotivado, a ser reintegrado en el empleo o, en subsidio, a ser indemnizado adecuadamente”.²⁹⁰

Según Plá, la estabilidad puede ser absoluta o relativa, y esta última, además, se clasifica en propia o impropia. En la estabilidad absoluta y en la estabilidad relativa propia, el despido es declarado nulo. En el primer caso, el trabajador injustamente despedido es reincorporado a sus labores, mientras que, en el segundo, el trabajador sigue siendo considerado parte de la empresa, incluso si el empleador no lo readmite, y, por lo tanto, sigue recibiendo su remuneración. A diferencia de las hipótesis anteriores, en la estabilidad relativa impropia no se produce la nulidad del despido, sino que se sanciona al empleador por su incumplimiento contractual.²⁹¹

En Chile, rige el sistema de estabilidad relativa impropia. Si el empleador termina el contrato de trabajo sin causa justificada y el tribunal así lo declara, debe pagar al trabajador una indemnización, cuyo monto dependerá de la causal invocada y de la acción judicial impetrada por el trabajador.²⁹²

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de terminación del contrato de trabajo se configura en torno a determinadas exigencias. Siguiendo la estructura propuesta por Rojas, en primer lugar, el Código del Trabajo establece un sistema causado de término de contrato, en los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo. Por

290 Escribar (1968: 91).

291 Plá (1998: 242-243).

292 Lizama y Lizama (2019: 226).

consiguiente, el término del contrato debe fundamentarse en alguna de estas causales específicas, establecidas por el legislador.

Segundo, el empleador debe pagar una indemnización al aplicar determinadas causales legales, como las contempladas en los artículos 161, 161 bis y 163 del mismo código. A su vez, el no cumplimiento de la causalidad del despido o de otras especiales exigencias configura un despido injustificado, que da derecho a una indemnización con determinados recargos legales, pero su declaración requiere impugnación judicial.

Además, un tercer aspecto a considerar es que deben cumplirse ciertos requisitos bajo sanción de nulidad de la terminación del contrato, como en las hipótesis de vulneración del fuero laboral y de falta de pago de las cotizaciones de seguridad social.

En cuarto lugar, cabe hacer presente que existen otras exigencias, por ejemplo, en los artículos 162 y 177, cuyo incumplimiento configura un despido injustificado o una infracción de carácter administrativa.

Por último, la lesión a derechos fundamentales con ocasión del despido da lugar también a una indemnización adicional, a menos que la ley haya definido como efecto la nulidad del despido.²⁹³ Además, existe la posibilidad de demandar el daño moral sufrido, en su caso.

Con todo, el trabajador siempre puede poner término a su contrato por medio de la renuncia.

Un principio central en la materia es el de la indisponibilidad tipológica, el cual impide a las partes, a través de su autonomía individual o colectiva, alterar la determinación de las causales de término de contrato establecidas por el legislador, sea agregando o suprimiendo las existentes. El empleador tampoco puede modificar o crear unilateralmente causales de terminación, por ejemplo, en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad. Cabe precisar, que este principio no abarca la procedencia ni el monto de las indemnizaciones por término de contrato, ya que su pago puede acordarse incluso respecto de causales que no las contemplan, o bien, puede aumentarse su monto.²⁹⁴

293 Rojas (2014: 103).

294 Gamonal y Guidi (2015: 369).

1.1. Análisis de las causales de término de contrato contempladas en los artículos 159 y ss. del Código del Trabajo

Ya hemos dicho que el sistema imperante en Chile es el de la estabilidad relativa impropia. Esto porque las causales de despido son establecidas por el legislador y no pueden ser modificadas por las partes; sin perjuicio de lo cual, el despido injustificado no se sanciona con la nulidad del acto ilegal y la restitución del trabajo, sino solo con una indemnización adicional. Como veremos, existen algunas limitadas excepciones en las que opera el sistema de libre despido o desahucio, que no requiere justificación por parte del empleador para poner término al contrato. Por consiguiente, podemos concluir que el sistema general es de estabilidad relativa impropia en el empleo, con ciertas excepciones.

La doctrina suele agrupar las causales de término del contrato de trabajo en objetivas y subjetivas, dependiendo de si son consecuencia de hechos independientes de la voluntad de las partes o si resultan de la voluntad de una o ambas partes para el término.²⁹⁵ Sin embargo, pese a lo útil que puede resultar agrupar las causales de término de contrato según la tradición doctrinal, en este manual se analizarán siguiendo el orden de los artículos que tratan cada causal o causales. Esto, teniendo en especial consideración el objetivo práctico de este manual. No obstante, se hará referencia en cada caso si corresponde a una causal que pueda considerarse objetiva o subjetiva.

1.1.1. Causales del artículo 159 del Código del Trabajo

a. Mutuo acuerdo de las partes o resciliación del contrato de trabajo

Conforme a lo dispuesto en el primer numeral del artículo 159, el contrato de trabajo termina por mutuo acuerdo de las partes.

Corresponde a una de las causales subjetivas de término de contrato, en la que opera la voluntad de ambas partes. Si están de acuerdo en poner fin al contrato de trabajo, la ley autoriza este término, operando su autonomía de la voluntad, tal como al inicio del contrato de trabajo.

Sin embargo, esta causal no contempla el pago de indemnizaciones en favor del trabajador, por lo que la ley exige que este acuerdo conste por

²⁹⁵ Gamonal y Guidi (2015: 368-369). También, Caamaño y Varela (2022: 194 y ss.).

escrito y que sea firmado por el trabajador y por el empleador. Además, debe ser firmado por el presidente del sindicato o por el delegado sindical, o bien el trabajador debe ratificar su firma ante un ministro de fe (inspector del trabajo, notario público, oficial del registro civil o secretario municipal). En general, las partes expresan su voluntad de poner término al contrato en el finiquito que suscriben al finalizar el contrato, sin que conste en un documento anterior.²⁹⁶

Se busca así evitar presiones indebidas sobre el trabajador para que ponga término al contrato de trabajo por esta causal, cuando no concurre realmente con su voluntad o no tiene la información necesaria.

El artículo 177 del Código del Trabajo, que prescribe las formalidades requeridas para el término del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, también establece la sanción para el caso de no cumplirse con esas formalidades. Según su inciso primero, si no consta por escrito o no se firma o ratifica ante ministro de fe, “no podrá ser invocado por el empleador”, lo que implica que el empleador no lo podrá invocar en juicio. Esto convierte dicho término, como mínimo, en un despido injustificado. Así ha sido resuelto por la Corte Suprema en sentencia de Recurso de Unificación de Jurisprudencia, ROL N° 25187-2019, de fecha 27 de julio de 2020: “Décimo: Que, en tal entendido, en el caso que el empleador quiera alegar que el vínculo laboral que mantenía con un trabajador, se extinguió por su renuncia o el mutuo acuerdo de las partes, tal manifestación de voluntad necesariamente debe cumplir con las exigencias antes referidas, pues de otro modo, dicha decisión o acuerdo no podrá ser eficientemente considerado, pues el empleador no podrá alegar tal causal como válida”.²⁹⁷

Actualmente el mutuo acuerdo entre las partes puede materializarse a través del Portal de la Dirección del Trabajo (en adelante, Portal de la DT). Este acuerdo se origina mediante la propuesta que entre las partes se hagan. Para iniciar el proceso, la parte interesada podrá ingresar al Portal de la DT y presentar la propuesta de acuerdo. El destinatario de la propuesta tiene la opción de aceptarla o rechazarla. Si la acepta se entenderá que el acuerdo ha sido ratificado ante ministro de fe mediante la suscripción electrónica en el Portal de la DT. Esto generará en forma electrónica el documento de “Mutuo Acuerdo de las Partes”, que puede

²⁹⁶ Lizama y Lizama (2019: 228).

²⁹⁷ *Rivera Rivera Maximiliano con Casino de Juegos Temuco S.A* (2020): Corte Suprema 27 de julio de 2020, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 25187-2019.

ser descargado. En caso de que la propuesta sea rechazada, se entiende que la relación laboral entre las partes continúa vigente.

La propuesta de “Mutuo Acuerdo de las Partes” estará disponible en formato electrónico durante un plazo no superior a 10 días hábiles. Se entenderá caducada la propuesta si al vencimiento de dicho plazo no se verifica respuesta del destinatario.

b. Renuncia del trabajador

El artículo 159 numeral segundo del Código del Trabajo establece que la renuncia del trabajador pone término al contrato de trabajo, debiendo dar aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos.

Corresponde, al igual que el caso anterior, a una de las denominadas causales subjetivas de término de contrato, con la diferencia de que es una manifestación unilateral de voluntad del trabajador, en orden a poner fin al contrato de trabajo.²⁹⁸

Es relevante entender la renuncia del trabajador como un acto jurídico unilateral, que debe ser voluntario como requisito de validez del acto jurídico, por lo que no se puede someter a presiones al trabajador para obtener la renuncia, ya que aquello podría viciar la voluntad.

El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en la sentencia dictada con fecha 30 de junio de 2010, en la causa RIT N° T-76-2009, sostuvo que “la renuncia presentada por el trabajador bajo la amenaza de su empleador de invocar alguna de las causales de caducidad que contempla el Código del Trabajo (art. 160) es inválida por la concurrencia de fuerza que vicia el consentimiento que, inclusive, puede dar pie para una acción de tutela de derechos fundamentales por infracción a la integridad psíquica del trabajador”.²⁹⁹

En línea con el acuerdo mutuo y considerando que la renuncia también implica el término del contrato de trabajo sin derecho a indemnizaciones en favor del trabajador, se requiere que conste por escrito y sea firmada o ratificada en los términos especificados en el artículo 177 del Código del Trabajo. La falta de cumplimiento de esta formalidad resultará en la misma sanción mencionada en el acápite anterior, es decir, el empleador no podrá invocar dicha renuncia en juicio. También se permite que la renuncia se materialice a través del portal web de la Dirección del Trabajo.

298 Gamonal y Guidi (2015: 404).

299 Lizama y Lizama (2019: 236).

El artículo 159 N° 2 dispone que debe entregarse el aviso por el trabajador al empleador con 30 días de anticipación a lo menos. Sin embargo, el incumplimiento de ese plazo no le resta eficacia a la renuncia para poner término al contrato de trabajo, ya que no se puede obligar al trabajador a prestar servicios sin su voluntad, lo que devendría en trabajo forzado. En teoría, el incumplimiento del plazo de preaviso por parte del trabajador lo podría hacer responsable de los perjuicios que genere al empleador.

También se ha resuelto la validez de la renuncia del trabajador o trabajadora que goza de fuero laboral, considerándose la imposibilidad de imponer el trabajo o prestación de servicios sin que concurra la voluntad del trabajador.

c. Muerte del Trabajador

Esta causal es, evidentemente, una de las denominadas causales objetivas de término de contrato de trabajo que tampoco contempla el pago de indemnizaciones por años de servicio.

El contrato de trabajo es *intuitu personae* con respecto al trabajador, lo que implica que termina en caso de su fallecimiento. La prestación laboral es personalísima e indelegable,³⁰⁰ tal como se desprende de la propia definición de contrato de trabajo contemplada en el artículo 7 del Código del Trabajo.³⁰¹

Vale la pena recordar en esta parte que la muerte del empleador no pone término al contrato de trabajo, pues a su respecto la relación laboral no es personalísima, continuando vigente el contrato de trabajo con los herederos del empleador. El artículo 148 del Código del Trabajo regula especialmente la continuidad del contrato de trabajo de la trabajadora de casa particular ante la muerte del *jefe de hogar* (sic), disponiendo que el contrato subsiste con los parientes que hayan vivido en

300 Gamonal y Guidi (2015: 381).

301 El artículo 60 del Código del Trabajo regula el pago de las prestaciones que pudieran haberse devengado a la época del fallecimiento del trabajador, indicando: “En caso de fallecimiento del trabajador, las remuneraciones que se adeudaren serán pagadas por el empleador a la persona que se hizo cargo de sus funerales, hasta concurrencia del costo de los mismos. El saldo, si lo hubiere, y las demás prestaciones pendientes a la fecha del fallecimiento se pagarán, en orden de precedencia, al cónyuge o conviviente civil, a los hijos o a los padres del fallecido. Lo dispuesto en el inciso precedente sólo operará tratándose de sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales”.

la casa de aquél y continúen viviendo después de su fallecimiento, los que serán solidariamente responsables de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo.

d. Vencimiento del plazo convenido

Esta es una causal objetiva que conlleva la terminación del contrato de trabajo sin que el trabajador tenga derecho a indemnización.

Para que opere esta causal de despido, es necesario que estemos en presencia de un contrato de trabajo a plazo fijo, que “es aquel que al momento de su celebración define la fecha para su terminación”.³⁰²

Dado el principio de continuidad en el empleo, el contrato de trabajo a plazo fijo es una excepción a ese principio que quiebra dicha estabilidad, lo que se traduce en, a lo menos, tres importantes consecuencias jurídicas: 1. Debe constar en el mismo contrato de trabajo su carácter temporal, señalando explícita y claramente el día de vencimiento del plazo; 2. No es procedente la modificación de un contrato de trabajo de carácter indefinido a uno a plazo fijo, pues aquello redundaría en la renuncia a la estabilidad en el empleo; 3. La ley contempla distintas hipótesis de conversión del contrato de plazo fijo a indefinido, o límites al contrato a plazo fijo, explicitando la preferencia por el contrato de trabajo de carácter indefinido.

Las hipótesis de conversión del contrato de plazo fijo en contratos de duración indefinida serán: 1. Superar el plazo máximo de un año o de dos años para gerentes, personas con título profesional o técnico; 2. Continuar el trabajador prestando servicio con conocimiento del empleador, luego del vencimiento del plazo pactado; 3. Renovarse el plazo del contrato más de una vez, pasando a ser un contrato indefinido desde la segunda renovación. Según la Dirección del Trabajo, la aplicación de esta regla no se ve afectada si las partes acuerdan condiciones diferentes a las originalmente establecidas al renovar el contrato a plazo (Dictamen N° 7.878-392, de 26-12-1997).

Se contempla también en el mismo artículo 159 N° 4 una presunción legal de existencia de un contrato indefinido frente a relaciones a plazo fijo discontinuas. Indica la norma: “El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un periodo de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado

302 Rojas (2015: 62).

por una duración indefinida”. El objetivo del legislador es evitar que, debido a períodos breves de vacancia en la relación laboral, el empleador pueda eludir la contratación indefinida, mostrándose explícitamente la preferencia de la ley por las relaciones laborales indefinidas, como una manifestación del principio de estabilidad o continuidad de la relación laboral.

Así, frente a la acción de impugnación del despido por la causal vencimiento del plazo, se revisará, en general, la existencia de un contrato de trabajo a plazo fijo o su conversión a un contrato de trabajo indefinido, lo que haría del despido injustificado.

e. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato o término de la obra o faena

Al igual que el caso anterior, es de las llamadas causales objetivas.

Para que opere esta causal debemos estar en presencia de un contrato por obra o faena, lo que deberá constar en el contrato mismo y deberá indicarse claramente la obra o faena para la que se ha contratado el trabajador. En este sentido, el artículo 10 bis del Código del Trabajo³⁰³ ordena que la obra o faena sea temporal por su naturaleza, buscando evitar que se pacten como obras o faenas labores permanentes.

Aunque la regulación del contrato por obra o faena y su término es escasa en el Código del Trabajo, se ha interpretado que estos contratos, debido al principio de estabilidad en el empleo y su naturaleza precaria en comparación con las contrataciones indefinidas, responden a los límites

303 El artículo 10 bis, introducido al Código del Trabajo por ley N° 21.122, de 28 de noviembre de 2018, indica lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el número 6 del artículo 10, las partes podrán celebrar un contrato por una obra o faena determinada.

El contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquélla. Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.

No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia en caso de controversia”.

temporales de los contratos a plazo fijo. De esta manera, el contrato por obra se considera una forma de contrato a plazo fijo indeterminado. La Corte Suprema resolvió en Recurso de Unificación de Jurisprudencia, ROL N° 71845-2021, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2022:

Décimo: Que las reflexiones anteriores permiten concluir que los servicios que pueden dar lugar a que opere la causal prevista en el N° 5 del artículo 159 del Código del Trabajo, deben ser necesariamente transitorios o de limitada duración —no indefinidos— de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de, o su conversión en, un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley. Dicha conclusión, implica dar el verdadero alcance a los contratos por obra o faena, ajustándolos al espíritu del legislador laboral, que los previó en forma excepcional y evitar que éstos puedan ser utilizados para eludir las indemnizaciones previstas para los de duración indefinida, por la vía de invocar la autonomía de la voluntad o la temporalidad que pueda afectar al empleador en sus vinculaciones con terceros, desde que con ello se estaría permitiendo abdicar a derechos que son irrenunciables.³⁰⁴

A la hora de revisar la justificación de este despido, entonces, se hará necesario determinar si, efectivamente, existe un contrato por obra o faena en los términos del artículo 10 bis, si esa obra o faena ha concluido y, eventualmente, si ese contrato no ha mutado a uno de carácter indefinido, sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades de comunicación del despido.

f. Caso fortuito o fuerza mayor

También en el caso fortuito o fuerza mayor estamos frente a una causal objetiva de término de contrato.

El concepto de caso fortuito o fuerza mayor utilizado por el legislador laboral en el numeral sexto del artículo 159 del Código del Trabajo, debe ser entendido por el contemplado en el artículo 45 del Código Civil, que indica: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

304 *Katherine Sanhueza y Otros con RYQ Ingeniería* (2022): Corte Suprema 30 de noviembre de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 71845-2021.

Los requisitos de procedencia del caso fortuito o fuerza mayor son: 1. Que se trate de un imprevisto, esto es, “que racionalmente no exista manera de anticipar su ocurrencia o, más precisamente, que se desconozca con antelación la causa que lo provoca, razón por la cual el afectado no podrá decidirlo con un cierto grado de seguridad o certeza”.³⁰⁵ 2. Que sea irresistible, o sea, que no sea posible de evitar, como un tsunami. 3. Que el empleador no haya provocado o contribuido a su ocurrencia, como sería la pérdida de un negocio por negligencia o incumplimientos del mismo empleador.

Por ejemplo, no han sido aceptados como caso fortuito o fuerza mayor las licencias reiteradas del trabajador, su incapacidad o jubilación, la insolvencia y quiebra de la empresa, la reorganización empresarial, la clausura del local, el incendio parcial o por negligencia, entre otros.³⁰⁶

Esta causal tampoco otorga al trabajador el derecho al pago de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo (sustitutiva del aviso previo y por años de servicios) e implica la pérdida del trabajo. Al conocerse la causal deberá verificarse estrictamente que se cumplan los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor, teniendo en cuenta que el trabajador no es socio del empleador y, por lo tanto, no debe asumir los riesgos del negocio. La Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió en causa ROL N° 31-2021, sentencia de fecha 28 de abril de 2021:

Quinto: (...) Lo anterior resulta plenamente aplicable al caso concreto, teniendo además presente que el riesgo del que eventualmente quiere protegerse el empleador a través del despido es meramente económico, por la dificultades de tal naturaleza que la pandemia en su concepto le produciría (según pronosticó personalmente en su momento), siendo claro que el riesgo del negocio bajo ningún respecto puede hacerse recaer en el trabajador, como ocurriría si se adoptase la interpretación jurídica que pretende el recurrente”.³⁰⁷

1.1.2. Causales del artículo 160 del Código del Trabajo. Causales de caducidad o disciplinarias

Todas las causales contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo son de las denominadas causales subjetivas, ya que están relaciona-

305 Gamonal y Guidi (2015: 384).

306 Gamonal y Guidi (2015: 385).

307 *Celis con Heckle y Compañía Ltda.* (2021): Corte de Apelaciones de Antofagasta 28 de abril de 2021, (recurso de nulidad) ROL N° 31-2021.

das con el comportamiento del trabajador y la evaluación que realiza el empleador de dicho comportamiento.

Tal como se indica en la primera parte del artículo 160, la aplicación de cualquiera de estas causales por parte del empleador no otorga al trabajador el derecho a recibir las indemnizaciones por término de contrato de trabajo —sustitutiva de aviso previo y por años de servicio—, ya que se considera una sanción. No parece razonable “premiar” al trabajador incumplidor, que obliga a terminar el contrato debido a su incumplimiento, con el pago de indemnizaciones.

Se les denomina causales de caducidad ya que los incumplimientos son de tal gravedad que el contrato de trabajo no puede seguir ejecutándose. Reciben también la denominación de causales disciplinarias, ya que son la máxima manifestación de la potestad disciplinaria de que dispone el empleador, para hacer frente al incumplimiento grave de las obligaciones del contrato por parte del trabajador. No obstante lo ampliamente difundida de esta última denominación, no hay que olvidar que el trabajador también puede invocar los incumplimientos del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo a través del despido indirecto, por lo que, en esta parte, la facultad disciplinaria opera respecto de ambos contratantes.

Es importante tener presente que la decisión de despedir frente a hechos o acciones que pudieran importar un incumplimiento contractual suficiente es una facultad, no una obligación, para el empleador. Este puede optar por mantener vigente el contrato de trabajo e imponer una sanción de menor intensidad, o incluso decidir no sancionar el incumplimiento. La valoración tendrá que ver con el comportamiento del trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo, lo que incidirá en la gravedad del incumplimiento y la proporcionalidad de la sanción. Por ejemplo, frente a ausencias de un trabajador durante dos días seguidos, si el trabajador lleva menos de un año en la empresa y suele llegar tarde o incurrir en otros incumplimientos menores, el empleador podría optar por el despido; mientras que, si el trabajador lleva 10 años trabajando en la empresa, jamás ha tenido problemas de incumplimiento y durante esos 10 años nunca se ha ausentado, la decisión del empleador podría ser otra, por ejemplo, una amonestación. En caso de decidir el despido en el segundo caso, el juez valorará la gravedad del incumplimiento y la proporcionalidad de la medida considerando el historial laboral, entre otros antecedentes particulares de la causa. Esto no implica que el despido del trabajador con más antigüedad sea automáticamente

injustificado, sino que esa historia laboral o de ejecución del contrato de trabajo será un elemento a considerar en la decisión.

Así resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago en causa ROL N° 1450-2022, sentencia de fecha 13 de marzo de 2023:

Cuarto: Que el artículo 160 del Código del Trabajo faculta al empleador para poner término al contrato, sin derecho a indemnización, cuando el trabajador incurre en alguna de las causales que el propio precepto establece. Todas ellas constituyen hipótesis de inobservancia de sus obligaciones contractuales o de la buena fe contractual. En concreto, la causal de despido contemplada en el numeral 7° exige la concurrencia de dos elementos copulativos para despedir justificadamente al trabajador (de forma tal que no se trate de un despido injustificado), que son: a) el incumplimiento de una obligación contractual por parte del trabajador; y b) que el incumplimiento contractual sea grave; es decir, de una magnitud tal que determine necesariamente el quiebre de la relación laboral. La ley no define qué debe entenderse por gravedad, quedando su ponderación entregada al tribunal, que deberá aquilatarla conforme a criterios tales como la ruptura de la confianza que requiere el trabajo, el daño producido o el peligro provocado con el incumplimiento, lo que a su vez debe vincularse con el desempeño del trabajador y el contexto de la relación del trabajo, el cargo y naturaleza de las funciones que desempeñaba, el giro o rubro de la empresa y la mayor o menor responsabilidad en la imputación formulada.³⁰⁸

Pese a llamarse causales de caducidad por la doctrina, el legislador no ha establecido un tiempo o plazo para ejercer el despido una vez conocidos o constatados los hechos. Esta omisión suele ser solucionada a través de lo que la jurisprudencia y la doctrina han llamado el *perdón de la causal*. Esto implica que, si el contrato de trabajo ha seguido ejecutándose después de que el empleador ha tomado conocimiento de los hechos que configuran alguna o algunas de las causales contempladas en el artículo 160, se colige la voluntad del empleador de no sancionar con despido los hechos, por lo que no puede despedir al trabajador luego de esa manifestación tácita de voluntad. Por lo tanto, “la aplicación de la causal debe ser oportuna y, en caso contrario, se presume el perdón tácito de la misma. En consecuencia, ocurrido el incumplimiento grave el empleador debe ser diligente respecto de la aplicación de la sanción”.³⁰⁹ Esto debe ser analizado y valorado caso a caso por el juez o jueza de la causa, considerando que, en algunos casos, la complejidad de los hechos impone

308 *Urzúa con Banco de Chile* (2023): Corte de Apelaciones de Santiago 13 de marzo de 2023, (recurso de nulidad) ROL N° 1450-2022.

309 Gamonal y Guidi (2015: 407).

al empleador la necesidad de realizar alguna investigación o averiguaciones para consolidar la decisión de despido.

En este sentido, la Corte Suprema al resolver un recurso de casación en el fondo interpuesto en la causa ROL N° 4142-2014, señaló que el “perdón de la causal” —también conocido como “condonación de la falta”—, “es una institución laboral concebida sobre la base de dos ideas o nociones, a saber, la de “reconocimiento de la voluntad presunta” y la de “consolidación de las situaciones”, pues si el empleador nada hace para condenar la falta o conducta del trabajador dentro de un período más o menos inmediato o cercano a su comisión, se supone que su voluntad es la de condonar. Lo que también ocurre si impuso una sanción de menor entidad, caso en que se entremezcla con el principio *non bis in idem*.

Dicha postura doctrinaria se acepta en sede judicial, pues se sostiene que si no se plasma el despido inmediatamente después de la falta, se debe entender que el empleador renunció tácitamente a la aplicación de la causal de término de contrato de trabajo; también que es atendible y lógico que la parte empleadora, afectada o perjudicada por una determinada actuación subsumible en alguna de las causales de caducidad contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo, debe provocar con prontitud la extinción del vínculo laboral, de lo contrario debe desestimarse por improcedente para dicho efecto, entendiéndose que ha operado una suerte de “perdón” de la causal de exoneración”.³¹⁰

a. Conductas indebidas de carácter grave, y debidamente comprobadas

El primer numeral del artículo 160 del Código del Trabajo describe seis supuestos de incumplimiento, exigiendo en todas estas hipótesis un estándar elevado respecto de los hechos, a saber: que sean conductas de carácter grave y que hayan sido debidamente comprobadas. La redacción de la norma deja en claro que tanto la gravedad de la conducta como su adecuada comprobación son parte de la descripción típica de cada uno de los incumplimientos enumerados en las letras a) a f) del artículo 160 N° 1.

- Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones

310 *Ruchichi Ferrada con Fisco de Chile* (2014): Corte Suprema 12 de noviembre de 2014, (casación en el fondo) ROL N° 4142-2014.

Se entiende la probidad como sinónimo de honradez, por lo que la falta de probidad se ha definido como la falta de honradez o rectitud en el actuar.

Es importante atender el tipo completo consignado en la norma, en cuanto exige que la conducta que motive el despido se circunscriba al actuar del trabajador *en el desempeño de sus funciones*, no en el ámbito de su vida privada.

La jurisprudencia judicial ha entendido que para que se configure esta causal, deben cumplirse los siguientes requisitos copulativos, a saber: a) deben ser graves; b) deben ser atribuibles al trabajador; c) deben estar debidamente comprobados; d) deben ser actuales; y e) deben estar relacionados con el vínculo laboral.³¹¹

Abarca esta causal múltiples hipótesis, “por ejemplo, se ha estimado falta de probidad la sustracción de dineros al empleador, las defraudaciones reiteradas al empleador reutilizando boletas dejadas por los clientes, el otorgamiento de créditos sin la documentación necesaria, la sustracción de sumas de dinero a otros trabajadores, los hurtos en la empresa, la alteración de parte del profesor evaluado de las encuestas de calificación realizadas por los alumnos universitarios sobre su desempeño como profesor, el registro de asientos contables falsos, el estado de ebriedad, etc.”³¹²

– **Conductas de acoso sexual.**

Se ha tratado el acoso sexual en Capítulo 3, al que nos remitimos.

– **Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa.**

La conducta sancionada es la agresión física o verbal del trabajador, ya sea en contra del empleador o de otro trabajador de la empresa. Esto ha sido descrito en sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa ROL N° 357-2021, con fecha 14 de febrero de 2022:

Decimocuarto: Que sobre este punto es pertinente consignar que tal como lo señalado la doctrina, la expresión vías de hecho constituye una referencia genérica y omnicomprendiva de cualquier maltrato de obra o agresión física provocada por el trabajador. Dentro de ellas caben, desde luego, las riñas, golpes, peleas, enfrentamientos y reacciones desproporcionadas que, en definitiva, menoscaban la dignidad de la víctima y la

311 Corte Suprema, ROL N° 4116-2005, de 4 de abril de 2006, citada por Lizama y Lizama (2019: 239).

312 Gamonal y Guidi (2015: 411), citando a Lizama (2003: 174), y a Vivanco Cisternas (1994: pp. 62 y ss.).

disciplina interna de la empresa. De cierta manera, el Código parte de la base que la sola ocurrencia de este tipo de conductas, sin justificación ni provocación previa, es lo suficientemente grave para extinguir el vínculo contractual, ya que un comportamiento de esta naturaleza implica un serio atentado tanto para la disciplina de la faena, como para la propia seguridad de las personas y vidas que se encuentran en peligro.³¹³

La complejidad de esta causal suele surgir, generalmente, de las agresiones mutuas entre los trabajadores o entre el trabajador y el empleador. En los casos de despido injustificado, se alega que el trabajador despedido solo respondió o se defendió de una agresión previa. La resolución de este asunto debe basarse en la evidencia presentada y los hechos que dicha evidencia permita establecer, y debe ser determinada caso por caso.

El empleador debe velar por la vida y salud de todos los trabajadores de la empresa (artículo 184 del Código del Trabajo), por lo que no puede mantenerse impávido frente a las agresiones, debiendo asegurarse de que el hecho sea grave y esté debidamente comprobado, como ordena la primera parte de la norma.

– **Injurias proferidas por el trabajador al empleador.**

Es pacífico en la doctrina y jurisprudencia que la expresión injurias no está referida al delito consagrado en el Código Penal. Corresponderá en el ámbito laboral al descrédito del trabajador en contra del empleador.

Debe cuidarse al valorar el despido la gravedad y el contexto en que se han dado los dichos del trabajador, al limitar la facultad del empleador con la libertad de expresión del trabajador.

Así, por ejemplo, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT 0-2120-2022 resuelve una acción de desafuero presentada en contra de la presidenta de un sindicato interempresa, quien habría incurrido en “actitudes irrespetuosas, desafiantes, y derechamente vulneradoras de derechos de sus compañeros de trabajo, jefaturas, y por sus constantes desprestigios a Jumbo a través de redes sociales”. Respecto de la causal de injurias, el Tribunal señaló que “las expresiones señaladas por la demandada han tenido la voluntad e intención de injuriar al empleador pues no solamente han tenido por objeto protestar por las condiciones de trabajo que estimó incorrectas sino que, además, se refirió a la empresa en términos de menoscabo a su reputación, señalando que esta trataba con desprecio a los trabajadores, que en el lugar

313 *Coronado con Sociedad de Transportes Barría Ltda.* (2022): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, (recurso de nulidad) ROL N° 357-2021.

de trabajo existía una dictadura, expresión que por cierto tiene carácter infamante [...] se refirió a la empresa como un empleador que entrega comida asquerosa”, entre otras expresiones.

– **Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.**

Se ha definido la conducta inmoral del trabajador como “aquellos comportamientos que desconocen los parámetros conductuales generalmente aceptados y que importan una evidente y notoria vulneración de las buenas costumbres, la ética y la moral, revelando una actitud de ofensa, menosprecio de la persona del empleador, de sus compañeros de trabajo o de otras personas inclusive”.³¹⁴

Esta causal en particular es de muy poca manifestación en los hechos, debido a su compleja descripción típica, que exige una conducta inmoral y que aquella afecte a la empresa, lo que limita con el derecho a la intimidad del trabajador. No es parte de las facultades del empleador el imponer su visión o convicciones morales a los trabajadores y, por otra parte, deberá acreditar cómo esa supuesta conducta inmoral del trabajador afecta el negocio, lo que no puede quedar reducido a un argumento (como la afectación de la imagen corporativa de la empresa), sino que debe acreditarse y objetivarse, como una pérdida económica o patrimonial producto de ese actuar del trabajador.

– **Conductas de acoso laboral.**

En el despido ejercido por esta causal, nos referimos al trabajador que ejerce acoso laboral contra otro trabajador o trabajadores.

Respecto del contenido, nos remitimos a lo dicho en Capítulo 3.

b. Negociación que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio del empleador. Artículo 160 N° 2

Conforme al segundo numeral del artículo 160, el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término por las “negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubiesen sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”.

Son dos los requisitos copulativos que el legislador contempla en esta causal: a. Negociaciones del trabajador en el giro del negocio del empleador; b. Que se encuentren prohibidas en el contrato de trabajo.

314 Corte Suprema, ROL N° 322-2010, de 18 de marzo de 2010, citada por Lizama y Lizama (2019: 243 y 244).

En cuanto al primer requisito, es importante tener presente que la expresión que usa la norma es más amplia que el negocio explotado propiamente tal, al referirse a “negociaciones”. Por otra parte, si bien la norma se refiere al giro del negocio del empleador, aquello deberá entenderse como al giro explotado, considerando que pueden existir múltiples giros u objetos del negocio que no sean explotados. Por lo tanto, no se puede exigir al trabajador que conozca el detalle de los giros u objetos consignados en el acto de constitución o en alguna modificación. En ese mismo sentido, tampoco se advierte perjuicio para el empleador si el giro no está siendo explotado.

Respecto del segundo requisito, cabe precisar que aun cuando la prohibición pueda estar comprendida en el contrato de trabajo, el empleador podrá autorizar expresamente la actividad del trabajador o, incluso, tácitamente.

La prohibición se ha interpretado como dirigida contra la competencia desleal, considerada como una acción que viola la buena fe del contrato de trabajo. Por ejemplo, incluye casos donde el trabajador trata directamente con los clientes de la empresa empleadora o se beneficia de su conocimiento del negocio desde su posición en la empresa, para explotarlo.

La Corte Suprema, en la sentencia de reemplazo dictada con fecha 12 de noviembre de 2009, en la causa ROL N° 3985-2009,³¹⁵ dispuso que esta causal tiene por objeto “impedir que el trabajador preste sus servicios a la vez en otra empresa, o desarrolle el mismo giro de su empleador en forma independiente, sea durante la vigencia de la relación laboral, sea con posterioridad al término de la misma, con el objeto de evitar que aquellos dependientes más calificados que, con ocasión del desempeño de sus funciones han accedido a información técnica, profesional o comercial, de interés relevante para la empresa, desarrollen por cuenta propia o ajena una actividad semejante, o abandonen su Trabajo para desempeñarse en otra compañía de la competencia”.

c. Ausencias injustificadas

De acuerdo al numeral tercero del artículo 160 del Código del Trabajo, esta causal de término de trabajo se configura en los siguientes casos, a saber: por la “no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa

315 *Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda.* (2009): Corte Suprema 24 de noviembre de 2009, (casación forma y fondo) ROL N° 3985-2009.

justificada durante dos días seguidos, dos lunes al mes o un total de tres días durante igual periodo de tiempo”; como también, por “la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra”.

En las distintas hipótesis de la causal, se imponen dos requisitos: la no concurrencia del trabajador a trabajar; y, que la ausencia sea injustificada.

Las hipótesis de ausencias contempladas en la norma son:

1. **Un día** para trabajadores que tuvieran a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación significativa en la marcha de obra. Sobre esto, es importante destacar que debe tratarse de funciones críticas. En otras palabras, no cualquier labor o el manejo de cualquier maquinaria permite hacer uso de esta causal. Por ejemplo, en lo que respecta a las actividades o faenas, podría referirse a roles como capataces, supervisores, jefes de obras o controladores de aeropuertos. En cuanto a las máquinas podría incluirse un trabajador que tenga bajo su responsabilidad un instrumento crucial para el funcionamiento de la empresa, o un conductor de vehículos especiales y esenciales para la ejecución de una actividad específica.³¹⁶

Se entiende que la sola ausencia del trabajador perjudica la marcha de la empresa, pero se trata de una figura agravada de perjuicio, lo que se desprende de la expresión “perturbación grave” utilizada por la norma. En este orden de ideas, la doctrina ha considerado que aquello deberá ser especificado o comunicado al trabajador, de lo que deberá quedar registro en el contrato de trabajo o el reglamento interno de higiene y seguridad.³¹⁷

2. **Dos días** seguidos o dos lunes en el mes. Sobre los dos días seguidos, se estima que existiendo días feriados entre los dos días no se configura la causal. En el fondo, lo que se ha hecho es interpretar la causal de manera estricta, entendiendo que es una sanción de la mayor gravedad, que tendrá como consecuencia necesaria la pérdida del empleo sin el pago de ninguna indemnización por el tiempo trabajado.

316 Lizama y Lizama (2019), p. 247.

317 Gamonal y Guidi (2015: 420).

Sobre los dos días lunes en el mes, la doctrina ha manifestado la existencia de una suerte de prejuicio del legislador en contra de los trabajadores, por lo que se propone la eliminación de la hipótesis, lo que puede resultar atendible ya que no se comprende de otra forma la mayor gravedad que el asigna el legislador a la ausencia en los días lunes en relación a los demás días de la semana. La doctrina ha sostenido que “esta norma es arcaica y prevé influenciar en las actividades del trabajador durante el fin de semana, en orden a abstenerse del consumo excesivo de alcohol, que eventualmente podría influir en su ausencia el día lunes”.³¹⁸ Sin embargo, mientras no exista tal modificación legislativa, cabe recordar que debe tratarse de dos días lunes en un mismo mes calendario.

3. **Tres días** en un mes —calendario—, sin que sea necesario que esos días sean seguidos.

El otro requisito —la justificación— será donde se presentará la mayor parte de la conflictividad de los casos. El legislador utiliza la expresión “ausencias injustificadas”, sin definir qué se entenderá por justificación, por lo que la solución dependerá de cada caso y no puede limitarse únicamente a la enfermedad del trabajador y la licencia médica como única justificación. La jurisprudencia ha definido “ausencia justificada” como “aquel hecho que se encuentra fundado con exactitud, rectitud y verdad”.³¹⁹

Ciertamente, la enfermedad es una justificación para no asistir a trabajar, primando el derecho a la salud del trabajador sobre su obligación de asistir o sobre el derecho del empleador de exigir esa asistencia al trabajo. La licencia médica es un medio para acreditar tal justificación, pero no será el único, pues es posible que el trabajador no haya obtenido esa licencia médica por, por ejemplo, atenderse en un servicio de urgencia y no tener los medios para concurrir luego a una consulta médica particular, o porque, sencillamente no le fue otorgada, pese a lo cual, el trabajador no se encuentra en condiciones de concurrir a trabajar. Deberá, en todo caso, acreditar el trabajador esa condición médica o enfermedad. Pero podrán existir otras justificaciones no asociadas a la salud del trabajador, como podrá ser la muerte o accidente de un fami-

318 Gamonal y Guidi (2015: 419).

319 Corte Suprema, ROL N° 22136, de 23 de abril de 2015, citado por Lizama y Lizama (2019: 247).

liar cercano, un problema generalizado en el transporte público, inundaciones, etcétera.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió que la desvinculación de un trabajador que se encontraba en prisión preventiva, y por tal motivo no se presentó a trabajar, constituía un despido injustificado, debido a que existía una razón y causa que motivaba razonablemente la inasistencia. En este orden de ideas, señaló lo siguiente: “La resolución que dispone la detención es un acto de autoridad que emana de un Juez y, lo que se somete a la decisión es si la inasistencia del trabajador al lugar donde se desempeña, sea sin causa justificada, es decir, que no concurra norma legal o reglamentaria o algún evento de tal entidad que dispense la no asistencia, por lo que corresponde concluir que la medida adoptada en su contra y de la que únicamente derivan efectos transitorios, sólo puede dar lugar a la suspensión del contrato de trabajo”.³²⁰

Es recurrente la existencia de causas en que el trabajador reclama despido verbal y el empleador niega la existencia de ese despido verbal afirmando que el trabajador fue despedido por haber faltado injustificadamente dos o más días en un mes, coincidiendo esos días a aquellos posteriores al supuesto despido verbal. En aquellos casos, la ausencia del trabajador estaría justificada en el despido del que fue objeto, por lo que, acreditándose la existencia del despido verbal, el despido será injustificado necesariamente, ya sea porque se estime que el despido verbal es el válido, lo que importaría un recargo del 50% sobre la indemnización por años de servicios (artículo 168 b); ya sea porque se estime que el despido que ha ejercido el empleador por esta causal del artículo 160 N° 3 ha sido mal aplicado, pues el trabajador estaba autorizado a ausentarse en los dichos del empleador —despido verbal—, por lo que el recargo sería del 80% (artículo 168 c). Creemos que esta última postura es la correcta, ya que el mismo empleador sostiene el despido por la causal del artículo 160 N° 3, siendo el despido verbal anterior nada más que una puesta en escena para engañar al trabajador y hacerlo ausentarse los días posteriores. Esa conducta especialmente grave del empleador que busca engañar al trabajador y al tribunal debe ser sujeto del mayor reproche, que en este caso estará dado por el mayor recargo.

320 *Rojas González con Soluciones Alfálticas S.A.* (2022): Corte de Apelaciones de Antofagasta 28 de febrero de 2022, (recurso de nulidad) ROL N° 456-2021.

d. Abandono del trabajo

La norma citada en el título de este acápite, contempla como causal de caducidad del contrato de trabajo, al “abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal: a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato”.

Así, el numeral cuarto del artículo 160 contempla una hipótesis de abandono propiamente tal, y otra, en que el trabajador se niega a trabajar.

Respecto del abandono propiamente tal, tratado en la letra a), se refiere a aquel trabajador que habiendo iniciado su jornada de trabajo, abandona o se retira del lugar de trabajo antes del término de la jornada.

Debe tratarse, además, de una salida intempestiva e injustificada. La gravedad de la conducta se desprende de la expresión “intempestiva” utilizada por la norma. Por consiguiente, el abandono o salida breve o temporal no configura la causal, “a diferencia del caso en que el abandono se extiende en el tiempo, y afecta la marcha de la empresa”.³²¹ Por otra parte, debe ser injustificado, esto es, debe ser caprichoso o fundado en razones no atendibles, lo que deberá ser valorado en cada caso, entendiendo que siempre existirá alguna razón para el actuar humano. Así, el llamado por una emergencia de un hijo o familiar cercano, los problemas de salud del mismo trabajador, la agresión de otro trabajador o del mismo empleador, entre otras muchas razones, podrán ser hipótesis que avalen la salida de la empresa. Por su parte, el artículo 184 bis del Código del Trabajo permite al trabajador abandonar el lugar de trabajo si considera, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave o inminente para su vida o salud.

Ahora bien, la letra a) del artículo 160 numeral cuarto, señala que este abandono debe ser sin autorización del empleador o quien lo represente, lo que parece ser evidente, ya que en caso de estar autorizado no existiría abandono.

En relación con la negativa del trabajador a prestar los servicios convenidos en el contrato, es relevante tener presente que la misma norma remite al contrato de trabajo como fuente de la obligación del trabajador en relación con las labores que se niega a realizar. Por lo tanto, entendemos que dichas labores deberán estar consignadas y especificadas en

321 Gamonal y Guidi (2015: 420).

el contrato de trabajo o en algún anexo del mismo. No sería legítimo alegar una cláusula tácita por el empleador, principalmente debido a la interpretación restrictiva que se debe dar a la causal de despido como sanción y las consecuencias que esto podría tener para el trabajador. Además, cabe mencionar que pesa sobre el empleador la obligación de escriturar el contrato de trabajo y sus modificaciones posteriores (artículos 9 y 11 del Código del Trabajo).

En este caso, el legislador nuevamente otorga al trabajador la posibilidad de justificar esa negativa a trabajar. Esta posibilidad podrá operar cuando, por ejemplo, se le ordene realizar tareas más allá de sus obligaciones o trabajar horas extras sin que medie su consentimiento, cuando se ejerce un jus variandi abusivo, cuando se vulneren sus derechos fundamentales, o cuando se ponga en riesgo su salud o vida, como establece el artículo 184 bis del Código del Trabajo.³²²

e. Actos, omisiones o imprudencias temerarias

Conforme al numeral quinto del artículo 160, constituyen causal de caducidad del contrato de trabajo, los “actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos”.

En todos los supuestos de afectación de la norma no se requiere dolo o intención del trabajador, pues se trata de actos negligentes.

Es fundamental determinar la entidad o gravedad del incumplimiento, así como el riesgo cierto de afectar la seguridad o funcionamiento de la empresa, o a la seguridad o actividad de los demás trabajadores. Cualquier tipo de incumplimiento podría afectar de algún modo el negocio o labor de los demás trabajadores, pero se trata de una causal de despido disciplinario que pone término al contrato de trabajo, por lo que el incumplimiento o afectación debe ser grave, tal como ocurre en todos los incumplimientos contenidos en las causales de término del artículo 160 del Código del Trabajo.

322 El inciso 2° del artículo 184 bis del Código del Trabajo indica: “Con todo, el trabajador tendrá derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud. El trabajador que interrumpa sus labores deberá dar cuenta de ese hecho al empleador dentro del más breve plazo, el que deberá informar de la suspensión de las mismas a la Inspección del Trabajo respectiva”.

En la causa RIT M-2559-2021, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago determinó que el mal uso de mascarilla por parte del trabajador (entrenador personal que no usó adecuadamente su mascarilla dentro de las instalaciones del gimnasio en tres ocasiones) no es causal de despido. En relación con la causal del artículo 160 N° 5, la desecha indicando que “se exige por parte del trabajador un actuar con imprudencia temeraria, grado de negligencia que por su propia denominación se asemeja, en la práctica, a un actuar doloso, elemento subjetivo que no se verifica en la especie en concepto de este sentenciador”.³²³

f. Perjuicio material causado por el trabajador

Conforme al numeral sexto del artículo 160, el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna, en caso de “perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías”.

Esta causal de despido incluye el sabotaje a la empresa, como acciones destinadas positivamente a dañar los bienes de la empresa, que podrán ser también constitutivas de delito y que, evidentemente, autorizan al empleador a ejercer el despido disciplinario. Por consiguiente, los errores cometidos por el trabajador durante el proceso productivo no son suficientes para configurar esta causal, aun cuando ocasionen perjuicios materiales a la empresa.³²⁴

g. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato

Esta causal genérica de caducidad del contrato de trabajo cubre los demás incumplimientos graves de los contratos que no han sido tratados en los demás numerales, principalmente por las particularidades de cada relación laboral.

El primer requisito será que exista un incumplimiento del contrato de trabajo, lo que abarca a las demás fuentes contenidas en él por mandato del artículo 1546 del Código Civil, que incorpora la ley y la costumbre a las obligaciones contractuales. Se ha dicho que “el reglamento interno no puede estatuir obligaciones a este respecto, porque emana de la

³²³ *Urisman con Sportlife S.A.* (2022): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 22 de diciembre de 2023, (despido injustificado) RIT M-2559-2021.

³²⁴ Corte Suprema, ROL N° 4053-98, de 2 de diciembre de 1998, citada por Lizama y Lizama (2019: 251).

voluntad unilateral del empleador”.³²⁵ No obstante lo anterior, habitualmente se cita en las cartas de despido normas del reglamento interno u otros reglamentos dados por el empleador como códigos de ética, para referir los incumplimientos en que se funda esta causal. En esos casos deberá revisarse si esa norma del reglamento está de alguna forma contenida en el contrato de trabajo o refleja incumplimientos contenidos en la ley o la costumbre, o se trata de una obligación que emana de la naturaleza de la obligación (artículo 1546 del Código Civil).

El segundo requisito impone que el incumplimiento sea grave, al igual que todos los incumplimientos enumerados en el artículo 160, lo que deberá valorarse especialmente en este caso. Por lo abierto de la norma al referir incumplimientos de manera general y la gravedad que se exige, deberá valorarse la historia de ejecución del contrato entre las partes, la reiteración de la conducta, el daño o peligro provocado, las eventuales justificaciones para el incumplimiento, etcétera.

1.1.3. Necesidades de la empresa

De acuerdo con lo previsto en el inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, “el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

La causal necesidades de la empresa, establecimiento o servicio es tratada tradicionalmente como una causa de las denominadas “objetivas”. También se le agrupa dentro de las causales de orden económico o causales económicas.³²⁶

Conforme ha señalado la Corte de Apelaciones de Concepción en la sentencia dictada en la causa ROL N° 404-2020, con fecha 21 de diciembre de 2020, las necesidades de la empresa pueden centrarse en cuestiones tecnológicas, como la mecanización o racionalización de la empresa, así como en aspectos económicos, como cuando se producen bajas en la productividad o cambios en las condiciones del mercado y la economía, y estos elementos son permanentes, prolongados y graves.³²⁷

325 Gamonal y Guidi (2015: 275).

326 Rojas (2015: 429).

327 Irureta (2023: 752).

En su actual redacción (desde la ley N° 19.759 de 2001), esta causal permite al empleador recurrir al despido de trabajadores como un medio para enfrentar las contingencias económicas de la empresa. Creemos que para una adecuada comprensión de la causal es necesario entender lo excepcional y extremo de tal decisión, puesto que, frente a dificultades económicas que afectan a la empresa, será el trabajador o trabajadores quienes soporten el peso de aquellas contingencias con una medida irrevocable como el despido, que para ese trabajador significará la pérdida del trabajo y de su fuente de ingresos, lo que afectará evidentemente su estabilidad y, muy probablemente, la de su familia.

La ley autoriza al empleador a trasladar el costo mayor de las dificultades económicas al trabajador, quien no las ha provocado y no tiene derecho a beneficiarse en la misma medida de los momentos favorables en términos patrimoniales de la empresa. Por ejemplo, el trabajador no tiene derecho a un aumento proporcional y obligatorio de su remuneración en caso de que la empresa obtenga ganancias significativas.

De esta manera, el sacrificio definitivo para sostener la viabilidad de la empresa lo realizará el trabajador, utilizando como principal activo su trabajo. Por lo tanto, es fundamental comprender la relevancia de cumplir estrictamente los requisitos o sustentos fácticos que autorizan la invocación legítima de esta causal de despido. Dicho de otra forma, las necesidades de la empresa que justifiquen legítimamente el despido deben ser aquellas contempladas por la norma y no otras.

Las necesidades de la empresa deben responder a razones objetivas, generalmente externas, que deben ser además de envergadura o graves. Cuando hacemos referencia a razones objetivas, nos referimos a que no se trate de una decisión subjetiva del empleador-empresario, que busque, por ejemplo, mejorar su rentabilidad o utilidades, o que pretenda un mejor posicionamiento en el mercado frente a la competencia, pues aquello convertiría esta causal en un libre despido. Las razones deben estar respaldadas por antecedentes objetivos y graves, que hagan de esta decisión de despido aquello que revela el nombre mismo de la causal, una necesidad, la única forma de enfrentar la dificultad económica que pone en riesgo el negocio.

Las hipótesis contempladas en la norma como racionalización o modernización de los servicios, deberán responder, entonces, a una necesidad objetiva que permitan enfrentar las dificultades económicas de la empresa, sin que el análisis se agote en constatar que haya existido una reestructuración únicamente. Es fundamental que exista un vínculo

causal entre dicho despido o reestructuración y la necesidad de enfrentar una contingencia económica grave para la empresa.

La obligación del empleador que invoca esta causal de describir los hechos en la carta de despido es significativa, dado que la composición de la causal es compleja, como se puede apreciar. Las obligaciones probatorias que enfrentará el empleador en el juicio al invocar esta causal (artículo 454 N° 1 inciso segundo) serán igualmente significativas, pues deberá acreditar la existencia de una contingencia económica objetiva, como por ejemplo, un cambio en las condiciones del mercado, la gravedad de esa contingencia, o sea, cómo ha perjudicado a la empresa, y la relación entre el despido y la solución a ese mal escenario patrimonial. De otra forma, la causal se desdibuja y el trabajo de los trabajadores pasa a ser un medio para reducir costos, mejorar utilidades o modificar el negocio, entre otras razones que, aunque económicas y vinculadas a la explotación o producción, no son las necesidades que el legislador contempla para justificar la causal.

En esta misma línea, la Corte Suprema al resolver un recurso de unificación de jurisprudencia presentado en la causa ROL N° 1073-2018, con fecha 20 de marzo de 2019, se refirió a los requisitos necesarios para que se configure esta causal, en los siguientes términos: “debe tratarse de una situación objetiva que afecta a la empresa, establecimiento o servicio, por ende, no puede invocarse por simple arbitrio del empleador o por capricho, caso en el que operaría como un mero despido libre o desahucio; la necesidad tiene que ser grave o de envergadura, por lo que debe tratarse de una situación de tal magnitud que ponga en peligro la subsistencia de la empresa y no meramente una rebaja en sus ganancias, y permanente, entonces, si es transitoria o puede recurrirse a otros medios o medidas que permitan alcanzar el mismo objetivo sin despedir trabajadores, no aplica la causal; y ha de haber relación de causalidad entre las necesidades y el despido, porque es la situación de la empresa la que hace necesaria la separación de uno o más trabajadores.”³²⁸

1.1.4. El desahucio

Conforme al inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo, “en el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre

328 Guerra con Inmobiliaria Hippocampus Viña del Mar S.A. (2019): Corte Suprema 20 de marzo de 2019, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 1073-2018.

que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos”.

Creemos que no es posible clasificar esta causal en objetiva o subjetiva, pues consiste, justamente, en autorizar el desconocimiento de las razones para el despido del trabajador.

Según la doctrina, “en un sistema causado y de estabilidad relativa, el despido libre o desahucio (despido *ad nuntum*), es una figura excepcional. El desahucio es expresión del libre despido, esto es, de la facultad del empleador de poner término al contrato de trabajo de forma inmediata, aún sin causa justificada”.³²⁹ El desahucio escrito no implica que no exista un motivo o razón para el despido, sino que se faculta al empleador a no revelar ese motivo, a no comunicar al trabajador la razón para la pérdida del trabajo y, por tanto, a no juzgar posteriormente la razonabilidad o justificación de esos motivos, todo autorizado por la especial posición en que se encuentran aquellos trabajadores a los cuales se puede imponer esta causal. Lo anterior —el quebrar la estabilidad en el empleo y el sistema causado de despido— hace que sea una causal especialmente restringida, que opera en limitadas hipótesis y cuya interpretación debe ser estricta, frente a la precariedad extrema que implica para el trabajador.

La impugnación de un despido por desahucio no se relaciona con las razones específicas del despido, sino con la limitada categoría de trabajadores a los que la ley autoriza aplicar esta causal. Existe el riesgo de que se intente situar artificialmente a trabajadores en categorías que permiten el desahucio, lo que liberaría al empleador de la obligación de justificar la decisión de terminación del contrato de trabajo.

Operará el desahucio como causal de despido en los siguientes casos:

- a. Respecto de trabajadores dotados con poderes para representar al empleador. Esos poderes deben comprender, a lo menos, fa-

329 Gamonal y Guidi (2015: 423).

cultades generales de administración (artículo 2132 del Código Civil). Lo pretendido es que se trate de trabajadores que se identifican con la empresa misma, que la representen y obligan frente a terceros, lo que los posiciona en un lugar de especial confianza y que hace de esa confianza un factor determinante en la ejecución del contrato de trabajo, como el caso del gerente, subgerente, agentes o apoderados. Es determinante que esas calidades se detenten en los hechos, es decir, que en la ejecución misma del contrato de trabajo se identifique esa especial posición del trabajador. El solo hecho de hacer referencia en el contrato de trabajo a la representación o la existencia de una escritura que otorgue poderes al trabajador no es suficiente si dichos poderes nunca llegan a ser ejercidos.

b. Las trabajadoras de casa particular.³³⁰

Se incluyen estas trabajadoras a aquellos que pueden ser sujetos de libre despido, debido a la especial confianza que la naturaleza de sus funciones implica, las que son desarrolladas al interior del hogar del empleador y se relacionan con parte relevante de su vida privada y la de su familia. Se logra ver, una vez más, como la confianza es el factor que autoriza la imposición de esta causal.³³¹

c. Trabajadores de exclusiva confianza.

Se ha visto como la confianza es el factor común en los trabajadores que pueden ser sujetos de esta causal, correspondiendo a una confianza que va más allá de la común para la ejecución de cualquier contrato de trabajo. Esto lo pone en relieve el legislador en la expresión “exclusiva” confianza, situándolos en un lugar especial al interior de la empresa. En este caso, esa confianza emanará de la naturaleza de las funciones, debiendo entenderse que es un trabajador que goza de la misma aun cuando no tenga las facultades de representación exigidas en el primer caso, o no sea una trabajadora de casa particular. Esa calidad debe manifestarse en la naturaleza del cargo, esto es, en la ejecución misma

330 Pese a que el artículo 161 habla de “los trabajadores de casa particular”, hacemos la referencia al género femenino pues, es un dato de realidad que este trabajo es ejercido en Chile casi en su totalidad por mujeres, de manera que no existe razón para obviar el género de quienes efectivamente realizan estas labores.

331 Pese a que escapa a los propósitos de este manual, debe recordarse que el contrato de trabajo de la trabajadora de casa particular se encuentra especialmente regulado en los artículos 146 y siguientes del Código del Trabajo.

del contrato, por lo que no bastará con señalarse en el contrato de trabajo escriturado, si de la ejecución de aquel contrato no se revela una especial o *exclusiva* confianza.

Las causales del artículo 161 —necesidades de la empresa y desahucio escrito del empleador— no podrán ser invocadas si el trabajador o trabajadora se encuentra haciendo uso de licencia médica, como indica el inciso final de la misma norma. Esto debe entenderse como una norma prohibitiva, por lo que su transgresión genera la nulidad de ese despido, debiendo, por tanto, ser restituido el trabajo.

1.1.5. Invalidez total o parcial del trabajador o trabajadora

El artículo 161 bis establece que “la invalidez total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168”.

Se trata de una causal objetiva de término de contrato de trabajo que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley N° 19.759 de 2001.

Se ha definido invalidez como “la pérdida de capacidad de trabajo que sufre el trabajador dependiente, por enfermedad física o mental”.³³²

Es importante destacar que, si bien la redacción de esta norma puede interpretarse como una prohibición del despido por invalidez, en realidad tarifica el monto de la indemnización por años de servicio en caso de despido por esta causal. Esto implica que se debe pagar la indemnización por años de servicio aumentada en un 50%. Además, elimina toda duda respecto a considerar la invalidez como un caso fortuito o fuerza mayor, como se postuló de manera excepcional a principios de los años noventa, asegurando así el pago de la referida indemnización.³³³

1.1.6. Liquidación de la empresa

El artículo 163 bis dispone que “el contrato de trabajo termina en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de

332 Gamonal y Guidi (2015: 389).

333 Vid. Gamonal y Guidi (2015: 390 y 391).

liquidación. Para todos los efectos legales, la fecha de término será la fecha de dictación de la resolución de liquidación”.

Esta es una causal de las denominadas objetivas. También resiste la denominación de causal económica.

La ley N° 20.270 de 2014 introdujo una nueva causal de término de contrato asociada a la declaración de liquidación de la empresa empleadora, lo que modificó el Código del Trabajo incorporando el artículo 163 bis. Esta causal opera de pleno derecho, con la sola dictación de la resolución de liquidación por el Tribunal respectivo, siendo ese día la fecha de término del contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, la misma norma contempla un procedimiento que debe llevar adelante el liquidador para comunicar el despido, que contempla el envío de la carta de aviso al domicilio del trabajador dentro de 6 días, con envío de copia de la comunicación a la Inspección del Trabajo. La falta de aviso o el incumplimiento en los plazos no deja sin efecto el despido ni lo torna injustificado, solo podría generar responsabilidad del liquidador en relación a su administración.

Esta disposición legal contempla el derecho del trabajador al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y por años de servicio. Las trabajadoras o trabajadores que se encuentren haciendo uso de fuero maternal tendrán derecho al pago del tiempo restante para el término del fuero, lo que será compatible con la indemnización por años de servicios.

Todo deberá constar en el finiquito, que debe ponerse a disposición de los trabajadores por el liquidador dentro de 10 días desde el término, y que será suficiente instrumento para la verificación en el procedimiento de liquidación.

La norma excluye la nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales en caso de término por liquidación de la empresa, agregando que el finiquito deberá ser firmado por el ministro de fe aun cuando las cotizaciones no estén pagadas, lo que hace una excepción al artículo 177 del Código del Trabajo. La Corte Suprema, en la sentencia dictada en la causa ROL N° 16584-2016, con fecha 27 de septiembre de 2016, estableció que la sanción de la nulidad del despido operaría cuando la nulidad del despido hubiera tenido lugar antes de la resolución de liquidación.³³⁴

Pese a que la causal no puede ser calificada como injustificada y que el procedimiento establecido en el artículo 163 bis es completo en relación

334 Vid. Lizama y Lizama (2019: 234-235).

con el trabajador y su crédito laboral, en los hechos, los liquidadores no siempre —o pocas veces— encuentran información suficiente para elaborar los finiquitos al tomar la administración de la empresa, por lo que es habitual que el trabajador deba seguir una acción declarativa que establezca el crédito para lograr la verificación de sus créditos.

1.1.7. *Despido indirecto o autodespido*

El despido indirecto puede ser definido como “el término del contrato de trabajo adoptado bajo presión por el trabajador, dado que el empleador ha incumplido gravemente el contrato, lo cual le da derecho al pago de la correspondiente indemnización por años de servicios, sin perjuicio de accionar por el procedimiento de tutela, según el caso”.³³⁵

No constituye una causal de despido distinta de las ya tratadas, sino que es el término del contrato de trabajo ejercido por el trabajador cuando quien incurre en los incumplimientos que autorizan a terminar el contrato de trabajo es el empleador. La ley busca reconocer al trabajador la posibilidad de terminar el contrato de trabajo pero sin perder el pago de las indemnizaciones de término a que podría tener derecho (sustitutiva del aviso previo y años de servicio), ya que el término para el trabajador no se funda en su mera voluntad, sino que en los incumplimientos de su contraparte. De no existir esta figura legal, el trabajador se vería forzado a renunciar frente a los incumplimientos del empleador que imposibilitan continuar con el contrato de trabajo, siendo perjudicado, por tanto, el contratante diligente. Mientras, el empleador resultaría beneficiado de su propio incumplimiento, pues el contrato terminaría sin la obligación de pagar al trabajador las indemnizaciones de término de contrato. El incentivo perverso es evidente, pues el empleador se vería motivado a incumplir el contrato de trabajo para obtener un beneficio.

Frente a esta situación, el despido indirecto o autodespido importa imputar al empleador el incumplimiento, el que, una vez acreditado judicialmente, entregará al trabajador el derecho a las indemnizaciones que se contemplan en la misma norma. Es, entonces, el despido indirecto el despido ejercido por el trabajador. Comprender el despido indirecto de esta forma no es inocuo, pues, al ser una especie de despido soporta las mismas reglas del despido ejercido por el empleador, como la comunicación del término de contrato y la carga probatoria de los he-

335 Gamonal y Guidi (2015: 461).

chos que fundan la causal, así como también el ejercicio conjunto con la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales (artículo 162 inciso quinto) y con el despido atentatorio de derechos fundamentales (artículo 489). Esto fue discutido en la jurisprudencia, estimándose por algunas sentencias que no serían compatibles las acciones, pues no se trataba de un despido como decisión del empleador, pero aquella tesis ha cedido frente a la que se expone, por las razones ya entregadas.³³⁶

336 Respecto de la compatibilidad de la acción de despido indirecto con la acción de tutela laboral de derechos fundamentales con ocasión del despido: Núñez con Fundación Educacional (2020): Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de enero de 2020, (recurso de nulidad) ROL N° 642-2019: “Séptimo: Que asimismo corresponde determinar si la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales es compatible o no con el término de la relación laboral por decisión unilateral del trabajador y en resguardo de sus derechos, utilizando la figura del autodespido prevista en el artículo 171 del Código del ramo.

El referido artículo 489, inciso primero, del referido código, previene que “Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”; y el inciso final dispone que “Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. En este caso no será aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 488. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia”. A su turno, el artículo 171, inciso primero, del referido texto laboral señala que “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo...”. En esta materia, cabe tener presente que la Excm. Corte Suprema ha señalado que “la armonía de las referidas instituciones a la luz de los principios que informan el Derecho Laboral, en especial los de igualdad y no discriminación, como del denominado de “protección”, una de cuyas manifestaciones concretas es la “regla *in dubio pro operario*”, importan que, en el quehacer judicial, enfrentado el juez a varias interpretaciones posibles debe optar por la que sea más favorable al trabajador. Lo anterior, autoriza a inferir que como el artículo 489 del Código del Trabajo se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores producidos con ocasión del despido, sin efectuar ninguna distinción, unido al hecho que el denominado “autodespido” o “despido indirecto” “...es técnicamente desde el punto de vista laboral una modalidad de despido, y en ningún caso una renuncia...” (José Luis Ugarte Cataldo, Tutela de Derechos

El despido indirecto puede ser ejercido por las causales del artículo 160 N° 1: a) falta de probidad en el desempeño de las funciones; b) conductas de acoso sexual; c) vías de hecho; d) injurias; e) conducta inmoral; y f) conductas de acoso laboral. También por la causal del artículo 160 N° 5: actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o funcionamiento de la empresa o la seguridad o actividad de los trabajadores, o su salud. Y, también por la causal residual de caducidad del artículo 160 N° 7: incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. En todos los casos, la causal debe adaptarse en su lectura al incumplimiento del empleador en relación al trabajador, ya que se encuentran escritas en el artículo 160 sobre el entendido que el incumplimiento lo comete el trabajador. Así, por ejemplo, la causal del artículo 160 N° 1 letra e), conducta inmoral que afecte a la empresa, “será difícilmente aplicable al empleador, dado que generalmente el empleador no tiene intención de afectar a la empresa”.³³⁷

Una vez ejercido el despido indirecto, mediante la comunicación escrita y fundada enviada al empleador y comunicada a la Inspección del Trabajo, dentro del plazo de tres días hábiles contados desde el término

Fundamentales del Trabajador, Legal Publishing, 2010, p. 94), el ejercicio de la acción de tutela que contempla la referida norma legal no se encuentra limitada sólo al caso en que el vínculo laboral se finiquita por decisión del empleador, sino que también en el evento que sea el trabajador el que opta por poner término al contrato de trabajo conforme lo previene el artículo 171 del Código citado, ergo, puede reclamar que con ocasión del despido indirecto se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran protegidos por la normativa pertinente”. De esta forma la voz “despido” utilizada por el legislador equivale a término de la relación laboral, que es la única forma de vincular el principio de igualdad y no discriminación a los efectos del incumplimiento, porque en ambas situaciones el trabajador dispondrá de idénticas acciones para reclamar los derechos vulnerados derivados del incumplimiento de las obligaciones por el empleador (ROL N° 18.465-16, sentencia de 5 de septiembre de 2016).

De esta manera, esta Corte estima que la acción de tutela laboral es compatible con la figura del autodespido, porque tanto el despido por decisión unilateral del empleador como el despido indirecto se fundan en el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales del empleador, originando la vulneración de los derechos del trabajador.

Octavo: Que, por consiguiente, cabe concluir que la acción que regula el artículo 489 del estatuto laboral es procedente en el caso del despido indirecto, toda vez que aquella institución se erige para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, vulnerados con ocasión del término de la relación laboral”.

337 Gamonal y Guidi (2015: 462).

de la relación laboral, se debe llevar adelante un juicio de despido indirecto, en que el trabajador buscará la declaración que legitime y consolide su despido indirecto.

Esa acción debe ejercerse en el plazo de 60 días hábiles desde el despido. Se ha discutido si ese plazo se suspende por el reclamo presentado ante la Inspección del Trabajo, en la misma forma regulada en el artículo 168 a propósito de la acción de despido injustificado. Estimamos que se ha consolidado la posición que da cabida a la suspensión del plazo de caducidad por el ejercicio de reclamo en la Inspección del Trabajo, lo que asoma como una interpretación acorde con el principio protector, en su regla *in dubio pro operario*, con el ejercicio de la tutela judicial efectiva y la interpretación expansiva del derecho a recurrir a tribunales y con lo que se ha dicho de ser el despido indirecto una especie de despido, por lo que soporta las mismas reglas.

Al acogerse la acción de despido indirecto y declararse, por tanto, que el contrato de trabajo terminó por incumplimientos del empleador, el trabajador tendrá derecho al pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, sin perjuicio de otras prestaciones laborales que pueda intentar cobrar, independientes del término (como remuneraciones no pagadas, feriado, etc.). También deberá condenarse al empleador a un recargo del 50% sobre la indemnización por años de servicios, cuando la causal ha sido incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (160 N° 7); y de un 80% para las causales a) falta de probidad en el desempeño de las funciones; b) conductas de acoso sexual; c) vías de hecho; d) injurias; e) conducta inmoral; y f) conductas de acoso laboral (artículo 160 N° 1), y actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o funcionamiento de la empresa o la seguridad o actividad de los trabajadores, o a su salud (artículo 160 N° 5).

Además de las indemnizaciones y recargos indicados anteriormente, el inciso 2° del artículo 171 del Código del Trabajo añade las “otras indemnizaciones a que tenga derecho”, entendiéndose especialmente la referencia realizada al daño moral, en las causales falta de probidad (160 N° 1 letra a), actos de acoso sexual (160 N° 1 letra b) y actos de acoso laboral (artículo 160 N° 1 letra f).

En caso de determinarse que no ha existido incumplimiento del empleador que autorizara el despido indirecto, la ley señala que la relación laboral se entenderá terminada por renuncia del trabajador, lo que importará, que el trabajador no tendrá derecho al pago de las indemnizaciones de término de contrato. Esa declaración afectará, también, el

ejercicio de la acción de nulidad del despido indirecto por no pago de cotizaciones previsionales, pues, aunque las cotizaciones no se encuentren pagadas por el empleador a la época del despido indirecto, no será procedente la acción de nulidad de despido ya que no opera cuando ha existido renuncia como causal de término de la relación laboral.

2. Formalidades del despido

2.1. Carta de aviso. Contenido. Plazos

El despido es un acto formal. Por consiguiente, es una condición necesaria —aunque no suficiente— para ser calificado como *justificado*, el cumplimiento de las formalidades contempladas en el artículo 162 del Código del Trabajo.

Según se desprende de esta disposición legal, si el contrato de trabajo termina por vencimiento del plazo convenido, conclusión de la obra, faena o servicio que le dio origen, caso fortuito o fuerza mayor, por alguna causal de caducidad, por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o por desahucio, el empleador debe comunicarlo por escrito al trabajador. Esta comunicación debe llevarse a cabo a través de un aviso entregado personalmente o mediante carta certificada enviada al domicilio del trabajador consignado en el contrato. Además, se requiere enviar copia de este aviso a la respectiva Inspección del Trabajo dentro de los mismos plazos establecidos para la entrega o envío de esta comunicación escrita al trabajador. Este organismo mantendrá un registro actualizado de los avisos de término de contrato recibidos en los últimos treinta días hábiles.

Este aviso debe incluir las siguientes menciones:

- La o las causales invocadas para poner término al contrato de trabajo. Por lo general, se invoca una sola causal de despido, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 160 del Código del ramo, que en su encabezado autoriza al empleador a despedir a los trabajadores basándose en más de una causal disciplinaria.
- Los hechos en que se funda la o las causales invocadas, a excepción del despido por desahucio, ya que esta causal, por su naturaleza, no requiere de la expresión de una causa. Conforme al artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo, en los juicios sobre despido, corresponde primero al demandado rendir la prueba. Este debe acreditar la veracidad de los hechos imputados en esta comunicación, y no puede alegar en juicio hechos distintos a los consignados en la misma para justificar el despido.

- El estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo respalden.
- El monto preciso de las indemnizaciones a pagar por años de servicio, al invocar como causal del despido las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o en caso de desahucio, y de la indemnización por el preaviso, en aquellos casos en que sea aplicable. Según lo dispuesto en el artículo 169 letra a) del Código del Trabajo, esta comunicación representa una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicio y de la del preaviso, en el caso de que el empleador no haya dado la comunicación con treinta días de anticipación. Esta norma también especifica que estas indemnizaciones deben pagarse en un solo acto al momento en que se extienda el finiquito correspondiente, salvo que las partes hayan acordado fraccionar el pago en cuotas mediante un pacto ratificado ante la Inspección del Trabajo. Estas cuotas deben incluir los intereses y reajustes correspondientes al respectivo período.

Los plazos para la entrega o envío de esta comunicación escrita difieren dependiendo de la causal que se invoque para poner término al contrato, a saber:

- Dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador si las causales invocadas son vencimiento del plazo, conclusión de la obra, faena o servicio o alguna de las causales de caducidad contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 162.
- Dentro de los seis días hábiles siguientes al de la separación del trabajador si se pone término al contrato por caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo con lo previsto en el inciso primero del artículo 162.
- Con treinta días de anticipación a lo menos, si la causal de despido es la de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio, salvo que el empleador indemnice al trabajador por el preaviso, según establece el inciso cuarto del artículo 162 del Código del Trabajo.

Este aviso permite que el trabajador tome conocimiento de los hechos que fundan el término de su contrato. En consecuencia, la falta de envío de este aviso o la omisión de expresar las causales invocadas implicaría que el trabajador se encontraría en un estado de indefensión que

obstaría a la legítima defensa de sus intereses ante el empleador en un eventual juicio. En línea con lo anterior, el artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo establece que el empleador no podrá alegar en juicio hechos distintos a los establecidos en esta comunicación para justificar el despido.³³⁸ Por ejemplo, en la causa ROL N° 50.929-2022,³³⁹ la Corte Suprema estimó que el despido era injustificado, basándose únicamente en la falta de envío de la carta de aviso al domicilio del trabajador consignado en el contrato aun cuando el despido podría haber sido justificado desde un punto de vista sustantivo.

Conforme al artículo 163 bis N° 1 del Código del Trabajo, si el empleador es sometido a un procedimiento concursal de liquidación, el liquidador debe comunicar al trabajador sobre la terminación de la relación de trabajo. Esta comunicación puede realizarse personalmente o por carta certificada enviada al domicilio consignado en el contrato de trabajo. Además, se adjuntará un certificado emitido por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, que indicará el inicio del procedimiento concursal, el Tribunal competente junto con la individualización del proceso y la fecha en que se dictó la resolución de liquidación. Esta comunicación debe efectuarse dentro del plazo de seis días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la resolución de liquidación por el Tribunal que conoce de este procedimiento. También se enviará copia de este aviso a la Inspección del Trabajo dentro del mismo plazo.

Por último, cabe hacer presente que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 162 y 163 bis, los errores u omisiones en que se incurra en estas comunicaciones no invalidan la terminación del contrato de trabajo, siempre y cuando no digan relación con la obligación de pagar íntegramente las cotizaciones previsionales en el caso de las causales contempladas en el artículo 162. No obstante, es posible que se apliquen sanciones administrativas conforme al artículo 506 del Código del Trabajo, o que el despido se considere injustificado de acuerdo con lo establecido en el artículo 454 N° 1 del mismo cuerpo legal.³⁴⁰

338 Gamonal y Guidi (2015: 374).

339 *Quinsacara Augusto con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Lampa* (2023): Corte Suprema 19 de octubre de 2023, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 50.929-2022.

340 Gamonal y Guidi (2015: 374-375).

2.2. Finiquito

El artículo 177 del Código del Trabajo establece los requisitos necesarios para la validez y oponibilidad del finiquito y el plazo para su otorgamiento, sin embargo, no lo define.³⁴¹

Dice la jurisprudencia administrativa³⁴² que es un acto jurídico bilateral mediante el cual las partes dejan constancia de la terminación del contrato de trabajo y de las condiciones en las que ésta se produce. A su vez, la Corte Suprema, en la causa ROL N° 8316-2010,³⁴³ lo ha definido como un instrumento emanado y suscrito por las partes del contrato de trabajo, es decir, empleador y trabajador, con motivo de la terminación de la relación laboral. Este documento sirve para dejar constancia del cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales por cada una de las partes, sin perjuicio de las acciones o reservas con que alguna de las partes lo hubiera suscrito.

A mayor abundamiento, y en relación con sus fines, el Juzgado de Letras de San Miguel, en la causa RIT T-64-2019, sostuvo que “el finiquito, etimológicamente, encuentra su origen en la conjunción de dos términos con significados bien precisos: fin, que es término, el remate o la consumación de una cosa; y la palabra cito (citare), que significa proclamar, anunciar. En un sentido forense expresa la liberación de una deuda o parte de ella que hace el acreedor al deudor. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el finiquito es el remate de las cuentas; el certificado que se da para que conste estar ajustadas y satisfecho el alcance de ellas; dar finiquito es acabar con el caudal o con otra cosa. Se sostiene que el finiquito laboral constituye una institución propia del derecho del trabajo que puede conceptualizarse como una convención entre las partes del contrato de trabajo por medio de la cual llegan a un acuerdo relativo al cumplimiento de las obligaciones recíprocas con el objeto principal de impedir que la controversia deba plantearse necesariamente ante los Tribunales de Justicia. De ambos tipos de conceptos esbozados —etimológico y doctrinario— se puede concluir que el finiquito laboral tiene dos fines específicos, que se confunden con su objeto: uno, ser un acto por el cual se pone término a una vinculación

341 Gamonal (2021: 380).

342 Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2390/01 de 5/6/2004.

343 *Salgado Suazo con Toledo Niño y otros* (2011): Corte Suprema, 31 de mayo de 2011, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 8316-2010.

determinada y otro, certificar los derechos emanados de la misma, con efecto permanente entre las partes del vínculo”.³⁴⁴

¿Cuáles son los requisitos necesarios para su validez?

En primer lugar, debe ser otorgado por el empleador y puesto a disposición del trabajador dentro del plazo de diez días hábiles contados desde la separación del trabajador. Las partes pueden pactar el pago en cuotas conforme lo previsto en los artículos 63 bis y 169. En el procedimiento concursal de liquidación, el liquidador tiene la obligación de poner a disposición del trabajador el finiquito con a lo menos diez días de anticipación a la expiración del período de verificación ordinaria de créditos establecido en la ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, conforme lo dispuesto en el artículo 163 bis N° 5 del Código del Trabajo.

Si el empleador retrasa el otorgamiento del finiquito y, por consiguiente, el pago correspondiente, el trabajador puede interponer un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva o recurrir directamente a los Tribunales de Justicia. No obstante, si el monto de lo adeudado no supera los 10 Ingresos Mínimos Mensuales, debe dirigirse primero a la Inspección del Trabajo antes de recurrir a los Tribunales de Justicia.

En segundo término, es un acto solemne y bilateral. Por consiguiente, debe constar por escrito y ser firmado por ambas partes, esto es, por el trabajador y por el empleador.

Además, para que pueda ser invocado por el empleador, se exige que el finiquito sea firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o por el delegado sindical respectivos, o bien, que sea ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo. Para estos efectos, también pueden actuar como ministros de fe, un notario público de la localidad, el oficial del registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente.

La suscripción del finiquito no es un requisito de la terminación del contrato de trabajo, ya sea en su aspecto sustantivo o formal. En consecuencia, el término del contrato es plenamente válido con independencia de si el finiquito ha sido firmado o no.³⁴⁵ Según la Corte Suprema, el término del contrato de trabajo es un hecho que puede ser probado por cualquier medio de prueba, sin necesidad de que el finiquito cumpla más formalidades que constar por escrito. De esta manera, el único pro-

³⁴⁴ *Rodríguez con Fundación de Instituto* (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto 08 de mayo de 2019, (no discriminación, excepción de finiquito) T-64-2019.

³⁴⁵ Rojas (2004: 296).

pósito de este documento consiste en preconstituir una prueba escrita para que, una vez finalizado el contrato, las partes puedan saldar sus cuentas pendientes, si las hubiera. Por ende, la única sanción aplicable en caso de ausencia de ministro de fe en la ratificación es que el empleador no podrá invocarlo contra el trabajador en una causa del trabajo.³⁴⁶

Ahora bien, una vez ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo o ministro de fe, y sus copias autorizadas, tiene mérito ejecutivo en relación con las obligaciones pendientes consignadas en el mismo.

Además, tiene poder liberatorio. La ley N° 21.361 de 2021 agregó un inciso final al artículo 177. Este inciso limita el poder liberatorio del finiquito únicamente a aquellos aspectos en que las partes han concordado expresamente, impidiendo que se extienda a aquellos puntos en los que el consentimiento no se ha formado.

Lo propio ha sostenido la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, al conocer un recurso de nulidad interpuesto en contra del fallo de instancia³⁴⁷ que había acogido la excepción de finiquito opuesta por las demandadas, afirmó en su considerando octavo que el finiquito es una convención, es decir, un acto jurídico que crea o extingue derechos y obligaciones, originado en la voluntad de las partes que lo suscriben. Por ende, es vinculante para aquellos que participaron en su otorgamiento, dando cuenta de la terminación de la relación laboral; esto es, a aquéllos que consintieron en su finalización en condiciones específicas y expresaron esa voluntad sin ningún vicio del consentimiento.

Asimismo, señala que la desigualdad que existe entre las partes durante la vigencia de la relación laboral persiste al momento de su terminación, ya que el trabajador despedido queda sin fuente de ingresos y subsistencia, careciendo en general de todo poder de negociación. Por lo tanto, se verá obligado a firmar el finiquito que le presenta su ex empleador sin mayores cuestionamientos, para percibir las indemnizaciones y prestaciones laborales pertinentes. Por esta razón el legislador ha establecido una serie de resguardos para evitar vicios del consentimiento, presiones indebidas y abusos por parte del empleador, exigiendo que el finiquito conste por escrito, se otorgue dentro de cierto plazo y que sea firmado en presencia del presidente del sindicato o del delegado sindical o que se ratifique ante ministro de fe competente. Por el mismo motivo,

346 Causa ROL N° 103-2001, de 30 de mayo de 2001, citada por Lizama y Lizama (2019), p. 285.

347 *Molina con Vial y Vives DSD S.A. y otro* (2021): Juzgado de Letras de Arauco, 28 de septiembre de 2021, (despido injustificado), O-37-2020.

el trabajador tiene derecho a manifestar su desacuerdo con cualquier cláusula del respectivo instrumento a través de lo que se conoce como “reserva de derechos”; la que le permite reclamar después, pese a la firma del finiquito, sobre los conceptos respecto a los cuales expresó su discrepancia. Así, el poder liberatorio de este instrumento, en su calidad de convención, se restringe a lo concordado expresamente por las partes y no se extiende a los aspectos en que el consentimiento no se formó, ya sea porque existe una reserva de derechos o por tratarse de derechos u obligaciones irrenunciables.³⁴⁸

Según lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 177, el trabajador que haya aceptado la suscripción del finiquito puede consignar en el mismo documento que se reserva el derecho a accionar judicialmente en contra de su antiguo empleador. Además, si el trabajador considera que ha existido error, fuerza o solo, en la firma de su renuncia, mutuo acuerdo o del finiquito, puede reclamarlo judicialmente dentro del plazo contemplado en el inciso primero del artículo 168 del Código del Trabajo. Cabe destacar que este plazo también se suspende en la forma prevista en el inciso final de dicha disposición legal.

A su vez, la ley N° 21.361 introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de firmar en forma electrónica finiquitos laborales ante la Dirección del Trabajo, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Es responsabilidad del empleador, en la carta de término, informar al trabajador la modalidad a través de la cual otorgará y pagará el finiquito, ya sea de forma presencial o electrónica en el sitio web de la Dirección del Trabajo.
2. El finiquito electrónico, la renuncia y el mutuo acuerdo firmados en el portal electrónico de la Dirección del Trabajo, serán considerados ratificados ante ministro de fe, para todos los efectos legales.
3. El trabajador no está obligado a aceptar el finiquito electrónico y su pago. Siempre puede optar por firmarlo presencialmente ante un ministro de fe, debiendo así indicarlo al empleador.
4. Si el trabajador rechaza la firma electrónica del finiquito, el empleador deberá poner a disposición del trabajador dicho documento dentro del plazo máximo de diez días hábiles contados desde la terminación de la relación laboral. Si el plazo de diez días hábiles ya hubiera vencido, el empleador tiene un plazo máximo

³⁴⁸ *Molina con Vial y Vives DSD S.A. y otro* (2021): Juzgado de Letras de Arauco, 28 de septiembre de 2021, (despido injustificado), O-37-2020.

- de tres días hábiles desde el rechazo del finiquito electrónico para poner dicho documento a disposición del trabajador.
5. El empleador debe informar al trabajador que, si así lo estima necesario, puede formular una reserva de derechos al suscribir el finiquito. Por su parte, el portal electrónico de la Dirección del Trabajo debe contemplar la posibilidad de realizar dicha declaración en caso de ser requerida.
 6. La reserva de derechos por el trabajador no impide el pago de las sumas no disputadas al momento de su firma.
 7. El poder liberatorio del finiquito electrónico se restringe sólo a aquello en que las partes concuerden expresamente y no se extiende a aquellos aspectos en que el consentimiento no se ha formado.
 8. Este trámite no permite al empleador fraccionar de manera alguna el pago que deba realizar, a diferencia del finiquito presencial.
- Cabe hacer presente que no es obligación suscribir un finiquito, ya sea presencial o electrónico, en el caso de contratos de trabajo cuya duración no supere los treinta días, salvo que se prorrogaren por más de treinta días o que, vencido el plazo, el trabajador hubiera continuado prestando servicios con conocimiento del empleador.

3. Indemnizaciones por término del contrato

En esta parte nos referiremos a aquellas indemnizaciones que el trabajador recibirá con ocasión del término de contrato de trabajo, ya sea que se perciba por la causal invocada o como resultado de la declaración de despido injustificado.

Existen varias indemnizaciones tratadas en el Código del Trabajo, siendo las más relevantes la indemnización sustitutiva del aviso previo, la indemnización por años de servicios, la indemnización a todo evento de la trabajadora de casa particular y la indemnización de término en el contrato por obra o faena, las que veremos en mayor detalle. Las demás indemnizaciones tienen escasa o nula aplicación práctica, por lo que, atendido los fines de este manual, no se tratarán.

Desde ya debemos decir que las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, serán procedentes sólo cuando las causales de despido invocadas sean las de necesidades de la empresa, desahucio escrito del empleador y procedimiento concursal de liquidación de la empresa, contempladas en los artículos 161 inciso 1º, 161 inciso 2º y 163 bis, respectivamente. Si el trabajador es despedido por invalidez

total o parcial, tendrá derecho a la indemnización por años de servicio con un incremento del 50%, de acuerdo a lo establecido en el artículo 161 bis del Código del Trabajo.

Cuando las causales invocadas sean las contempladas en los artículos 159 o 160 del Código del Trabajo, el trabajador no recibirá el pago de estas indemnizaciones, salvo que demande despido injustificado y la acción sea acogida, pues la sentencia ordenará su pago, más los recargos legales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del ramo.

3.1. Indemnización sustitutiva del aviso previo

El artículo 162 inciso cuarto impone la obligación de avisar el despido por necesidades de la empresa y el artículo 161 inciso 2º impone la misma obligación para la causal de desahucio escrito del empleador. En ambos casos, cuando no se dé el aviso del despido con treinta días de anticipación, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada. Para la causal procedimiento de liquidación de la empresa, el artículo 163 bis contempla que siempre se debe pagar esta indemnización, lo que no podría ser de otra forma, ya que el hito que marca el término de la relación laboral es la resolución de liquidación del Tribunal respectivo, la que, evidentemente, no se avisa con treinta días de anticipación.

Para el pago de esta indemnización, la remuneración se determinará de acuerdo con el concepto indicado en el artículo 172 del Código del Trabajo, que es una norma especial en relación al artículo 41 que define remuneración. Veremos en el próximo acápite los límites impuestos por el artículo 172 del Código del Trabajo.

3.2. Indemnización por años de servicios

El artículo 163 del Código del Trabajo regula esta indemnización, señalando lo siguiente:

Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador debe-

rá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.

De esos dos primeros incisos del artículo 163 del Código del Trabajo queda de manifiesto que la indemnización por años de servicio será aquella que las partes pacten en el contrato individual o colectivo. Luego, el inciso 2º establece la indemnización por años de servicio mínima, que será la que rija en caso de no existir pacto entre las partes o en caso que ese pacto no respete el mínimo irrenunciable. Este mínimo que establece el inciso segundo consiste en el pago de un mes por año de servicio, con un límite de 330 días u 11 años de servicio.

Regirá, entonces, la indemnización convencional cuando se pacte, por ejemplo, que procederá la indemnización por años de servicios en otras causales en que la ley no la considera, o el pago sin límite de los 11 años, o considerando una base de cálculo de un monto mayor a una remuneración mensual, etc.

El artículo 176 del Código del Trabajo señala que la indemnización por años de servicio es incompatible con toda otra indemnización de término o por años de servicio a cuyo pago concurra total o parcialmente el empleador, caso en el cual el trabajador deberá optar por una u otra indemnización.

La remuneración para el pago de esta indemnización —y también de la sustitutiva del aviso previo— se determinará según el concepto amplio del artículo 172 del Código del Trabajo, que indica: “Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 163, 163 bis, 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad”. Se ha determinado por la jurisprudencia que, en base a esa mayor amplitud del concepto de remuneración, se debe considerar como parte de la remuneración para estos efectos, la asignación de locomoción y colación, lo que durante largo tiempo fue discutido, consolidándose el último tiempo la doctrina judicial en ese sentido.

Es posible citar la sentencia de la Corte Suprema en Unificación de Jurisprudencia, dictada en la causa ROL N° 40.802-2022, de fecha 18 de diciembre de 2023, que indica:

Quinto: Que esta Corte ya se ha pronunciado sobre el punto en las sentencias dictadas en causas roles N° 32.609-2014, 27.882-2017, 26.119-2019, 36.489-2019 y 63.478-2021, entre otras, en las que se ha razonado que el artículo 172 del Código del Trabajo dispone que debe descartarse de la noción de última remuneración mensual, para los efectos a que se refiere, aquellos beneficios o asignaciones que tienen el carácter de ocasionales, esto es, esporádicos o que se solucionan una sola vez en el año, de lo que se ha colegido que, para que el beneficio o asignación sea incluido en el concepto de última remuneración mensual, es menester, que tenga el carácter de permanente; precisando que la norma en cuestión pone su atención en las cantidades que el trabajador hubiere estado percibiendo con regularidad a la fecha de término de la relación laboral, con independencia de que pudieren tener o no la calidad de remuneración, conforme al artículo 41 del citado código.

Luego señala:

Séptimo: Que, en tales circunstancias, yerra la Corte de Apelaciones de Rancagua, cuando al fallar el recurso de nulidad interpuesto por el demandante resuelve que la sentencia del grado no incurrió en el vicio denunciado al excluir de la determinación de la base de cálculo las asignaciones discutidas, no obstante haberse establecido su pago permanente y periódico. En efecto, sobre la premisa de lo que se ha venido razonando, el recurso de nulidad planteado, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, debió ser acogido.³⁴⁹

3.3. Indemnización de la trabajadora de casa particular

Tradicionalmente se habla de la indemnización a todo evento de la trabajadora de casa particular como la indemnización del 4,11%, puesto que el empleador en estos contratos debía cotizar de su cargo un 4,11% de la remuneración mensual imponible en la AFP a la que perteneciera la trabajadora, para ser entregada como indemnización a todo evento al momento del término de la relación laboral, la que se cobraba por la trabajadora en la AFP directamente acreditando el término de la relación laboral.

³⁴⁹ *Muñoz Moreno con Comercial CCU S.A.* (2023): Corte Suprema 18 de diciembre de 2023, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 40802-2022.

Con la dictación de la ley N° 21.269 que incorpora a la trabajadora de casa particular al seguro de cesantía, publicada el 21 de septiembre de 2020, la cotización que debe realizar el empleador sigue siendo del 4,11%, pero un 3% irá al seguro de cesantía y el 1,11% a los fondos para la indemnización a todo evento, manteniéndose el límite de cotizaciones de 11 años en cada relación laboral. Esto hace que la redacción actual del artículo 163 inciso final letra a) indique: “Lo dispuesto en los incisos anteriores no se aplicará en el caso de terminación del contrato de los trabajadores de casa particular, respecto de los cuales regirán las siguientes normas: a) Tendrán derecho, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, a una indemnización a todo evento que se financiará con un aporte del empleador, equivalente al 1,11% de la remuneración mensual imponible, la que se regirá, en cuanto corresponda, por las disposiciones de los artículos 165 y 166 de este Código, y b) La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración de once años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1° de enero de 1991, o desde la fecha de inicio de la relación laboral, si ésta fuere posterior. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos”. La ley N° 21.269 modificó el artículo solo cambiando el guarismo 4,11% por 1,11%.

Esto permitirá a las trabajadoras de casa particular acceder a las prestaciones del seguro de cesantía, cumpliendo los requisitos dispuestos en la ley N° 19.728, la que fue también modificada para incorporar a estas trabajadoras. Tendrá como efecto, también, que la indemnización de término a todo evento que perciba sea menor a la que recibía antes.

Según lo dispuesto en el artículo tercero transitorio de la ley, la trabajadora podrá traspasar los fondos que tenga en su cuenta de indemnización a todo evento anteriores a la entrada en vigencia de la ley, al seguro de cesantía, de manera de cumplir con las cotizaciones mínimas para acceder a sus prestaciones.

3.4. Indemnización por término de la obra o faena

Para el contrato de trabajo por obra o faena determinada se ha introducido por la ley N° 21.122 de noviembre de 2018, una indemnización especial a su término, cuando éste se haya producido por la causal conclusión de la obra o faena que dio origen al contrato (artículo 159 N° 5). Las características de esta indemnización son las que siguen:

- a. El contrato de trabajo debe ser por obra o faena.

- b. La causal de término debe ser la conclusión de la obra o faena de acuerdo a lo previsto en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo.
- c. El contrato de trabajo debe haber estado vigente por un mes o más.
- d. Consistirá en el pago de 2,5 días de remuneración por cada mes o fracción de mes superior a 15 días que haya durado el contrato de trabajo.
- e. La indemnización se calculará según el concepto de remuneración del artículo 172 del Código del Trabajo, autorizándose al empleador a descontar lo aportado al seguro de cesantía del trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo, en los términos regulados en el artículo 13 de la ley N° 19.728.
- f. El cobro por parte del trabajador de esta indemnización a todo evento es incompatible con el ejercicio de la acción de despido injustificado, no así con el ejercicio de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales.

3.5. Otras indemnizaciones

3.5.1. *Daño moral*

Se discutió en doctrina y jurisprudencia la procedencia de la indemnización del daño moral conjuntamente con el recargo legal que se aplica sobre la indemnización por años de servicio al ser el despido injustificado. Hoy esa discusión ha perdido vigor, ya que con la incorporación de la acción de tutela laboral de derechos fundamentales con ocasión del despido, en aquellas ocasiones en que se quiere reclamar un perjuicio emocional indemnizable por el despido como acto dañoso, se hace a través del ejercicio de esa acción y el reclamo de haberse vulnerado la integridad psíquica del trabajador o trabajadora.

Así, el daño moral asociado a la acción de despido injustificado, ha quedado más bien reducido a aquellas hipótesis en que la ley lo contempla, que serán cuando se ejerce la acción del despido indirecto y se invoca como causal de término actos de acoso sexual, de acoso laboral o falta de probidad de parte del empleador (artículo 171 inciso 2°).

3.5.2. *Lucro cesante*

La indemnización de este perjuicio se ha estimado procedente por la jurisprudencia cuando el despido ha sido declarado injustificado y el con-

trato de trabajo era un contrato a plazo fijo o por obra o faena. El razonamiento es que, si ya se sometió al trabajador a un contrato precario en su temporalidad, que atenta contra la estabilidad en el empleo, lo menos que se puede exigir por el trabajador al empleador es que cumpla con respetar el plazo (determinado o indeterminado) de duración de ese contrato, lo que fija una expectativa legítima por parte del trabajador. De esa forma, frente al despido declarado ilegítimo, el trabajador tiene derecho a ser resarcido del daño consistente en la pérdida de remuneraciones que habría obtenido en caso de respetarse el tiempo pactado en el contrato de trabajo.

3.5.3. Indemnización especial por despido lesivo de derechos fundamentales

Esta corresponde a la indemnización del artículo 489 del Código del Trabajo, de 6 a 11 remuneraciones, a la que ya nos referimos en el Capítulo 3.

4. Acciones judiciales derivadas del término del contrato de trabajo

4.1. Acción de despido injustificado del artículo 168 del Código del Trabajo

A propósito de las formalidades exigidas para el despido ya tratadas, frente al término del contrato de trabajo el mentado artículo 168 del Código del Trabajo contempla en favor del o la trabajadora despedida la posibilidad de instar por su judicialización, por no existir conformidad en cuanto a los requisitos de la comunicación propiamente tal, a la o las causales de despido aludidas, al señalamiento de los hechos fundantes o, en referencia al cumplimiento de obligaciones que emanan de dicho término.

En particular, el artículo 168 del Código del ramo, dispone que “el trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare...”, de cuya redacción se desprende la titularidad de la acción, la alusión a la determinación sobre

el tribunal competente y el plazo dentro del cual se debe interponer la referida acción.

En cuanto al tribunal competente, el artículo 423 del Código del Trabajo establece las condiciones para determinarlo, las cuales incluyen el domicilio del demandado o el lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales. Además, en el caso de trabajadores que hayan debido trasladar su residencia con motivo del contrato de trabajo y en el que conste dicha circunstancia, podrán interponer la demanda ante el tribunal de su domicilio.

Respecto del plazo dispuesto para su interposición, se exige su presentación dentro del término de 60 días hábiles contados desde la separación del trabajador, a partir de lo cual, se habla en doctrina del plazo de caducidad del despido,³⁵⁰ de lo que se sigue su extinción de pleno derecho, por el mero transcurso del tiempo.

Sin embargo, en este caso concreto, el inciso final del artículo 168 contempla su suspensión, “cuando, dentro de éste, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva”. Además, dispone que dicho plazo “seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha Inspección”, no obstante, limita en estos casos su cómputo al señalar que “en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador”.

Sobre el alcance de la expresión “separación del trabajador” como hito temporal desde el cual habrá de computarse el plazo de caducidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema le ha dotado de contenido en referencia a la separación jurídica o legal materialmente concretada, es decir, “desde que las partes se desvinculan por decisión adoptada por alguna de ellas”, escindiendo al efecto la fecha en la que se otorga el aviso o comunica el despido y la fecha en el que el mismo se hace efectivo.³⁵¹

Por otra parte, respecto del objeto de la acción de despido injustificado, cabe hacer presente que, no obstante su interposición, el contrato de trabajo terminó cuando el empleador le puso término, lo que conlleva a que el alcance de la declaración judicial que en ella recaiga dirá relación con la calificación sobre su justificación o procedencia, en referencia al señalamiento o no de algunas de las causales de despido; a la acredita-

350 Gamonal y Guidi (2015: 480).

351 Rojas (2015: 500) en referencia a *Acuña con Congregación Misioneras de la Sagrada Familia* (2014): Corte Suprema, (unificación de Jurisprudencia), ROL N° 6634-2013.

ción de los hechos señalados en la misiva respectiva en los términos dispuestos en el artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo; o, al cumplimiento de obligaciones legalmente estatuidas como se verá en el caso de la información sobre el estado de pago de las cotizaciones de seguridad social, no obstante el contrato de trabajo no volverá a existir pese a la declaración de despido injustificado.

De consiguiente, el cuestionamiento sobre el despido en el caso de acogerse la demanda, se traducirá desde el punto de vista pecuniario, en el pago de las indemnizaciones o recargos expresamente estipulados en el artículo 168, los que van en directa relación con las causales de despido invocadas o su omisión. En concreto, se establece que el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere (sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, respectivamente).

En el caso de los recargos, procederán sólo en el caso de corresponder el pago de la indemnización por años de servicio, ya que únicamente sobre esa indemnización se impone el recargo (no sobre la indemnización sustitutiva del aviso previo), por ende, su cálculo se efectuará en referencia al monto de dicha indemnización y de acuerdo a las siguientes reglas: de estimarse improcedente el despido fundado en la aplicación del artículo 161 en un 30%; si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término (por ejemplo, en el denominado despido verbal), en un 50%; si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160, en un 80%; y, en caso de invocarse las causales de los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y ser además declarado carente de motivo plausible por el tribunal dicho despido, en un 100%. Exceptúa el legislador al empleador que, en caso de las denuncias de acoso sexual, haya cumplido con la obligación del artículo 153 inciso segundo y el Título IV del Libro II del Código del Trabajo, o sea, haya realizado la investigación en la forma dispuesta en el Código, el que no deberá pagar el recargo sobre la indemnización por años de servicio.

Se establece, también, una regla residual para el evento de las causales de despido de los artículos 159 y 160 no acreditadas, en cuyo caso se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, sin perjuicio de calcularse los recargos en relación con la causal realmente invocada. Esta regla del inciso cuarto del artículo 168, busca

dejar al trabajador que gana el juicio de despido injustificado, con una causal de despido que no lo perjudique en ningún sentido.

Por último, en esta parte, conviene hacer presente la situación particular de la acción de despido injustificado, en los casos en los que la causal de despido invocada haya sido la de necesidades de la empresa y hubiere mediado el pago al trabajador o trabajadora despedida de las indemnizaciones correspondientes y otras prestaciones laborales, habiendo practicado en dicho contexto el empleador el descuento previsto en el artículo 13 de la ley N° 19.728, a título de “aporte del empleador en la cuenta del trabajador administrada por la Administradora del Fondo de Cesantía”. En ese juicio de despido, entonces, junto con demandarse la declaración sobre la improcedencia del despido fundado en dicha causal y el consecuente recargo del 30% sobre la indemnización por años de servicios, podrá pedirse la devolución de dicho monto descontado por el empleador al pagar el finiquito.

Su fundamento se encuentra en la proyección de obtener sentencia favorable, en el sentido de declararse la improcedencia de la causal de necesidades de la empresa, por ser dicha causal el supuesto que autoriza el descuento, de lo que se sigue que, declarada judicialmente la improcedencia de la causal, no existiría el requisito que habilita a efectuar el referido descuento.

Jurisprudencialmente este tema no ha sido pacífico, existiendo pronunciamientos en el sentido de validar siempre el descuento del aporte del empleador al seguro de cesantía cuando se invoca alguna causal del artículo 161 del Código del Trabajo, ya que el artículo 13 de la ley N° 19.728 autorizaría ese descuento con la sola invocación de la causal por el empleador, aun cuando luego se declarase injustificado el despido. En otras palabras, esta postura estima que se autorizaría el descuento a todo evento.

Por otro lado, se ha entendido que el descuento es únicamente procedente o legítimo cuando la causal no solo es invocada, sino que existe, o sea, cuando no se declara injustificado el despido. Esta última postura es la que se ha consolidado en la jurisprudencia de unificación de la Corte Suprema, por los argumentos anotados y por la incoherencia que existiría cuando la misma sentencia que declara el despido injustificado por no haber existido o no haberse acreditado las necesidades de la empresa, validara el descuento realizado por el empleador. Esta interpretación, estimamos, se aviene mejor a las razones de la norma, al carácter protector del derecho laboral y la seguridad social, evita el aprovechamiento de parte del empleador que ha despedido injustificadamente al

trabajador, quien obtendría un pago menor de la indemnización legal y su recargo, afectando derechos irrenunciables del trabajador, y se ajusta mejor con la regla *in dubio pro operario* frente a la duda interpretativa de la norma.³⁵²

4.2. Despido indirecto o autodespido y denuncia de despido vulneratorio

Respecto del despido indirecto, su procedencia, formalidades, indemnizaciones procedentes y recargo legal, se hará eco de lo desarrollado en el contexto de los supuestos de término del contrato de trabajo, rigiendo en todo caso en cuanto a lo señalado en este acápite, el plazo de caducidad de 60 días contados desde la separación del trabajador, la hipótesis de suspensión y, el plazo máximo de 90 días para la interposición de la demanda respectiva, la que dirá relación con la petición de declaración sobre su procedencia.

En el mismo sentido, las denuncias de despido vulneratorio de garantías fundamentales y cuya interposición se encuentra en el artículo 489 del Código del ramo.

A su respecto, cabe destacar la regulación expresa sobre la titularidad de dicha acción exclusivamente en la persona de la o el trabajador y, el orden de interposición en el caso de interponerse dos o más acciones de naturaleza laboral, desde que, en referencia a su procedencia y, de estar enderezadas en consideración a los mismos hechos, se exige su interposición conjunta, salvo, el caso de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente a la de despido vulneratorio. La consecuencia de desoír dicho orden, importará la renuncia de tales acciones.

4.3. Despido nulo por no pago de cotizaciones previsionales. Convalidación del despido

Esta institución, conocida también como ley Bustos por su creador, corresponde a la sanción que ha diseñado el legislador para el empleador que no se encuentra al día en el pago de las cotizaciones previsionales del trabajador o trabajadora despedida, buscándose a través de esta im-

³⁵² *Lupallante Cáceres Claudia con Salcobrand S.A.* (2022): Corte Suprema, 01 de marzo de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 52908-2021.

portante sanción, garantizar el pago de las cotizaciones de seguridad social.

Procederá la denominada nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales, cuando el contrato de trabajo termine por algunas de las causales de los artículos 159 N° 4, 5 y 6; 160, 161 y 161 bis del Código del Trabajo y el empleador adeude al o la trabajadora despedida, una o más cotizaciones previsionales, de salud o del seguro de cesantía, al mes anterior al del despido.

Lo anterior, con independencia de si el término del contrato se motivó en la voluntad del empleador o del trabajador en el caso de los despidos indirectos, o si el despido es, incluso, justificado.

Sin perjuicio de ser una acción que podrá interponerse conjuntamente con la demanda de despido injustificado, indebido o improcedente, respecto de la acción de nulidad del despido, el artículo 510 del Código del Trabajo establece específicamente un plazo de prescripción para su interposición y que es de seis meses, contados desde la suspensión de los servicios.

En esta parte, de acreditarse los presupuestos del artículo 162 inciso quinto del mismo cuerpo legal y declararse la nulidad del despido, ello se traducirá en que, no obstante el término material del contrato de trabajo y, con ello, del deber del trabajador de prestar sus servicios y del empleador de entregar el trabajo convenido, subsistirá la obligación del empleador de pagar las remuneraciones y demás prestaciones comprendidas en el contrato, desde la fecha del despido hasta su convalidación, que es el pago de las cotizaciones adeudadas, lo que comunicará al trabajador mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las respectivas instituciones previsionales, en que conste la recepción de dicho pago. Como se ve, no se produce la nulidad del despido en sentido estricto, porque el contrato no vuelve a existir, solo la sanción para el empleador de continuar pagando las remuneraciones hasta que se ponga al día en el pago de las cotizaciones adeudadas.

Se consagra en el inciso séptimo del artículo 162, una vía para enervar la acción de nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, que corresponde a los casos en los que el monto adeudado por concepto de cotizaciones previsionales no exceda la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda o 2 Unidades Tributarias Mensuales y, además, el empleador pague dicho monto dentro de 15 días hábiles desde la notificación de la demanda. En este caso, se entiende que se aplicará dicha excepción si lo adeudado es menor que 2 UTM o es menor al 10% de las cotizaciones que debieron pagarse, es decir, si el empleador

ha pagado a lo menos el 90% de las mismas y, por ende, la deuda es de monto menor.³⁵³

4.4. Juicio de desafuero

Si bien no se trata de procedimientos judiciales que digan directa relación con la terminación del contrato de trabajo, su tratamiento en esta parte se engarza con el fundamento que subyace a la presentación de una demanda de desafuero, cual es, el anuncio del empleador de su voluntad de poner término al contrato de trabajo que lo vincula con un trabajador o trabajadora que goza de fuero laboral.

La ley limita las causales por las cuales se podrá autorizar judicialmente el despido de un trabajador o trabajadora que goza de fuero, pudiendo entregarse dicha autorización, sólo en el caso de las causales señaladas en el artículo 174 del Código del Trabajo y que son: el término del plazo del contrato, o de la obra o faena, del artículo 159 N° 4 y 5, respectivamente, y las del artículo 160. El *thelos* de esta institución se encuentra en la especial protección que la legislación laboral establece respecto de determinados trabajadores y trabajadoras que se sitúan en una posición de mayor vulnerabilidad ante la facultad del empleador de poner término al contrato de trabajo. En estos casos, el ejercicio de dicha facultad quedará supeditado a obtener o no la autorización judicial para proceder al despido.

Tal situación de mayor vulnerabilidad se encuentra expresamente identificada y regulada en el Código del Trabajo respecto de los siguientes trabajadores y trabajadoras: la madre trabajadora y el padre trabajador, en los casos regulados en el actual título sobre “La protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”; los dirigentes sindicales, quienes, con las especificidades previstas en el artículo 243 y 274 del mismo cuerpo legal, gozarán de dicho fuero desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de cesar su cargo; los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato, según lo dispuesto en el mismo artículo 243 y en el artículo 221; los candidatos a una elección sindical, delegado sindical, delegado de personal como representante de un grupo de trabajadores de empresas que no estén afiliados a un sindicato; el representante de los trabajadores en el Comité Paritario; y, los trabajadores que participen en una negociación colectiva reglada, conforme la especial regulación contemplada en

353 Gamonal y Guidi (2015: 470).

los artículos 238, 229, 302 y 309 respectivamente, todos, del Código del Trabajo. En todos los casos, podrá, excepcional y fundadamente, decretarse la separación provisional del o la trabajadora aforada, con o sin derecho a remuneración. De disponerse tal medida en la segunda hipótesis y no acogerse la demanda de desafuero con posterioridad, el empleador deberá proceder a su inmediata reincorporación, debiendo pagar las remuneraciones devengadas durante el tiempo de la separación, debidamente reajustadas.

Frente al juicio de desafuero o autorización de despido de un trabajador o trabajadora con fuero, se revisará la concurrencia de alguna de las causales por las que se puede autorizar el despido, la existencia o acreditación de los hechos que fundarían la causal y que el despido no tenga por objeto agredir aquello que hace que el legislador proteja especialmente a estos trabajadores y trabajadoras. Por ejemplo, en el caso de la maternidad, cuando la causal que se invoca es vencimiento del plazo convenido (159 N° 4), el contrato es efectivamente a plazo y ese plazo se encuentra vencido, pero a la única trabajadora en esa situación que no le renuevan el contrato a plazo o no lo pasan a indefinido, es a la trabajadora que informó que se encontraba embarazada. En un caso como este, pese a cumplirse con los presupuestos objetivos de la causal, el despido pudiera resultar una agresión particular a la maternidad que el Derecho busca proteger, por lo que podrá negarse la autorización de despido, lo que se desprende de la expresión del artículo 174 del Código del Trabajo, cuando indica que el juez “*podrá*” conceder la autorización de despido en tales causales.

Por último, cabe hacer presente que la ley N° 21.565 de 9 de mayo de 2023, que establece un régimen de protección y reparación integral en favor de las víctimas de femicidio y suicidio femicida y sus familias, consagra el derecho a la protección del trabajo y fuero laboral para las víctimas de femicidio frustrado o tentado.

Capítulo 5

Derecho Colectivo del Trabajo. Nociones básicas

El Derecho Colectivo del Trabajo es inherente a las relaciones laborales, asumidas estas últimas como relaciones dispares o desequilibradas entre las partes del contrato de trabajo. Esta disparidad se caracteriza por posicionarse siempre la parte empleadora en un lugar de privilegio en el ejercicio del poder respecto del trabajador.

Ese desequilibrio de poderes y sus consecuencias ciertas, como la imposición de las condiciones de trabajo con baja o nula negociación entre las partes, las condiciones precarias de trabajo, las vulneraciones de derechos, la sobrecarga de tareas frente a condiciones remuneratorias que se mantienen, etcétera, hace que los trabajadores se agrupen y busquen mejorar su posición negociadora a través de esa unión, presionando por mejores condiciones por medio de la actividad colectiva, incluida la huelga. Así, de la misma forma que el trabajo es un hecho social y la relación laboral es una relación desequilibrada de poderes, posicionándose siempre el empleador sobre el trabajador en esa relación de poder, el derecho colectivo o el derecho sindical es inherente a las relaciones laborales y a la necesidad de los trabajadores de mejorar su posición negociadora para desarrollar una auténtica negociación por mejores condiciones de trabajo.

Desde la perspectiva del derecho positivo, su surgimiento se evidencia cuando el Estado reconoce las organizaciones de trabajadores y empleadores, los acuerdos colectivos pactados entre las mismas, así como la actividad sindical y los mecanismos de presión indispensables para los trabajadores, como la huelga.

El Derecho Colectivo será “aquella parte del derecho del trabajo que se ocupa del estudio de los fenómenos colectivos laborales desde una doble perspectiva: por un lado, la agrupación, organización y regulación de los actores sociales, sindicatos de trabajadores y sindicatos de empleadores, y, sus relaciones con el estado; y, por otro, la normativa generada producto de la autonomía colectiva y sus medios de presión”.³⁵⁴

354 Gamonal (2020b: 19).

Respecto al término empleado para referir a dicha normativa laboral, se habla indistintamente de derecho colectivo o de derecho sindical, no obstante, en el caso chileno, predomina la denominación Derecho Colectivo.

Su finalidad es la búsqueda de igualdad entre trabajadores y empleadores, inexistente en la realidad del contrato individual, de donde el poder social organizado por parte de los trabajadores se erige como la garantía de cumplimiento de las normas laborales, de las cláusulas contractuales y la materialización de mejores condiciones de trabajo. Por su parte, en tanto rama del derecho, se ocupa de los fenómenos colectivos de naturaleza laboral, incluyendo los medios de autotutela colectiva, como la huelga; abarca el análisis y regulación de los sindicatos de trabajadores y empleadores; y, se centra en el estudio de la normativa colectiva acordada por dichas organizaciones.

De igual forma, supone una capacidad organizativa de los actores sociales, unida a la suficiente autonomía para poder negociar y contratar las condiciones laborales que regirán a una colectividad determinada. Para lograr dicho objetivo, las agrupaciones de trabajadores deben contar con capacidad de autotutela, especialmente representada en la huelga, con el fin de contrarrestar el poder de los empleadores y negociar de igual a igual con su contraparte.

Desde ahí, entonces, se ha dicho que tres son sus componentes esenciales: la organización, la autonomía y la autotutela, de modo que si falta uno de ellos no hay Derecho Colectivo. Lo sostenido, obedece a lo que la doctrina ha denominado como visión triangular del derecho colectivo, desde la cual se dota de contenido al concepto de *libertad sindical*, abarcando la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga. La libertad sindical es el principio esencial del Derecho Colectivo, la materialización de sus finalidades en acciones concretas reconocidas y amparadas por el Derecho, de manera que “cuando el Derecho reconoce el fenómeno colectivo y, por ende, a las agrupaciones de trabajadores y sus diferentes acciones, estamos frente al concepto de *libertad sindical*”.³⁵⁵

Se ha sostenido, también, que el Derecho Colectivo tiene validez instrumental, al ocuparse y relacionarse no solo con los derechos laborales, sino también de otros derechos del colectivo frente al Estado o a la sociedad. En tal sentido, las sociedades democráticas actuales se caracterizan por la participación de los grupos intermedios, “por ello, la libertad sindical, principio esencial del derecho colectivo, constituye un

355 Gamonal (2020b: 58).

presupuesto indispensable para que exista plena democracia y goce de las libertades públicas y derechos fundamentales”³⁵⁶

A la validez instrumental se suma la validez universal, en el sentido que no puede llegar a desarrollarse un movimiento sindical libre dentro de un régimen que no garantice los derechos fundamentales, lo que se refleja en la declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.³⁵⁷

La regulación concreta del Derecho Colectivo, especialmente de la negociación colectiva, en nuestra normativa es extremadamente detallada, plagada de reglas y limitaciones a la negociación misma.

Por los fines de este manual, el estudio se concentrará en la libertad sindical y su contenido, entendiéndose que, al afrontar una causa de Derecho Colectivo, de lo que se tratará será de la libertad sindical como derecho, sus límites y protección.

1. Libertad sindical

Se entiende como tal “el derecho de los trabajadores a constituir y a afiliarse a organizaciones sindicales, y el de éstas y de aquellas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses”³⁵⁸ También se la ha definido como “aquel derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses comunes”³⁵⁹

Sin perjuicio de la evolución histórica de la libertad sindical y los distintos niveles de consagración reglamentaria, legal y constitucional que se pueden identificar, lo cierto es que actualmente se encuentra consolidado en la doctrina y la jurisprudencia que este principio de la libertad sindical es parte de los derechos fundamentales de los trabajadores, garantizado constitucionalmente a través de los tratados internacionales ratificados por Chile, vía artículo 5 de la Constitución Política de la República.³⁶⁰

En su estructura jurídica se comprende la convivencia de un elemento estático, de corte organizacional, con uno dinámico, comprensivo de la actividad sindical, que necesariamente reclama del Estado el deber de promoción de la libertad sindical como derecho fundamental.

356 Gamonal (2020b: 25-26).

357 Toledo (2013: 7-9).

358 Villavicencio, citado en Toledo (2013: 8).

359 Gamonal (2020b: 59).

360 Respecto de la historia de la libertad sindical y su consagración constitucional, puede consultarse Rojas (2016).

Gamonal sostiene que “la libertad sindical es un derecho social y económico, de aquellos derechos humanos denominados de segunda generación”, pese a no ser clara la corrección de esa distinción entre derechos de primera generación y segunda generación. Indica que “cualquiera sea el criterio que se adopte en orden a considerar a los derechos de sindicación o de huelga como de primera o segunda generación, debemos tener presente que en cualquier caso son derechos fundamentales e inherentes a la naturaleza del hombre”.³⁶¹

Por su parte, César Toledo indica, citando a Osvaldo Mantero de San Vicente que “la incorporación de la libertad sindical al elenco de los derechos fundamentales está íntimamente relacionada con dos transformaciones del concepto de derecho fundamental: el reconocimiento de los derechos sociales y el reconocimiento de que existen ciertos derechos fundamentales cuyo titular no es el hombre (sic) aislado sino el conjunto de personas”.³⁶²

El contenido concreto y más elemental de este derecho incluye el derecho de asociación, generalmente traducido en el sindicato y agrupaciones sindicales, el derecho de negociación, que se derivará en el contrato o convenio colectivo, y el derecho de huelga, que es el elemento esencial para garantizar una negociación efectiva entre trabajadores y empleador. En otras palabras, “el derecho colectivo presupone la consagración de la libertad sindical, cuya plenitud implica el reconocimiento de la sindicalización, la negociación colectiva y las formas de autotutela, aspectos cuya interrelación e interdependencia nadie discute actualmente”.³⁶³

Esta comprensión de la libertad sindical como un derecho fundamental es crucial para conocer el conflicto y desarrollar soluciones adecuadas. El legislador la ha incluido en el procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales, con todas sus particularidades (artículo 292 inciso 4º). Además, frente a una eventual colisión con otro derecho fundamental, se ponderará en cada caso cuál derecho debe primar y se velará por su eficacia y expansión.

361 Gamonal (2020b: 63-65).

362 Toledo (2013: 13).

363 Gamonal (2020b: 65).

1.1. Contenido de la libertad sindical. Dimensiones estáticas y dinámicas

Para el estudio de la libertad sindical, en doctrina se distingue entre estas dos dimensiones.

En cuanto a la *dimensión estática*, se reconoce al derecho a la constitución de organizaciones de trabajadores sin necesidad de autorización previa, así como la proscripción de cualquier tipo de distinción o exigencia de autorización previa el momento de su constitución. Este atributo está consagrado en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, en el Convenio 87 de la OIT (vigente en Chile desde el año 2000), así como en diversos tratados internacionales suscritos por el Estado chileno.³⁶⁴

Se identifica en esta parte con el *derecho de afiliación sindical*, el cual garantiza la libertad de elección de los trabajadores de adherir a la o las organizaciones o agrupaciones que deseen. Su titularidad se expresa en el reconocimiento de la capacidad del trabajador de incorporarse a una organización sindical en conformidad a sus estatutos, lo que implica la aceptación del programa, la estructura y las obligaciones económicas de la organización a la que se adhiere.

En conexión con lo anterior, se denomina *faz negativa del derecho de afiliación*, al derecho a la *desafiliación y/o a la no afiliación*. Se dice que los trabajadores son libres de desafiliarse de las organizaciones a las que pertenezcan y/o de no pertenecer a organización alguna, sin que puedan ser obligados o presionados a afiliarse o a no desafiliarse.

Desde el punto de vista de la existencia de las organizaciones sindicales, se reconoce el derecho a la personalidad jurídica del sindicato, a establecer sus propios fines, a elegir libremente a sus representantes, a establecer su propia reglamentación, a concurrir a la creación de organizaciones sindicales de orden superior y a afiliarse y/o desafiliarse de tales organizaciones, así como a ejercer la libertad colectiva de disolución.

La *dimensión dinámica*, se manifiesta en el derecho de ejercer la *actividad sindical* de forma autónoma, lo que se denomina en doctrina *libertad colectiva de actuación sindical*, reconocida en tratados internacionales ratificados por Chile y, en el artículo 1 y el numeral 19 del

³⁶⁴ Pacto internacional de Derecho Civiles y Políticos, vigente en Chile desde 1989, en su artículo 22.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente en Chile desde 1989, en su artículo 8.1 letra a); la Convención Americana de Derechos Humanos, vigente en Chile desde 1991, en su artículo 16.1.

artículo 19 de la Constitución Política, a propósito de la protección estatal que ha de prodigarse a las organizaciones sindicales en tanto grupos intermedios.

En términos amplios, comprende la libertad de los sindicatos para llevar a cabo toda actividad relacionada con la defensa de los intereses de los miembros de la organización, como la realización de asambleas sindicales y la defensa de los intereses de sus afiliados ante autoridades en general y frente al empleador o empleadores de sus afiliados. Esto incluye especialmente la participación en negociaciones colectivas y el ejercicio del derecho a la huelga.³⁶⁵

1.2. Expresiones de la libertad sindical. Libertad sindical individual y libertad sindical colectiva³⁶⁶

La libertad sindical individual, a pesar de estar dirigida a la satisfacción de intereses de carácter colectivo, encuentra su manifestación individual en los trabajadores y trabajadoras considerados como personas naturales. Una expresión de ello sería el derecho a participar o no en la creación de un sindicato o de pertenecer o no a uno de ellos.

Por su parte, la libertad sindical colectiva se vincula con los sindicatos y persigue fines colectivos, especialmente relacionados con la defensa de intereses colectivos. Esto se traduce en la realización de fines y objetivos de esta naturaleza.

1.3. Regulación normativa

El derecho a organizarse en sindicatos constituye un derecho humano reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a propósito de la consagración de los derechos al trabajo; su libre elección; a condiciones y remuneración equitativas y satisfactorias de trabajo; y, en particular, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, garantiza el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección y la proscripción de restricciones en tal sentido. Asimismo, se expresa en el derecho de los sindicatos a formar federaciones o

365 Toledo (2013: 19 y ss.).

366 Lanata (2018: 12 y ss.).

confederaciones, a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las prescritas por ley; y, al derecho a huelga.

El Estado chileno ratificó los Convenios 87 y 98 de la OIT y, en especial, la Constitución Política de la República en su Artículo 19 números 16 y 19, contemplan lo que desde la doctrina se ha reconocido como las principales manifestaciones de la libertad sindical.³⁶⁷

1.4. Tutela de la libertad sindical. El fuero sindical y Las prácticas antisindicales³⁶⁸

1.4.1. El fuero sindical

Se ha definido fuero sindical como “la protección que brinda el legislador principalmente a ciertos representantes sindicales y a aquellos trabajadores que, no siéndolo, realizan específicas actividades dispuestas por la ley vinculadas al ejercicio de la libertad sindical, que se materializan en concretas limitaciones a las facultades del empleador, sea por no poder despedir a tales trabajadores, sin previa autorización judicial y por las taxativas causales que fija la ley, sea en materia de *ius variandi* o en lo relativo a la obligación de tolerancia de los permisos sindicales de los dirigentes sindicales”.³⁶⁹

Se reconoce al fuero sindical como una de las más importantes formas de tutela de la libertad sindical, cuyo objetivo es posibilitar la libertad de los trabajadores y trabajadoras en el ejercicio de sus derechos sindicales, previniendo, especialmente, cualquier represalia por parte del empleador, particularmente el despido.³⁷⁰

Sobre los alcances de dicha protección, se habla de *tutela esencial* en los casos en los que se protege contra el despido, las suspensiones, transferencias o cambios de funciones; con los permisos sindicales; o a través del derecho de informar a los afiliados. De igual forma, en tanto *tutela restrictiva*, se identifica con las medidas destinadas directamente a tutelar a los directores o dirigentes sindicales contra el despido antisindical.

Tanto el Convenio N° 98 como el N° 135 de la OIT Sobre los Representantes de los Trabajadores de 1971, vigentes en nuestro país, consa-

367 Sobre el tema de la libertad sindical en la Constitución Política de la República, entre otros, Rojas (2017: 9-31).

368 Gamonal (2020b: 471 y ss.).

369 Toledo (2013: 57).

370 Gamonal (2020b: 471).

gran disposiciones en esta materia, en referencia a la protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo y a la protección hacia la persona de los representantes de los trabajadores en la empresa, en términos de evitar todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido en razón de su condición de representantes o de las actividades desarrolladas desde dicha representación. En este último sentido y más próximo al fuero consagrado en nuestra legislación, el artículo 1 del Convenio N° 135 indica que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos y otros acuerdos en vigor”.

En el Código del Trabajo nacional, el fuero se manifiesta en que el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino con autorización previa del juez competente, quién podrá concederla en razón de las causales que el artículo 174 establece, a cuyo efecto nos remitimos a lo ya visto en el acápite relativo a las acciones por término de la relación laboral.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 243 del Código del Trabajo, prohíbe el uso del jus variandi por parte del empleador respecto de los directores sindicales, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Además, el artículo 506 del Código del Trabajo dispone que las infracciones a las normas sobre fuero sindical se sancionarán con multa y, en el caso del artículo 215, se prohíbe en términos amplios que se impida o dificulte a los trabajadores su afiliación o se los despidan o perjudique de cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, sin que se pueda condicionar su empleo a la afiliación o desafiliación a una organización sindical.

De igual manera, los artículos 224, 238, 243, 274, 283 y 309 regulan el fuero cuando se constituye un sindicato; el de los candidatos a directores; de los directores sindicales en ejercicio y hasta seis meses después de cesados en sus cargos; de los directores de federaciones, confederaciones y centrales sindicales de los trabajadores que negocian colectivamente y de los integrantes de la comisión negociadora que no detentan el cargo de directores sindicales.

1.4.2. Las prácticas antisindicales

El Código del Trabajo define las prácticas antisindicales en los artículos 289 y 293, enumerando algunas de ellas de manera no taxativa. En términos generales, estas disposiciones las identifican con atentados a la libertad sindical. Gamonal las define como “toda acción u omisión que atente contra la libertad sindical, especialmente aquellas que afecten la negociación colectiva, sus procedimientos y el derecho a huelga”.³⁷¹ Toledo, de manera similar, las define como “todas aquellas conductas que, por vía de acción u omisión, lesionan la libertad sindical afectando a los titulares de este derecho”.³⁷²

Se distinguen prácticas que atentan contra la libertad sindical en general, denominadas prácticas antisindicales, de aquellas que atentan contra la libertad sindical en la etapa de negociación colectiva, denominadas prácticas desleales, existiendo entre ellas, entonces, una relación de género y especie.

Esta distinción que asumió el Código del Trabajo con mayor claridad a partir de la ley N° 20.940 del año 2016, no tiene mayor valor práctico, desde que siempre será un atentado contra la libertad sindical y las sanciones y reparaciones no se vinculan con esta diferenciación, sino a los hechos particulares de la causa. Por lo tanto, al hablar de prácticas antisindicales estaremos refiriéndonos en términos amplios a todo atentado contra la libertad sindical, incluidos los realizados durante la negociación colectiva o prácticas desleales.

A diferencia del fuero sindical, que es unilateral (pues no existe fuero para los empleadores, sino solo para los trabajadores), las prácticas antisindicales pueden ser bilaterales, esto es, tanto los empleadores como las organizaciones de trabajadores pueden cometerlas. En este sentido, el legislador ha adoptado un enfoque extremadamente amplio, tanto en cuanto al sujeto activo, al contemplar a un tercero como agresor en el artículo 291, como al sujeto pasivo, al permitir que quienes no son titulares de la libertad sindical, como los empleadores (404 a)) o los miembros del Comité Paritario (289 a)), sean titulares de estas acciones.

Su *regulación* en el Código del Trabajo se encuentra en los Libros III y IV, artículos 289 y siguientes sobre “Las prácticas antisindicales y de su sanción”, y en los artículos 403 y siguientes “Sobre las prácticas des-

371 Gamonal (2020b: 485).

372 Toledo (2013: 103).

leales y otras infracciones en la negociación colectiva y de su sanción”, respectivamente.

Tal como dijimos a propósito de la libertad sindical, su contenido y alcance, se considera actualmente a la libertad sindical como un derecho fundamental de los trabajadores, de lo que se sigue que, el alcance que ha de darse a la normativa relacionada con la libertad sindical y su protección (prácticas antisindicales), deba regirse por los principios constitucionales vigentes, lo que se ve reforzado por el artículo 5 de la Constitución Política, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Convenios N° 87 y 98 de la OIT.

Con relación a su *tutelaridad*, el Código del Trabajo distingue entre prácticas desleales que puede realizar el empleador (artículos 289 y 403), de las que pueden realizar los trabajadores, sus organizaciones sindicales o estos y el empleador (artículos 290 y 404). Además, se contempla la posibilidad de prácticas desleales realizadas por cualquier persona en el artículo 291 y las prácticas desleales de la empresa mandante.

Siguiendo a Gamonal,³⁷³ se distinguen en el Código del Trabajo prácticas antisindicales que pueden ser agrupadas en: atentados a la libertad colectiva de constitución (artículos 291 letra a), 289 letra a), 289 letra c) y 290 letra a)); atentados a la libertad colectiva de afiliación y desafiliación (artículos 291 letra a) 289 a), d), e) y g) y 290 a); atentados a la libertad colectiva de federación (aplican todas las prácticas antisindicales); atentados contra la libertad colectiva de reglamentación, de representación y de disolución (artículos 289 a) y 290 a)); y, atentados a la libertad colectiva de actuación sindical (artículos 289 letra a), b) y e) y 291 b)).

En referencia a sus *efectos*, pueden ser de dos tipos: penales y laborales. En todos los casos tendrán efectos laborales y sólo excepcionalmente tendrán efectos penales, cuando las conductas antisindicales o desleales configuren faltas simples, delitos o crímenes (artículos 293 y 406), debiendo recordarse que aun siendo la libertad sindical un derecho fundamental, reconoce necesarios límites, como es la comisión de ilícitos penales.

373 Gamonal (2020b: 487 y ss.). En esa obra se desarrollan con mayor detalle las prácticas antisindicales tratadas en las normas, según la agrupación que propone. Nos limitaremos únicamente a citar las normas, ya que una transcripción detallada de cada artículo no se aviene con las finalidades de este manual, más considerando que la enunciación no es taxativa en las normas y que lo relevante es distinguir si la acción u omisión atenta en contra de la libertad sindical en la forma que se ha explicado.

En el caso de los *efectos laborales*, pueden ser reparatorios y sancionatorios; los primeros, buscan el cese de la conducta si ésta continúa ejecutándose, el retorno al estado anterior a los hechos constitutivos de dicha práctica y, la reparación de los perjuicios.

En esta parte, resulta relevante aludir a la regulación contemplada en el artículo 294 del Código del Trabajo. Esta norma establece que si el despido o término de la relación laboral de trabajadores no amparados por fuero laboral, se realiza en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva, el despido o el término de la relación no producirá efecto alguno, aplicándose el artículo 489, con excepción de lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto, lo que implica que deberá ordenarse la reincorporación del trabajador y el pago de las remuneraciones no pagadas durante la separación, sin perjuicio de otras indemnizaciones que pudieran ser procedentes, como el daño moral.

En cuanto al conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales, conforme se viene anunciando, corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, según disponen los artículos 292 inciso cuarto y 407, como expresión de tutela específica en favor del derecho de libertad sindical o la garantía de no discriminación por motivos de sindicación.

En la tramitación judicial de dichos asuntos y a propósito de la *exégesis extensiva* que en clave de libertad sindical ha de realizarse, pueden considerarse como legitimarios activos y pasivos a una organización sindical, en contra de otra, por ejemplo, en los casos de los artículos 290 letra a) y 404 letra d); podría accionar una organización sindical en contra de un trabajador individual, por ejemplo, en el caso del artículo 404 letra b); un trabajador en contra de su organización sindical, artículo 290 letra c); un trabajador en contra de otro trabajador, en el caso del artículo 290 letra c); e, incluso, accionarse respecto de terceros dada la amplitud del artículo 291, por ejemplo, en contra de la empresa principal en régimen de subcontratación o de la empresa usuaria en el caso del suministro de trabajadores.

2. Negociación Colectiva

Como se ha sostenido reiteradamente, la disparidad de poderes en la negociación y la toma de decisiones en la empresa, en base a los intereses

generalmente contrapuestos de empleadores y trabajadores, convierte al conflicto en la relación laboral en una cuestión natural y permanente.

Esto lo expresa la doctrina al ilustrar los intereses contrapuestos que significan que presionen “unos por reducir costos y otros por mejorar su nivel de vida; unos por aumentar la jornada de producción y otros por disponer de más tiempo para su familia; unos por adaptarse a la fluidez de los mercados y otros por mantener la estabilidad de su puesto de trabajo; unos por planificar su proceso productivo en base a un cálculo previo de costos y riesgos y otros por el derecho de suspender colectivamente su actividad laborativa a fin de contar con un medio de presión que les permita negociar y defenderse”.³⁷⁴

Además, por las especiales características del trabajo humano en la sociedad industrial, el derecho laboral ha adoptado caminos propios a fin de defender a los trabajadores en su desmejorada posición, especialmente por medio de la negociación colectiva, mecanismo que antecede en el tiempo a las primeras leyes laborales. Así, el derecho laboral ha privilegiado mecanismos autocompositivos y de autotutela (la huelga) por sobre la decisión jurisdiccional.

Desde ahí, se sostiene que los *conflictos del trabajo* pueden clasificarse en individuales y colectivos y, en jurídicos o de intereses. El conflicto es individual cuando la controversia se plantea exclusivamente entre un trabajador y un empresario. Aunque el conflicto pueda afectar a varios trabajadores o empleadores, sigue siendo individual si se centra en intereses de carácter individual. Con todo, siempre un conflicto individual podrá tener una proyección colectiva, como ocurre en el despido antisindical.³⁷⁵

Los conflictos jurídicos son aquellos que se basan en la realidad de un derecho existente, que sirve de fundamento a su planteamiento y cuyo origen puede ser heterónimo o autónomo. Por su parte, los conflictos de intereses surgen de la pretensión de modificar la normativa vigente o de crear otra nueva. Generalmente, los conflictos individuales son jurídicos y los colectivos pueden ser jurídicos o de intereses.

Para todos los casos, los conflictos podrán ser resueltos por distintos mecanismos o vías, como la judicialización del conflicto, ampliamente explotada en Chile; la mediación y arbitraje; la acción colectiva o sindical, incluida la huelga; y la negociación colectiva.

374 Gamonal (2020b: 232).

375 Gamonal (2020b: 235).

En particular, la negociación colectiva y la huelga son los dos mecanismos esenciales de la libertad colectiva de actuación sindical, atributo de la libertad sindical sin el cual los demás carecen de sentido, pues por mucho que una organización sindical cuente con libertad de constitución, de reglamentación, representación u otras, si no puede negociar colectivamente con un mínimo de eficacia —garantizado por la posibilidad de huelga—, no puede propender por la mejora de las condiciones de trabajo de sus asociados, volviendo así el derecho ineficaz.

Además, la negociación colectiva cumple, a lo menos, una triple función: como medio de solución de conflictos, fuente de creación de normas laborales e instrumento de gobierno del sistema de relaciones laborales en su conjunto.³⁷⁶

2.1. Regulación en Chile³⁷⁷

En nuestro país, la negociación colectiva constituye un derecho garantizado por la Constitución Política del Estado, la cual, en su artículo 19 N° 16 inciso 4°, establece que la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, agregando que las excepciones a este derecho sólo pueden ser establecidas por la ley, la cual, al mismo tiempo, deberá señalar las modalidades y procedimientos a que ella deberá sujetarse a objeto de lograr, con ese proceso, una solución justa y pacífica. Además, debe considerarse la normativa internacional vigente en Chile, que también garantiza la negociación colectiva como parte integrante de la libertad sindical, como es el Convenio N° 87 de la OIT, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En nuestro país, se entrega la regulación del proceso de negociación colectiva al legislador, regulación que en la actualidad obedece a las modificaciones introducidas por la ley N° 20.940, que sustituyó todo el Libro IV, denominado “Negociación Colectiva”, reconociendo a la negociación colectiva como una manifestación de la sociedad democrática, un pilar esencial para el crecimiento, productividad y desarrollo de empresas socialmente sustentables y como un instrumento clave para promover la no discriminación y la igualdad.

En ese contexto, la negociación colectiva constituye un procedimiento a través del cual los trabajadores organizados, ya sea como organiza-

376 Gamonal (2020b: 237).

377 Lanata (2018: 131 y ss.).

ción sindical o grupos, se relacionan con uno o más empleadores, con el objeto de acordar materias de interés común de las partes, especialmente en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo.³⁷⁸

No obstante contemplarse en esta definición a los denominados grupos negociadores, lo cierto es que, actualmente, no existe certeza del tratamiento de los acuerdos a que esos grupos puedan llegar. Antes de la dictación de la ley N° 20.940 los grupos negociadores eran ampliamente reconocidos en la norma como sujetos en la negociación, sin embargo, aquella modificación al derecho colectivo tuvo como una de sus ideas principales —en su origen al menos— excluir a los grupos negociadores de cualquier tipo de negociación, consagrando la *titularidad sindical* en la negociación, esto es, la negociación colectiva únicamente a través de un sindicato. La ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional antes de su promulgación, el que determinó que era inconstitucional una norma que permitiera solo a los sindicatos negociar colectivamente, pues se excluía a los no sindicalizados. La solución del ejecutivo fue, por decirlo menos, poco prolija, ya que no se encargó de definir el lugar de los grupos negociadores a partir de aquel pronunciamiento, limitándose a eliminar la norma de la titularidad sindical, pero sin contemplar a los grupos negociadores como un sujeto en la negociación, no obstante lo cual, algunas normas continúan refiriendo inorgánicamente a estos grupos, como los artículos 316 y 324, en lo que parece ser más un descuido que alguna regulación sistemática. El problema que subyace y que había llevado a proponer la *titularidad sindical*, es que el grupo negociador —que son los trabajadores agrupados exclusivamente para negociar colectivamente a través de un convenio colectivo, o sea, sin derecho de huelga y que se *disuelven* terminada la negociación—, constituye una competencia al sindicato y afecta la libertad de asociación colectiva y, por tanto, la libertad sindical, ya que negociarán sin soportar el trabajo sindical y la asociación permanente, sin pago de cuota sindical y, generalmente, resulta ser una débil contraparte del empleador en la negociación, siendo utilizados más bien para despotenciar al sindicato que para desarrollar negociaciones reales.

En el estado actual de las cosas, no existe claridad del valor de los instrumentos que esos grupos puedan suscribir con el empleador pues, como también se indicó, no están orgánicamente tratados, pero existe el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y son accidentalmente

378 Lanata (2018: 134).

mencionados en la ley. Gamonal,³⁷⁹ entre otros, sostiene que los acuerdos a los que esos grupos puedan arribar no tendrían la fuerza de excluir la negociación colectiva reglada y serían una suerte de acuerdos *individuales de adhesión múltiple*, mas no acuerdos colectivos, recordando el autor la doctrina de la OIT, en cuanto a que los grupos no son un sindicato, y que su existencia es posible únicamente cuando no existe un sindicato propiamente tal en la empresa.

Desde su actual regulación, es posible diferenciar los siguientes *tipos de negociación colectiva*: a) negociación reglada de los sindicatos, que alude a aquel procedimiento que se lleva efecto entre un empleador y uno o más sindicatos y cuya regulación se encuentra entre los artículos 327 y 363 del Código del Trabajo; b) Negociación reglada de los sindicatos interempresa, desarrollada entre un empleador y el sindicato interempresa, regulada en el artículo 364 del Código del Trabajo; c) Negociación reglada de los trabajadores eventuales, de temporada y obra o faena transitoria, contemplada en los artículos 365 a 373 del Código del Trabajo; d) Negociación reglada de las organizaciones de nivel Superior, esto es, federaciones y confederaciones, contemplada en los artículos 408 a 411 del Código del Trabajo; e) Negociación colectiva no reglada, reconocida en el artículo 341 del Código del Trabajo, aplicable a los sindicatos de empresa como a las negociaciones de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria; f) Negociación de grupos de trabajadores, reconocida en algunas disposiciones, como el artículo 6, 316 y 320, todos del Código del Trabajo.

Como se ha manifestado, la regulación de la negociación colectiva en el Código del Trabajo es en extremo detallada y extensa. Norma cuestiones que van desde la consideración de las partes y la buena fe, el ámbito de aplicación, los trabajadores impedidos de ejercer el derecho a negociar, las materias susceptibles de negociación, la relación del trabajador con el contrato colectivo, el plazo mínimo para negociar colectivamente, el fuero de negociación colectiva, los beneficios y afiliación sindical, la relación y efectos del instrumento colectivo con el contrato individual de trabajo, los plazos y su cómputo, los ministros de fe y la negociación no reglada, entre otros aspectos. Dada la amplitud de esta regulación, escapa a los fines de este trabajo transcribirla en su totalidad. No obstante, es importante destacar la necesidad de consultar las abundantes normas aplicables en determinados conflictos judicializados relacionados con la negociación colectiva.

379 Gamonal (2020b: 112 y ss.).

Sobre el *ámbito de aplicación*, el enfoque se efectúa desde el punto de vista *subjetivo*, relacionado con quiénes pueden ser parte en la negociación colectiva; y, *objetivo*, referido a las materias sobre las que puede recaer.

En cuanto al *ámbito subjetivo* de aplicación de la negociación colectiva, en doctrina³⁸⁰ se enuncian ciertos requisitos o exigencias que deben concurrir, tales como, la representación formal. El empleador podrá negociar individualmente o agrupado, no obstante lo cual, en casi la totalidad de los casos en nuestro país, negocian de manera individual. Los trabajadores negociarán representados por agrupaciones sindicales, debiendo ser preferidas esas agrupaciones sindicales sobre los grupos negociadores, por las razones ya anotadas.

Por su parte, el *ámbito objetivo* está relacionado con la pretensión de la negociación colectiva de establecer condiciones comunes de trabajo y retributivas por un tiempo determinado. Dice relación con las materias que pueden ser objeto de dicha negociación, a propósito de lo cual, el artículo 320 del Código del Trabajo señala que el objeto será establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado.

Por su parte, el artículo 306 del mismo cuerpo legal, señala las materias sobre las que puede recaer la negociación, en los siguientes términos: “Son materia de la negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo.

Las negociaciones podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros.

Adicionalmente, se podrán negociar los acuerdos de extensión previstos en el artículo 322 y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo de que trata el Título VI de este Libro.

380 Lanata (2018: 144).

No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga”.

3. El instrumento colectivo

El contrato colectivo es el resultado del procedimiento de negociación colectiva y como tal es considerado como fuente del derecho, a propósito de su aptitud para producir efectos *erga omnes*, lo que se traduce en el llamado *efecto normativo*. Lo anterior ha sido desarrollado de manera destacada en el reciente fallo del Tribunal Constitucional en causa ROL N° 13.175-2022.³⁸¹

A propósito de esto último, tradicionalmente se ha resaltado la diferencia básica entre el contrato individual y el colectivo, la que radica en el efecto normativo de este último, pues mientras el contrato individual relaciona a dos contratantes, generando derechos y obligaciones entre ellos, el contrato colectivo está dirigido a establecer las condiciones a las cuales deberán ajustarse los contratos individuales de trabajo.

En relación con su duración y *vigencia*, se establece que todo instrumento colectivo constituye un acuerdo a plazo fijo, pero su duración difiere según el tipo de instrumento de que se trate. Por una parte, están los contratos colectivos, los acuerdos de grupo negociador y los fallos arbitrales, cuya regla general es la duración determinada que dispongan las partes, dentro de los rangos dispuestos en el artículo 347 y de las excepciones contempladas en el artículo 342, ambos del Código del Trabajo. Por otra parte, los convenios colectivos, cuya duración será la que definan las partes con el límite máximo de no ser superior a 3 años, a propósito de lo regulado en el artículo 324 del Código del Trabajo.

381 En el caso se impugnaba la constitucionalidad del artículo 323 del Código del Trabajo, en cuanto extiende el contrato colectivo a un trabajador que no participó del grupo negociador, al afiliarse al sindicato que negoció en las condiciones que plantea la norma. El Tribunal Constitucional resolvió que el contrato colectivo tiene finalidades más allá de lo bilateral y del costo beneficio para las partes, buscando regular de manera permanente y trascendente las condiciones de trabajo, lo que se desarrolla ampliamente en la sentencia citada.

Sobre su *exigibilidad*, el artículo 326 del Código del Trabajo confiere mérito ejecutivo a los instrumentos colectivos, lo que opera respecto de aquellas cláusulas que contengan obligaciones líquidas y actualmente exigibles. En el mismo sentido el artículo 464 número 5 del Código del Trabajo.

3.1. Tipos de convenios colectivos en la legislación chilena

El Código al Trabajo diferencia entre dos tipos de instrumentos colectivos, según la fuente que los originó. Para estos efectos, se entenderá por fuente el origen directo del instrumento colectivo, a partir de lo cual, es posible diferenciar entre contrato colectivo y convenio colectivo.

En ambos casos se está frente a un instrumento colectivo suscrito entre empleadores y trabajadores con el objeto establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero por un tiempo determinado, los que una vez firmados tiene la misma fuerza obligatoria.

La diferencia radica en que el contrato colectivo es el resultado de un proceso de negociación colectiva reglada, a diferencia del convenio colectivo, cuya celebración no está sujeta a dicho procedimiento ni tampoco a las prerrogativas y obligaciones propias del mismo.

4. Las organizaciones sindicales

En doctrina se define al sindicato como “toda agrupación permanente de trabajadores o empleadores, con miras a la defensa de sus intereses profesionales colectivos”.³⁸² Esta definición se considera amplia debido a las implicancias de un fenómeno social tan extendido como el sindicalismo, centrándose en un criterio más funcional que orgánico en relación con el objetivo sindical de representación de intereses profesionales colectivos. Cabe destacar que dicha representación puede ser asumida no solo por agrupaciones de trabajadores, sino también de empleadores.

Desde una perspectiva jurídica formal, solo son sindicatos aquellos que la ley denomina como tales. Sin embargo, el derecho colectivo del trabajo maneja una óptica más amplia para poder abarcar en su totalidad al fenómeno sindical. En este contexto, lo que caracteriza a una actividad como sindical es la representación y defensa de los intereses

382 Gamonal (2020b: 118).

profesionales y económicos de sus asociados y, en algunos casos, de toda una categoría de trabajadores o empresarios, estén o no asociados.

En el caso de Chile, se encuentra dentro de la actividad sindical la desplegada por federaciones y confederaciones sindicales, asociaciones de funcionarios públicos (reguladas por la ley N° 19.296), agrupaciones gremiales de empresarios y las centrales sindicales. Todas estas agrupaciones reúnen los dos requisitos que caracterizan como sindical una asociación, esto es, su representación de intereses y la utilización de mecanismos de autotutela, especialmente, en ciertos casos, la huelga.³⁸³

En relación con la *naturaleza jurídica y fines del sindicato*, se trata de un cuerpo intermedio, de los reconocidos constitucionalmente en el artículo 1, inciso 3°, de la Constitución Política de la República. Se trata de una agrupación intermedia, que se ubica entre el individuo y el Estado, con el objetivo de representar los intereses característicos del ámbito Industrial contemporáneo. Su finalidad principal es la representación y defensa de los intereses profesionales y económicos de los trabajadores y empleadores.

Lo que *caracteriza* a la organización sindical, ya sea de estructura asociativa o institucional, son las finalidades que persigue la actividad jurídica que desarrolla, especialmente, la contratación colectiva, la huelga y otros medios de lucha sindical. Al efecto, el Código del Trabajo en los artículos 220,³⁸⁴ 267³⁸⁵ y 284³⁸⁶ enumera los fines sindicales.

383 Es el caso de la negociación de la ANEF con el Gobierno respecto del reajuste del sector público, que varias veces ha incluido paralizaciones o huelgas.

384 Artículo 220: “Son fines principales de las organizaciones sindicales:

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

2.- Representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados. No será necesario requerimiento de los afectados para que los representen en el ejercicio de los derechos emanados de los instrumentos colectivos de trabajo y cuando se reclame de las infracciones legales o contractuales que afecten a la generalidad de sus socios. En ningún caso podrán percibir las remuneraciones de sus afiliados;

3.- Velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales, actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones;

4.- Actuar como parte en los juicios o reclamaciones, de carácter judicial o administrativo, que tengan por objeto denunciar prácticas desleales. En general,

Asimismo, dado que la representación colectiva está implícita en la existencia del sindicato, ésta se traducirá en varias acciones: representar a sus afiliados en las diversas instancias de la negociación colectiva; suscribir instrumentos colectivos; instar por su cumplimiento y hacer valer

asumir la representación del interés social comprometido por la inobservancia de las leyes de protección, establecidas en favor de sus afiliados, conjunta o separadamente de los servicios estatales respectivos;

5.- Prestar ayuda a sus asociados y promover la cooperación mutua entre los mismos, estimular su convivencia humana e integral y proporcionarles recreación;

6.- Promover la educación gremial, técnica y general de sus asociados;

7.- Canalizar inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo;

8.- Propender al mejoramiento de sistemas de prevención de riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, sin perjuicio de la competencia de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, pudiendo además, formular planteamientos y peticiones ante éstos y exigir su pronunciamiento;

9.- Constituir, concurrir a la constitución o asociarse a mutualidades, fondos u otros servicios y participar en ellos. Estos servicios pueden consistir en asesorías técnicas, jurídicas, educacionales, culturales, de promoción socioeconómica y otras;

10. Constituir, concurrir a la constitución o asociarse a instituciones de carácter previsional o de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica y participar en ellas;

11.- Propender al mejoramiento del nivel de empleo y participar en funciones de colocación de trabajadores, y

12.- En general, realizar todas aquellas actividades contempladas en los estatutos y que no estuvieren prohibidas por ley”.

385 Artículo 267: “Sin perjuicio de las finalidades que el artículo 220 reconoce a las organizaciones sindicales, las federaciones o confederaciones podrán prestar asistencia y asesoría a las organizaciones de inferior grado que agrupen”.

386 Artículo 284: “Son finalidades de las centrales sindicales:

1) Representar los intereses generales de los trabajadores de las organizaciones afiliadas ante los poderes públicos y las organizaciones empresariales del país. En el nivel internacional esta función se extenderá a organismos sindicales, empresariales, gubernamentales y no gubernamentales y, especialmente, a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás organismos del sistema de Naciones Unidas.

2) Participar en organismos estatales o no estatales de carácter nacional, regional, sectorial o profesional, y abocarse a todo otro objetivo o finalidad que señalen sus estatutos que no sea contrario a la Constitución Política de la República o a la legislación vigente y que se inserte dentro de los fines propios y necesidades de las organizaciones de base”.

los derechos que de ellos nazcan; asumir la representación del interés social comprometido por la inobservancia de las leyes de protección establecidas en favor de sus afiliados; y representar a sus afiliados sin necesidad de requerimiento de los afectados en el ejercicio de los derechos emanados de los instrumentos colectivos de trabajo.

Siempre con dicha representatividad, el Código del Trabajo reconoce que los sindicatos podrán actuar como parte en los juicios o reclamaciones a que den lugar la aplicación de multas u otras sanciones y actuar como parte en los juicios o reclamaciones, de carácter judicial o administrativo, que tengan por objeto denunciar prácticas desleales, a través del procedimiento de tutela de derechos y según se trató en el capítulo respectivo (220 N° 4). Cabe destacar en este contexto que, el sindicato podrá requerir de tutela invocando un derecho o interés legítimo, cuando considere lesionado un derecho fundamental en el ámbito de las relaciones laborales; interponer denuncia por violación de derechos fundamentales y actuar como parte principal, en defensa de sus afiliados víctimas de dichos atentados, con excepción del despido vulneratorio del artículo 489 del Código del Trabajo. De igual forma, el sindicato puede hacerse parte como tercero coadyuvante, directamente o por intermedio de la organización de grado superior respectiva (federación o confederación) en acciones de tutela incoadas por sus asociados.

Otra finalidad es la de fiscalización, por constituir un contrapeso esencial en las relaciones laborales y más allá de lo que pueden hacer los tribunales o la Dirección del Trabajo, pues solo la presencia sindical en la empresa permite un real contrapeso para los trabajadores. Es así que el Código del Trabajo establece como finalidad velar por el cumplimiento de las leyes del trabajo o de la seguridad social y denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales (artículo 220 número 3 Código del Trabajo).³⁸⁷

Sobre los *tipos de sindicatos*, se distinguen las siguientes categorías: a) Sindicato de trabajadores de empresa, que agrupa solo a trabajadores de una misma empresa. b) Sindicato de trabajadores interempresa, definido como aquel que reúne como mínimo a trabajadores de dos o más empleadores distintos, caso en el cual el artículo 230 del Código del Trabajo establece que los socios de este tipo de sindicatos pueden mantener su afiliación a ellos, aunque no se encuentren prestando servicios. c) Sindicato de trabajadores independientes, concebido como aquel que agrupa trabajadores que no dependen de empleador alguno. d) Sindica-

387 Gamonal (2020b: 117-124).

to de trabajadores eventuales o transitorios, constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes (artículo 216 Código del Trabajo).

Desde el punto de vista de la *constitución de los sindicatos*, en el Código del ramo se contemplan una serie de requisitos y exigencias formales relacionadas con el quórum para su constitución, caso en el cual habrá que estarse a los tipos de sindicatos y al número de trabajadores que pertenecen a la empresa y si esta cuenta con más de un establecimiento, por ejemplo. También existen reglas relativas al acto constitutivo de los sindicatos; la obtención de la personalidad jurídica; la conformación de los estatutos de la organización sindical y el contenido de estos; y, las normas relacionadas con la organización interna del sindicato, dentro de las cuales destacan las relativas a la existencia de un directorio, de su composición, los requisitos para ser director sindical, la elección del directorio sindical, la duración en el cargo del director sindical y las facultades del directorio, el fuero sindical, entre otros.

En cuanto al *patrimonio sindical* dicha materia se encuentra regulada desde los artículos 256 y siguientes del Código del Trabajo. Por último, entre los artículos 295 a 298 del mismo Código se incluye la regulación referente a la *disolución* de los sindicatos.³⁸⁸

5. La huelga

Para efectos del desarrollo del presente capítulo, siguiendo a José Luis Ugarte Cataldo,³⁸⁹ a propósito de la relación entre la huelga y el derecho y de los diversos tránsitos históricos por los que ha atravesado su regulación, entenderemos la huelga como un derecho de la máxima jerarquía, esto es, tal como se ha dicho reiteradamente, como parte de un derecho fundamental denominado libertad sindical.

Este mismo autor define la huelga desde la perspectiva del derecho fundamental de la libertad sindical, como “toda acción colectiva de los trabajadores que busque alterar el proceso productivo, incluyendo tanto la suspensión total y concertada del trabajo, como cualquier conducta disruptiva de ese proceso, y cuya finalidad puede ser, salvo restricciones normativas expresas, cualquiera que fijen los trabajadores, incluyendo objetivos económicos generales o puramente políticos”.³⁹⁰ Este concep-

388 Lanata (2018: 57 y ss.).

389 Ugarte (2023b)

390 Ugarte (2016: 45).

to de huelga es innegablemente más amplio y moderno que el tradicional y restringido que entendía la huelga como la paralización concertada, total y colectiva de las labores en el proceso de negociación colectiva, reduciendo la huelga a una determina y única acción y al contexto del proceso de negociación institucionalmente establecido.

Se entiende la huelga como parte integrante de la libertad sindical, ya que, sin esta herramienta o mecanismo de presión, dada la disparidad de poder de la relación laboral, la negociación entre los trabajadores y el empleador no sería posible en un plano de igualdad mínimamente aceptable. Lo que motiva a las partes a hacer concesiones es la posición de la contraria basada en sus propios intereses. De manera que la posibilidad de paralización y, por tanto, la afectación de la producción es lo que garantiza una negociación efectiva y facilita el desenvolvimiento de la acción sindical mediante la negociación del cuerpo de trabajadores, o sea, el ejercicio mismo de la libertad sindical.

A partir de esta noción, es posible afirmar que la huelga es *un derecho social* debido a su carácter colectivo y su finalidad distributiva. Aunque se considere que su titularidad recae en el trabajador individual, su ejercicio es necesariamente colectivo, como corolario de la finalidad relacionada con la igualdad efectiva de los trabajadores y empresarios.

De igual forma, la huelga *expresa la dimensión conflictiva de la relación laboral*, y sirve, además, como un mecanismo de presión sobre la contraparte de la relación laboral.

En tanto *derecho fundamental*, su reconocimiento en los textos constitucionales refleja los vaivenes en su configuración constitucional a lo largo del tiempo. Dado su estrecho vínculo con su naturaleza como derecho fundamental, es crucial que las posturas interpretativas sobre normativas relacionadas con este derecho se realicen de manera que cualquier conducta interpretada en relación con el reconocimiento constitucional se entienda como parte de ese derecho. Esto implica que el derecho a huelga está sujeto a la aplicación del principio *pro persona* o *pro homine*, lo que supone hacer una lectura amplia de las disposiciones que establecen derechos fundamentales para cubrir un espacio extendido de la realidad. Es a esto a lo que nos referimos cuando calificamos el concepto de huelga de Ugarte como moderno, ya que asume la huelga como parte del derecho fundamental, por lo que su ejercicio no puede estar limitado al proceso de negociación colectiva reglada, sino que será un mecanismo legítimo de ejercicio de la acción sindical como expresión de la libertad sindical, con los límites que el derecho le imponga, pero siempre en consideración a su naturaleza de derecho fundamental.

No obstante lo anterior, la huelga en la negociación colectiva reglada, tiene un espacio determinado por el legislador, cuestión imposible de desconocer, lo que no obsta a su ejercicio legítimo incluso más allá de la negociación colectiva.

Como corolario de su condición de derecho fundamental, la huelga tiene consecuencias significativas en dos cuestiones centrales de su estructura jurídica como norma: sus condiciones de aplicación y sus consecuencias jurídicas. En este contexto, el contenido de la huelga como derecho fundamental implica el reconocimiento del interés jurídico de proporcionar a los trabajadores un mecanismo de presión eficaz para hacer frente a la situación de subordinación inherente a la relación laboral.

De otra parte, desde un punto de vista pasivo, se establecen prohibiciones de intervención e interferencia en el ámbito de acción de los trabajadores y en el uso de la huelga como mecanismo de presión. Estas prohibiciones imponen limitaciones al empleador, que incluyen la prohibición de:

- Reemplazar la función de los trabajadores en huelga con trabajadores contratados para dichos efectos.
- Reemplazar la función de los trabajadores en huelga con trabajadores propios de la empresa.
- Reemplazar la función de los trabajadores en huelga con medios informáticos y/o telemáticos.
- Reemplazar la función de los trabajadores en huelga con la prestación de servicios en modalidad de contratación o subcontratación o de suministro de trabajadores.
- Adoptar cualquier medida que neutralice o minimice la eficacia de la presión de la huelga, lo que se ha denominado *deber de no injerencia*.

En relación con este punto y los posibles conflictos entre la huelga y los derechos económicos y constitucionales del empleador, Ugarte propone que se aborde como una restricción externa a la huelga. Desde el punto de vista jurídico, esto implica el uso de la metodología argumentativa del Test de Proporcionalidad. Esto implica la comparación entre el grado de afectación que pueda causar el potencial daño infligido por la huelga a los intereses del empleador y la importancia de dicho daño para la productividad.

5.1. Huelga en el derecho chileno

En coherencia con su condición de derecho fundamental, la ley N° 20.940 estableció que el reemplazo de trabajadores en huelga es una práctica antisindical, pasando de estar permitido expresamente a ser prohibido por la ley (artículo 345 inciso 2°).

Asimismo, el régimen jurídico de la huelga en Chile debe ser descrito como el de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Por regla general, su ejercicio es lícito en cualquiera de sus modalidades y estadio de la relación laboral, y con la finalidad de expresar una protesta laboral.

Excepcionalmente, este derecho fundamental reconoce una restricción para una específica modalidad regulada legalmente, como es el caso de la huelga típica en el marco de una negociación colectiva de las que la ley califica como regladas y sólo en ese caso, la abstención colectiva de trabajar debe sujetarse a las reglas procedimentales fijadas por la ley.

De esta manera, la huelga sólo puede ser considerada ilegal en las hipótesis específicas que regulan las siguientes normas legales: la huelga típica que se enmarque dentro del tipo penal del artículo 11 de la ley de Seguridad Interior del Estado; la huelga típica en la hipótesis de los trabajadores que se encuentran en una negociación colectiva reglada y que no pueden declararse en huelga como lo dispone el artículo 362 del Código del Trabajo; la huelga típica en el caso de trabajadores que se encuentran dentro de un proceso de negociación colectiva reglada y que no la sujeten al procedimiento previsto en las reglas legales respectivas; y, la huelga típica en el caso de trabajadores con contrato por obra o faena transitoria que se encuentren dentro de un proceso de negociación colectiva reglada.

En particular, en cuanto al contenido pasivo del derecho de huelga en el derecho chileno, está constituido por el conjunto de prohibiciones que derivan de su reconocimiento constitucional como mecanismo de presión eficaz a favor de los trabajadores y trabajadoras, y que son los siguientes: prohibición de adoptar represalias contra los trabajadores por el ejercicio del derecho a huelga (garantía de indemnidad de la huelga); prohibición de adoptar diferencias de trato laboral en razón del ejercicio del derecho de huelga (garantía de no discriminación), y, prohibición de adoptar medidas que prohíban de eficacia a la huelga como mecanismo de presión (deber de no neutralizar la presión de la huelga).

5.2. Huelga y negociación colectiva reglada

Se trata de un tipo de huelga que tiene tres características: es típica, contractual y reglada. Típica, ya que trata de la suspensión colectiva y total de la prestación de servicios por los trabajadores; contractual, en tanto tiene por objeto la celebración de un contrato colectivo; y reglada, porque se encuentra expresamente regulada por la ley en el marco de un procedimiento de negociación colectiva reglado.

En dicho contexto, la regulación anunciada se aboca a establecer una serie de condiciones previas que el sindicato o los sindicatos involucrados en la negociación colectiva deben imperativamente cumplir, siendo ilustrativo lo dispuesto al efecto en el artículo 345 del Código del Trabajo.

También, se regula lo atinente a la oportunidad y votación de la huelga; su ejercicio y los plazos para hacerla efectiva; su ejecución; y, la reincorporación individual y el término de la huelga.

Además, existe regulación legal en cuanto al establecimiento del *lock-out* como derecho del empleador, una vez iniciada la huelga, en el artículo 353 del Código del Trabajo y el establecimiento de *servicios mínimos*.

Desde el punto de vista de los *efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y el aspecto patrimonial*, cabe precisar que la huelga tiene como efecto principal la suspensión del contrato de trabajo, por lo que una vez terminada, los trabajadores deben ser reintegrados a sus funciones en idénticas condiciones a las existentes antes del ejercicio del derecho a huelga.

Las consecuencias que se derivan del efecto suspensivo de la huelga son las siguientes: el empleador ve suspendida su obligación principal de pagar la remuneración a los trabajadores huelguistas; se suspende la obligación de pago de las cotizaciones de seguridad social; el empleador, dada la suspensión del vínculo contractual, no está obligado a tramitar las licencias médicas presentadas por los trabajadores en huelga; respecto del feriado legal y proporcional, en el caso del feriado legal, la suspensión del vínculo contractual no incide en su otorgamiento ni en el pago de la remuneración por el tiempo que se extienda y, en el caso del feriado proporcional, los días durante los que se haya extendido la huelga no pueden ser computados. De igual forma, la suspensión del contrato de trabajo no afecta a la antigüedad del trabajador; la suspensión del contrato de trabajo habilita los trabajadores para realizar trabajos temporales; el empleador durante la huelga no puede decretar el feriado

colectivo; y, el empleador debe otorgar durante la huelga el beneficio de sala cuna.

Por último, en referencia a los *efectos de la huelga en las facultades del empleador*, cabe destacar la *prohibición de reemplazo*, establecida en el artículo 345 del Código del Trabajo y que en doctrina se identifica como la recepción parcial del deber de no neutralizar la presión de la huelga, lo que supone entenderla como un derecho fundamental y como una manifestación concreta del legislador laboral en orden a proteger la eficacia de la huelga.

De lo anterior, se sigue que, la prohibición del reemplazo debe ser leída en clave de derecho fundamental, a partir de lo cual, debe considerarse una contravención a la prohibición de reemplazo cualquier conducta empresarial que logre dejar sin contenido al derecho de huelga como mecanismo de presión. Nos remitimos a lo señalado a propósito de las limitaciones impuestas al empleador, en relación con las prohibiciones de intervención e interferencia en el ámbito de acción de los trabajadores y en el uso de la huelga como mecanismo de presión.

Bibliografía

- Alonso, Manuel y Casas, María Emilia (2006). *Derecho del Trabajo*, vigésimo cuarta edición. Cizur Menor, Thomson Aranzadi.
- Barnes, Javier (1994). “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”. *Revista de Administración Pública*, Núm. 135, septiembre-diciembre 1994. Disponible en: [file:///C:/Users/categ/Downloads/Dialnet-IntroduccionAlPrincipio-DeProporcionalidadEnElDerec-17251%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/categ/Downloads/Dialnet-IntroduccionAlPrincipio-DeProporcionalidadEnElDerec-17251%20(2).pdf) [visitado el 1-3-2024].
- Baylos, Antonio (1991). *Derecho del Trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta.
- Bernal, Carlos (2010). “La Ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica”. *Estudio Preliminar del libro de T. Alexander Aleinikoff El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra.
- Biagi, Marco y Tiraboschi Michele (2007). *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, cuarta edición. Milán: Giuffrè.
- Biblioteca del Congreso Nacional. Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo (2003). “El Acoso Moral en la Legislación Extranjera”. Valparaíso.
- Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis (2014) “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”. *Revista Ius et Praxis* Año 20 N° 1 (Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales). Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf> [visitado el 1-3-2024].
- Caamaño, Eduardo y Varela, Andrés (2022). *Esquemas de Derecho Individual del Trabajo en Chile*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Castro, José Francisco (2020). *La Protección de la Intimidación del Trabajador*. Santiago, Ediciones Der.
- Castro, José Francisco (2012). “La Garantía o Derecho de Indemnidad Laboral y su Relación con la Prueba Indiciaria”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Vol. 3, No 6.

- Cristancho, Laura (2022). “El concepto de trabajo: perspectiva histórica”. *Secuencia* (112), e1827. doi: <https://doi.org/10.18234/secuencia.v0i112.1827>
- Contardo, Juan Ignacio (2009). “Barrientos Zamorano, Marcelo (2008), Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato (Santiago, LegalPublishing) 162 pp”. *Revista Chilena de Derecho (Valdivia)* XXXVI (2), agosto 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000200011&script=sci_arttext> [visitado el 2-12-2023].
- Correa, Rodrigo (2004). “En Defensa de una Aplicación Exclusivamente Vertical de los Derechos Constitucionales”. *Trabajo inédito* basado en la ponencia presentada el 13 de enero de en el VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional (Santiago de Chile).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14_2021.pdf [visitado el 4-03-2024]
- Couturier, Gérard (1996). *Droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail*. París: PUF.
- Cristancho, Laura (2022). “El concepto de trabajo: perspectiva histórica”. *Secuencia* (112), e1827. doi: <https://doi.org/10.18234/secuencia.v0i112.1827>
- De la Villa, Luis Enrique y López, Lourdes (2003). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Dworkin, Ronald (1999). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Ermida, Óscar (1989). *Modificación de Condiciones de Trabajo por el Empleador*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Escribar, Héctor (1968). “La Estabilidad en el Empleo”. *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en Homenaje al Profesor don Francisco Walker Linares*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Evans, Enrique (2004). *Los Derechos Constitucionales* Tomo II, 3ª edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Fernández, Miguel Ángel (2001). *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*. Santiago: ConoSur.
- Ferreres, Víctor (2001). “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: SELA.
- Galiana, Jesús (1978). *El Contrato de Trabajo en el Derecho Inglés*. Barcelona: Bosch.
- Gamonal, Sergio (2021). *Derecho Individual del Trabajo. Doctrina, Materiales y Casos*. Santiago: Der.
- Gamonal, Sergio (2020a). *Fundamentos de derecho laboral*, quinta edición actualizada. Santiago: Der.
- Gamonal, Sergio (2020b). *Derecho Colectivo del Trabajo*, 3ª edición actualizada. Santiago: Der.
- Gamonal, Sergio (2013). *El ABC del Contrato de Trabajo*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Gamonal, Sergio (2008). *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, segunda edición revisada y actualizada. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Gamonal, Sergio (2005). “Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2003”, Corte Suprema, Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2.
- Gamonal, Sergio (2004a). “Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena”. *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* N° 3. Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Gamonal, Sergio (2004b). “Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos”, Cuadernos de Fundación Derecho del Trabajo y la Seguridad Social N° 6. Montevideo: Fundación de Cultura Económica.
- Gamonal, Sergio (1998). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Santiago: ConoSur.
- Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina (2020). *La Tutela de Derechos Fundamentales en el Derecho del Trabajo*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Santiago: Der.
- Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina (2015). *Manual del Contrato de Trabajo*, cuarta edición revisada y aumentada. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.

- Gamonal, Sergio y Pino, Alberto (2024). “La dignidad humana y la defensa de los derechos fundamentales del trabajador”. *Revista Latinoamericana De Derecho Social*, 1(38), p. 3-38. <https://doi.org/10.22201/ij.24487899e.2024.38.18934>
- Gamonal, Sergio y Prado, Pamela (2008). “El suministro de trabajadores en la Nueva Ley N° 20.123: acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación”. *Revista Laboral Chilena*, agosto 2008.
- Gamonal, Sergio y Prado, Pamela (2006). *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*. Santiago: LexisNexis.
- García, William, Lagos, Catalina, Sarmiento, Claudia y Walker, Elisa (2023). *Acoso Sexual, Acoso Moral y Discriminación en el Contexto Laboral*. Santiago: Der.
- Guidi, Caterina (2023). *Teletrabajo, trabajo a distancia y nuevas formas de organización. Actualizado con la Ley N° 21.561*. Santiago: Der.
- Guidi, Caterina (2006). “El Acoso Moral o Psicoterror en el Ámbito Laboral”. *Revista de Derecho de la Empresa* N° 6, abril-junio. Santiago, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez.
- Halpern, Gabriel (2024). *Acoso laboral en Chile. Análisis dogmático de los conceptos y el procedimiento para el sector privado*. Santiago: Der.
- Hirigoyen, Marie-France (2001). *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Buenos Aires: Paidós.
- Irureta, Pedro (2023). *Derecho del Trabajo Chileno. Derecho Individual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Iturriaga, Camilo (2016). “Los Actos de Discriminación en las Entrevistas de Trabajo y la Acción de Tutela Laboral”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol. IV N° 1* (Santiago).
- Lanata, Gabriela (2018). *Sindicatos y Negociación Colectiva*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Lizama, Luis (2003). *Derecho del Trabajo*. Santiago: LexisNexis.
- Jana, Andrés (2001). “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: SELA.
- Lizama, Luis y Lizama, Diego (2020). *El Derecho del Trabajo en las Nuevas Tecnologías*. Santiago: Der.
- Lizama, Luis y Lizama, Diego (2019). *Manual de Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Der.
- Lizama, Luis y Lizama, Diego (2024). *Compliance laboral en acoso y violencia en el trabajo*. Santiago: Der

- Lizama y Ugarte, José Luis (2009). *Nueva Ley de Acoso Sexual*, segunda edición. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Lizama, Luis y Ugarte, José Luis (2007). *Subcontratación y Suministro de Trabajadores*. Santiago: LexisNexis.
- Lizama, Luis y Ugarte, José Luis (2005). *Nueva Ley de Acoso Sexual*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Lizama, Luis y Ugarte, José Luis (1998). *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago, ConoSur.
- López, Diego (2010). *La Empresa como Unidad Económica*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Macchiavello, Guido (1986). *Derecho del Trabajo*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Melis, Christian y Sáez, Felipe (2009). *El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Melis, Christian y Sáez, Felipe (2000). *Derecho del Trabajo*, Tomo II. Santiago: ConoSur.
- Neves, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad del Perú.
- Palma, María do Rosario (2000). *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Depalma.
- Palomo, Diego, Cortez, Gonzalo y Delgado, Jordi (2021). *Proceso Laboral*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Persiani, Mattia y Proia, Giampiero (2008). *Diritto del Lavoro*. Padua: Cedam.
- Piñuel y Zabala, Iñaki (2005). “El mobbing o acoso psicológico en el trabajo”, en *Jurisprudencia Argentina II: Mobbing, el acoso psicológico en el ámbito laboral*”. Buenos Aires: LexisNexis.
- Plá, Américo (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*, tercera edición. Buenos Aires: Depalma.
- Plá, Américo (2015). *Los Principios del Derecho del Trabajo*, cuarta edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Prado Fernández, Juan Manuel (2014). “Tutela Laboral. Régimen de Subcontratación. Aplicación y Responsabilidad de la Empresa Principal”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Vol. II N° 2, (Santiago, Thomson Reuters Chile).

- Rodríguez, Jorge (1990). *La Negociación Colectiva* (Buenos Aires, Astrea)
- Rojas, Irene (2017). “Los derechos de libertad sindical en la Constitución Chilena”, *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. 30, N° 1
- Rojas, Irene (2016). *El Derecho del Trabajo en Chile, su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Rojas, Irene (2015). *Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Rojas, Irene (2014). “La Indemnización por Término de Contrato de Trabajo: Instrumento de Protección ante el Despido”. *Revista Ius et Praxis* Año 20 N° 1, p. 103. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art05.pdf> [visitado el 1-3-2024]
- Rojas, Irene (2004). *Manual de Derecho del Trabajo*. Santiago: Lexis-Nexis.
- Sierra, Alfredo (2010). “La Teoría de los Actos Propios en el Ámbito Laboral”, *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 18 (Santiago, Universidad de Los Andes).
- Supiot, Alain (1996). *Crítica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.
- Thayer, William (1984). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Thayer, William y Novoa, Patricio (2008). *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo*, Tomo III, quinta edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica.
- Toledo, Cesar (2013). *Tutela de la Libertad Sindical*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Ugarte, José Luis (2024). *Acoso en el trabajo y tutela*. Santiago: Der.
- Ugarte, José Luis (2023a). *Nuevo Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ugarte, José Luis (2023b). *Huelga y Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ugarte, José Luis (2020). “Informe en Derecho. Acoso Sexual y Sexista en el Trabajo: Revisión desde la Doctrina y Jurisprudencia”. Disponible en https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/proyectos/AcosoSexual/Informe_AcosoSexual_sexismo_042021.pdf [visitado el 1-3-2024]

- Ugarte, José Luis (2018). *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Ugarte, José Luis (2016). *Huelga y Derecho*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Ugarte, José Luis (2014). “El Grupo de Empresas en el Derecho Chileno: La Empresa Unitaria en Materia Laboral”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2014, Vol. II N° 3.
- Ugarte, José Luis (2009). “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, *Revista de derecho 33 (Valparaíso)*. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200005> [visitado el 1-3-2024].
- Ugarte, José Luis (2008). *La Subordinación en el Derecho Laboral Chileno*. Santiago: Legal Publishing Thomson Reuters.
- Ugarte, José Luis (2006). “La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento”, *Derecho Laboral*, Tomo XLIX N° 221, enero-marzo 2006, (Montevideo).
- Ugarte, José Luis (2004a). *El Nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Universitaria.
- Ugarte, José Luis (2004b). “Los Derechos Fundamentales y las Relaciones Laborales: en el Mundo de las Palabras”, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* N° 3. Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Venegas, Katusca (2023). “Naturaleza jurídica de la obligación de seguridad laboral frente al problema de la objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo: una interpretación como obligación de medios”. *Revista de Derecho* N° 42. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción.
- Venegas, María (2004). *Derechos Fundamentales y Derecho Privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons.
- Verdier, Jean-Maurice (1990). *Droit du travail*. París: Dalloz.
- Viscomi, Antonio (2002). “Il Mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti”. *Lavoro e Diritto* 1/2002.
- Vivanco Cisternas, Manuel (1994). *El Despido Laboral*. Santiago: Editorial Jurídica.

- Walker, Francisco (2003). *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Wank, Rolf (2000). “Ridefinire la Nozioni di Subordinazione? Il dibattito in Germania”. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* N° 86, año XXII.

Jurisprudencia Citada

Corte Suprema

- Medina con Garmendia Marcus S.A.* (2018): Corte Suprema 12 de abril de 2018 (unificación de jurisprudencia). ROL N° 18304.
- Cifuentes con Carrillo* (2018): Corte Suprema 26 de junio de 2018, (unificación de jurisprudencia, considerando séptimo). ROL N° 40700-2017.
- Vergara Suazo, Jorge con Gestión de Recursos Humanos Lida. EST* (2021): Corte Suprema 21 de octubre de 2021 (unificación de jurisprudencia) ROL N° 43586-2020.
- Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2014): Corte Suprema 30 de abril de 2014 (unificación de jurisprudencia). ROL N° 10972-2013.
- Abello Astete Jorge con Patagonia College Corporación Educativa* (2022): Corte Suprema, 24 de enero de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 119.688-20.
- Salgado Suazo con Toledo Niño y otros* (2011): Corte Suprema, 31 de mayo de 2011, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 8316-2010.
- Acuña con Congregación Misioneras de la Sagrada Familia* (2014): Corte Suprema, (unificación de jurisprudencia). ROL N° 6634-2013.
- Lupallante Cáceres Claudia con Salcobrand S.A.* (2022): Corte Suprema, 01 de marzo de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 52.908-2021.
- Bustos con Penta Vida CIA* (2023): Corte Suprema 06 de septiembre de 2023, (unificación de jurisprudencia) ROL 182.641-2023.
- Gomila con Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones Gomila Ltda.* (2013): Corte Suprema 24 de septiembre de 2013, (sentencia de nulidad que reemplaza en unificación de jurisprudencia) ROL N° 3687-2013.
- Espinoza y Otros con Sociedad Inmobiliaria e Inversiones Progreso Ltda.* (2022): Corte Suprema 20 de diciembre de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 91588-2021.

Emiliano Morales Sepúlveda y Otros con Servicios Industriales y Otros (2018): Corte Suprema 22 de febrero de 2018, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 30292-2027.

Rathgeb Valdebenito con Ruiz (2022): Corte Suprema 07 de mayo de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 18907-2021.

María Celedón Bravo con Servicio de Salud Arauco (2020): Corte Suprema 19 de agosto de 2020, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 23096-2019.

Rivera Maximiliano con Casino de Juegos Temuco S.A. (2020): Corte Suprema 27 de julio de 2020, (despido injustificado) ROL N° 25187-2019.

Khaterine Sanhueza y Otros con RYQ Ingeniería (2022): Corte Suprema 30 de noviembre de 2022, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 71845-2021.

Ruchichi Ferrada con Fisco de Chile (2014): Corte Suprema 12 de noviembre de 2014, (casación en el fondo) ROL N° 4142-2014.

Silva Carvacho con Industria y Comercial Adhesit Ltda. (2009): Corte Suprema 24 de noviembre de 2009, (casación forma y fondo) ROL N° 3985-2009.

Guerra con Inmobiliaria Hippocampus Viña del Mar S.A. (2019): Corte Suprema 20 de marzo de 2019, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 1073-2018.

Quinsacara Augusto con Corporación Municipal de Desarrollo Social de Lampa (2023): Corte Suprema 19 de octubre de 2023, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 50929-2022.

Muñoz Moreno con Comercial CCU S.A. (2023): Corte Suprema 18 de diciembre de 2023, (unificación de jurisprudencia) ROL N° 40802-2022.

Cortes de Apelaciones

Cabezas Keller con Ochenta Veinte Consultora Estratégica Ltda. (2012): Corte de Apelaciones de Santiago 22 de mayo de 2012 (recurso de nulidad). ROL N° 1037-2011.

Núñez con Fundación Educacional (2020): Corte de Apelaciones de San Miguel, 10 de enero de 2020, (recurso de nulidad) ROL N° 642-2019.

- Maldonado con Ingeniería, Manufactura y Montaje de Acero SPA* (2020): Corte Apelaciones Santiago 8 de abril de 2020, (recurso de nulidad) ROL N° 2413-2019.
- Celis con Heckle y Compañía Ltda.* (2021): Corte de Apelaciones de Antofagasta 28 de abril de 2021, (recurso de nulidad) ROL N° 31-2021.
- Urzúa con Banco de Chile* (2023): Corte de Apelaciones de Santiago 13 de marzo de 2023, (recurso de nulidad) ROL N° 1450-2022.
- Coronado con Sociedad de Transportes Barría Ltda.* (2022): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, (recurso de nulidad) ROL N° 357-2021.
- Morales con BHP Chile INC* (2024): Corte de Apelaciones de Santiago 11 de noviembre de 2024, (recurso de nulidad) ROL N° 2745-2023.
- Rojas González con Soluciones Alfálticas S.A.* (2022): Corte de Apelaciones de Antofagasta 28 de febrero de 2022, (recurso de nulidad) ROL ingreso N° 456-2021.

Juzgados De Letras

- Arredondo con Pedidos Ya Chile* (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción 15 de octubre de 2020, (reconocimiento de relación laboral). M-724-2020.
- Arancibia Araya con Corporación Colegio Alemán de Elqui* (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena 12 de abril de 2021 (no discriminación y libertad de trabajo) RIT T-29-2020.
- Fernández con Silvagno YC* (2010): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 19 de agosto de 2019, (garantía de indemnidad) RIT T-122-2010.
- Dirección Nacional del Trabajo con Cooperativa de Ahorro y Crédito Unión Aérea Limitada* (2016): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 28 de octubre de 2016, (acoso sexual) RIT T-706-2016.
- Dirección Regional del Trabajo con Komax S.A.* (2020): Segundo Juzgado de Letras de Santiago, 21 de abril de 2020, (no discriminación) RIT N° 1218-2019.
- Morris con Glaxosmithkline Chile* (2020): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, (acoso sexual) T-1774-2018.

Astorga con Ilustre Municipalidad de San Gregorio (2020): Juzgado de Letras Punta Arenas, (honra, integridad psíquica, no discriminación) T-29-2020.

Villegas con Comercializadora (2020): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 05 de mayo de 2020, (despido indirecto, daño moral) O-5244-2019.

Dirección del Trabajo con Méndez Soto (2010): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, (integridad psíquica y honra) T-16-2010.

Molina con Vial y Vives DSD S.A. y otro (2021): Juzgado de Letras de Arauco, 28 de septiembre de 2021, (despido injustificado). O-37-2020.

Wells Negrón con Comunidad Hospital del Profesor (2018): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 07 de junio de 2018, (acoso sexual, acoso laboral) RIT T-309-3018.

Provoste con Concreto Ingeniería (2022): Segundo Juzgado de Letras de Quillota 02 de noviembre de 2022, (integridad psíquica) en causa RIT T-11-2022.

Rivera con Administradora de Supermercados Hiper Ltda. (2023): Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles 23 de enero de 2022, (integridad psíquica, honra) RIT T-35-2022.

Sindicato Interempresa FCAB con Ferrocarriles de Antofagasta a Bolivia (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta 05 de noviembre de 2018, (declaración de único empleador) RIT O-173-2018.

Sindicato Interempresa con Codelco (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Calama 08 de noviembre de 2013, (no discriminación) T-30-2013.

Orisman con Sportlife S.A. (2022): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago 22 de diciembre de 2023, (despido injustificado) RIT M-2559-2021.

Rodríguez con Fundación de Instituto (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto 08 de mayo de 2019, (no discriminación, excepción de finiquito) T-64-2019.

Tribunal Constitucional

Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad artículos 1 y 485 del Código del Trabajo (2018): Tribunal Constitucional 06 de diciembre de 2018, ROL N° 3853-2017.

Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad artículo 323 del Código del Trabajo (2023): Tribunal Constitucional ROL N° 13.175-222.

Requerimiento de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma (2002): Tribunal Constitucional, 08 de abril de 2002, ROL N° 643-2002.

Dictámenes y Circulares de la Dirección del Trabajo

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 8177/331, de 18 de diciembre de 1995.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 7878/392, de 26 de diciembre de 1997.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 2524/141 de 23 de mayo 1999.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 3840/194 de 18 de noviembre de 2002.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 2390/01 de 5 de junio de 2004.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 3704/134 de 11 de agosto de 2004.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1133/36 de 21 de marzo 2005.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 4354/059 de 29 de octubre 2009.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 3519/034 de 9 de agosto de 2012.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 3406 de 03 de septiembre de 2014.

Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 362/19, de 7 de junio de 2024.

Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008.

Derecho laboral sustantivo
de Caterina Guidi y Víctor Riffo



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes

