



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Laboral

**LOS DERECHOS DE LA EMPRESA EN EL NUEVO  
PROCEDIMIENTO LABORAL**

Memoria para optar al Título Profesional de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales

CARLOS VAILLANT GAJARDO

Profesor Guía:

RICARDO JURI SABAG

Santiago, Chile

2010

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: MARCO GENERAL Y NORMATIVO EN QUE SE DESENVUELVE EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL .....</b>	<b>4</b>
1. MARCO GENERAL DEL NUEVO SISTEMA LABORAL .....	6
1.1. <i>Principales contenidos de la reforma al procedimiento laboral</i> .....	9
2. MARCO NORMATIVO DEL NUEVO SISTEMA LABORAL .....	15
2.1. <i>Reglas Comunes en los Nuevos Procedimientos</i> .....	15
2.1.1. Carácter supletorio del Código de Procedimiento Civil .....	15
2.1.2. Comparecencia .....	16
2.1.3. Plazos .....	16
2.1.4. Notificaciones .....	16
2.1.5. Medidas Cautelares .....	20
2.2. <i>Características del Procedimiento General</i> .....	22
2.2.1. Etapas del Procedimiento .....	22
2.2.2. Pronunciamiento .....	23
2.2.3. Audiencia Preparatoria .....	24
2.2.4. Audiencia de Juicio .....	31
3. FUNCIONAMIENTO DE LA DEFENSORÍA LABORAL .....	38
3.1. <i>Misión y rol Institucional</i> .....	39
4. DERECHOS QUE POSEEN LOS TRABAJADORES EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL .....	40
4.1. <i>Los derechos fundamentales del trabajador y su tutela efectiva</i> .....	43
4.1.1. El nuevo procedimiento de tutela laboral .....	45
4.1.2. La acción de tutela de derechos fundamentales: reglas básicas .....	46
4.1.3. La lista de derechos fundamentales .....	48
4.1.4. Las reglas sobre la prueba .....	51
4.1.5. Rol de la empresa en el Procedimiento de Tutela .....	54
<b>CAPÍTULO II: DERECHOS DE LAS EMPRESAS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL .....</b>	<b>56</b>
1. EL CONCEPTO DE EMPRESA EN EL DERECHO DEL TRABAJO. ....	57

1.1. La definición legal. ....	59
1.2. La jurisprudencia administrativa y judicial.....	60
1.3. La propuesta de modificación del legislador del año 2001 .....	61
1.4. La configuración de una infracción laboral especial .....	62
1.5. Los grupos de empresas en el sistema de relaciones laborales.....	63
2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS EMPRESARIOS.....	64
2.1. El empleador en la relación laboral .....	64
2.1.1. Obligaciones del empleador .....	65
2.1.2. Los deberes del empleador al terminar la relación contractual .....	66
2.1.3. Derechos del empleador .....	69
2.1.3.1. La facultad de mando del empleador .....	69
2.1.4. El deber de obediencia del trabajador .....	77
2.1.4.1. La colisión entre derechos fundamentales en el ámbito laboral y la ponderación. ....	81
2.1.4.2. El principio de proporcionalidad: el equilibrio en la ponderación .....	84
3. RESULTADOS OBTENIDOS POR LOS EMPLEADORES EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL Y SUS EFECTOS. ....	88
<b>CAPÍTULO III: PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL .....</b>	<b>95</b>
1. ¿QUÉ SON LAS PYME? .....	95
1.1. Principales Disposiciones de la Ley Nº 20.416:.....	97
1.2. Fiscalización y multas: .....	98
1.3. Relación con empresas grandes: .....	99
1.4. Apoyo a la reorganización o cierre:.....	99
1.5. Producción Limpia:.....	99
1.6. Cambios institucionales:.....	99
2. LAS “PYMES” Y SU PAPEL EN EL NUEVO SISTEMA LABORAL. ....	100
2.1. Ministerio de Economía Fomento y Turismo y Pymes. ....	103
2.2. Proyectos de leyes respecto a la flexibilización laboral o aligeramiento de las normas laborales de las Pymes. ....	105
<b>CAPITULO IV: LEGISLACION Y EXPERIENCIA COMPARADA .....</b>	<b>109</b>

1. LOS EFECTOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO LABORAL: LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO .....	109
2. UTILIZACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES .....	111
3. PAÍSES EUROPEOS.....	112
3.1. <i>Pequeñas y medianas empresas en la Comunidad Europea</i> .....	113
3.2. <i>Evolución de las pymes europeas. 1988-2001</i> .....	114
3.3. <i>Flexibilidad laboral o aligeramiento de normas laborales</i> .....	115
3.3.1. Características del proceso flexibilizador o de aligeramiento europeo .....	116
3.3.2. Consecuencias jurídicas de la flexibilidad o aligeramiento en el cumplimiento de normas laborales.....	118
4. PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. ....	124
4.1. <i>Los contratos temporales</i> .....	124
4.2. <i>Flexibilización o aligeramiento en la Legislación Peruana</i> .....	125
4.2.1. La regulación laboral: de la economía positiva a la economía normativa .....	126
4.3. <i>Tendencias recientes en la legislación laboral</i> .....	128
4.3.1. Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MyPE) ...	129
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>133</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>138</b>

## RESUMEN

Es objetivo de este trabajo, realizar un análisis del nuevo procedimiento laboral chileno, y como este incide positiva o negativamente en el balance entre los derechos de los trabajadores y de las empresas, en específico respecto de las empresas de menor tamaño conocidas como PyMES.

Para ello, en un primer instante, nos es imperativo conocer el marco legal y normativo en el que se desenvuelve el nuevo procedimiento laboral, y respecto de este, en especial el funcionamiento de la Defensoría Laboral, y así de esta manera analizar concretamente el mayor impulso dado a los derechos de los trabajadores.

En una segunda instancia, nos convoca el interés de contrastar la situación antes mencionada, con los derechos que ostentan las empresas, realizando un análisis de ellos y de las obligaciones que a su vez los limitan, contemplando en definitiva el resultado e impacto que los empleadores (Empresas) han obtenido con la aplicación del nuevo procedimiento.

Se hace necesario advertir, que la aplicación de este nuevo sistema procesal laboral, puede provocar un claro desbalance en desmedro de aquellas empresas de menor producción y tamaño (PyMES), por lo que es preciso, atender y analizar sus especiales características, sobre todo, como se relacionan en el sistema laboral, con sus respectivas desventajas, complementando esto las políticas de aligeramiento que se han implementado por el Estado, para disminuir dichas desventajas.

Por último, se hace necesario recurrir a la experiencia extranjera en materias de aligeramiento o flexibilidad laboral, para poder concluir correctamente, si los esfuerzos legislativos son o han sido suficientes o significativos para disminuir las desventajas económicas que presentan las PyMES, siempre en el entendido que no se puede precarizar la situación de los trabajadores.

## INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva económica, el fundamento de la legislación laboral es la existencia de imperfecciones en el mercado que requieren de una intervención externa a los agentes para subsanarse. El Banco Mundial (1995) señala la existencia de cuatro razones para la intervención del Estado en el mercado laboral: la distribución desigual de poder en el mercado (se manifiesta, por ejemplo, en la existencia de tratos injustos en algunas empresas), la discriminación, la falta de información (como, por ejemplo, en asuntos de seguridad e higiene en el centro de trabajo) y la falta de seguros adecuados contra riesgos laborales (desempleo, incapacidad y vejez, entre otros). Así, por ejemplo, las contribuciones a la seguridad social y sistemas de salud mitigan los problemas de “miopía”, selección adversa y riesgo moral en una sociedad. La legislación contra la discriminación, por su lado, asume la existencia de prejuicios sociales o culturales que interfieren en las decisiones de contratación, afectando no sólo a los potenciales trabajadores víctimas directas del prejuicio, sino también a la sociedad en su conjunto al inducir un empleo subóptimo de sus recursos humanos. Por otro lado, la legislación laboral es concebida como una manera de asegurar que los individuos de una sociedad cuenten con derechos fundamentales mínimos. En tal sentido, se sostiene que la aparición de la legislación laboral “responde a una exigencia universalmente sentida de dignificación de las condiciones de vida de un porcentaje mayoritario de la población” (OIT, 1999: 13). Así por ejemplo - al margen de consideraciones económicas - en la práctica, las autoridades suelen imponer salarios mínimos sobre la base de criterios de distribución del ingreso y de su percepción de un salario digno. Las regulaciones del número máximo de horas o de los períodos vacacionales obligatorios, por su parte, velan por la “decencia” de los empleos. Si bien las condiciones bajo las cuales se considera digno a un empleo pueden variar por razones sociales o culturales, todas las legislaciones han sido concebidas con el objetivo de proteger algunas características del trabajo que las sociedades han considerado fundamentales en algún momento.

De esta manera, el consenso generalizado en la actualidad señala que la regulación laboral debe asegurar un balance entre la protección de los derechos fundamentales del trabajador y el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo (BID, 2004; OIT, 1999). Así, resulta necesario armonizar estas dos visiones, de manera que se tenga la eficiencia que el mercado impone a través de la libre competencia, como a su vez ciertos mecanismos básicos de protección social. El debate, por tanto, no es entre regular y no regular, sino sobre cómo regular mejor. Sin embargo, es así que surge el gran reto de la legislación laboral: la relación entre las condiciones para el funcionamiento eficiente del mercado laboral y la provisión de beneficios sociales, no es necesariamente armoniosa. Los códigos laborales - los instrumentos de regulación del mercado de trabajo – parten de un conjunto de premisas sobre cómo idealmente deben desenvolverse las relaciones individuales y colectivas de trabajo y prescriben derechos y obligaciones para ambas partes. A pesar del consenso sobre el balance entre protección y eficiencia al que se ha llegado, la legislación laboral en nuestro país – y, en general, en América Latina – ha sido concebida, en general, bajo el primero de estos objetivos. En esta dirección, se ha buscado asistir al trabajador, como la parte más débil de la relación, a través de provisiones que limiten la discreción del empleador y le impongan un conjunto de obligaciones mínimas. La ambivalencia de las figuras entre empleador y trabajador hace necesario la estructuración de un sistema normativo en un grupo social que prevea y de solución a los conflictos que eventualmente surjan de una relación entre estas figuras.

De esta manera, el derecho del trabajo presenta un aspecto distinto y que en este último tiempo se ha ido acrecentado, el que dice relación a la función de protección y tutela de los derechos laborales, que como se señaló, deriva de las relaciones asimétricas entre las partes contratantes de una relación laboral, en las que existe una parte fuerte (el empleador) y una parte débil (el trabajador). De hecho se desprende que la acción tutelar normativa a favor de una de las partes en una relación laboral tendrá como contrapartida la restricción de actividades y beneficios de la otra.

Nuestro Derecho laboral actual contiene una función tutelar hacia al trabajador, tendiendo sus normas a restringir las actividades de la “empresa” con la finalidad de

proteger a la parte débil frente a la fuerte. En donde el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ha alcanzado su clímax con la promulgación de la Ley N° 20.087 de 2006, la cual introduce un cambio radical en el sistema procesal laboral de nuestro país, estableciendo un nuevo procedimiento laboral general y conjuntamente un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales cuando estos han sido vulnerados por el empleador. Cabe preguntarse en este escenario ¿Cuáles son los derechos de las empresas? Y ¿si estos se encuentran consagrados y protegidos igualmente en una normativa garantista?. Preguntas que merecen un análisis y una respuesta orientada a tener en cuenta todos los factores que inciden en nuestro sistema laboral y económico, en los cuales los puntos de intercepción entre estos, son abundantes en una economía moderna enmarcada en un Estado Constitucional de Derecho.



## **CAPÍTULO I: MARCO GENERAL Y NORMATIVO EN QUE SE DESENVUELVE EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL**

Hace más de una década, Chile comenzó a experimentar una serie de cambios destinados a la modernización de la justicia, los antecedentes que dieron lugar a la promulgación de leyes que fueron el sustento de la reforma laboral, fue el consenso a nivel de los ciudadanos y de los operadores del derecho laboral, de las falencias del actual sistema de justicia. Estos problemas pueden ser resumidos en la falta de equidad, de celeridad, de vigencia normativa y de efectividad que impera en la actualidad<sup>1</sup>, a lo anterior se suma la intención de contar con una economía moderna, pero simultáneamente, con mejores relaciones laborales en las empresas, cuyo objetivo es asegurar progresivamente adecuados niveles de bienestar económico y social, armonizando iniciativas para fomentar el necesario desarrollo económico con grados importantes de equidad social y dignidad para todos sus ciudadanos, especialmente para aquellos más humildes. Para esto se asignó a los temas del trabajo mayor importancia, comprometiéndose firmemente con una modernización del mundo laboral que incentive la creación de empleo que beneficie a los trabajadores, que erradique toda forma de discriminación, que promueva el pleno respeto y el diálogo entre las partes sociales y fortalezca la competitividad de nuestra economía<sup>2</sup>. Lo anterior supone que debía existir un respeto pleno y cabal a los derechos de los trabajadores, para ello se crearon mecanismos eficientes y accesibles de protección de los derechos sustantivos consagrados, a fin de que el reconocimiento normativo de tales derechos, no se transformase con el tiempo en letra muerta ni en logros meramente programáticos. También dentro de sus materias se intentó abarcar temas de creciente interés ciudadano como es la preocupación por el empleo, además de proponer alternativas detalladas para incorporar mayores grados de flexibilidad en las empresas, estimular la capacitación de los trabajadores y promover el pleno reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores,

---

<sup>1</sup> *Reformas en marcha*, Ministerio de Justicia unidad de Reformas Judiciales 2010. pag 2

<sup>2</sup> *MENSAJE N° 136-343, SANTIAGO*, noviembre 16 de 2000, información disponible en la pagina virtual del congreso nacional. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf>. consultada el día 7 de marzo de 2010.

considerando a estos últimos como pilar esencial para avanzar hacia modelos de relaciones laborales caracterizados por mayores niveles de equilibrio y cooperación entre las partes.

Por lo anterior, fueron destinados importantes esfuerzos con el fin de establecer en nuestro país un sistema que fuese eficiente y accesible de justicia laboral, que asegure no sólo una justicia más expedita y pronta, sino por sobretodo otorgue una eficaz y adecuada defensa de los derechos de los trabajadores en litigio, quedando reforzada la protección laboral a favor de la “parte débil”. En ese contexto, se aprobaron un conjunto de proyectos de ley, con el fin de establecer, por una parte, un nuevo procedimiento en materia laboral y, por otra, un nuevo diseño orgánico acorde a las necesidades de esta nueva justicia, integrando, además, la creación de los denominados tribunales de cobranza laboral y previsional en las principales ciudades de nuestro país. Dichos proyectos se transformaron, luego de su correspondiente trámite constitucional, en las actuales leyes N° 20.022, que establece una nueva orgánica en materia laboral, N° 20.023, que crea los juzgados de cobranza laboral y previsional, N° 20.087 que establece un nuevo procedimiento laboral y N° 20.260 cuyo objetivo es mejorar el procedimiento laboral regulado por la ley N° 20.087 y que sustituye el Libro V del Código del Trabajo, perfeccionando aquellos aspectos que han motivado ciertas inquietudes por parte de diversos actores vinculados, tanto al mundo del trabajo, como a los operadores del sistema.

Todas estas leyes tienen la intención de establecer un moderno sistema de solución de conflictos en materia laboral, el que, reconociendo como principios formativos, la oralidad, la intermediación y la celeridad, tiende a asegurar una administración de justicia más transparente, más eficaz, y de mejor calidad.<sup>3</sup>

El procedimiento de tutela establecido por la ley 20.087 viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso, al interior del contrato de

---

<sup>3</sup> Información obtenida de la pagina virtual del Congreso Nacional <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20252/HL20252.pdf> (consultada el día 7 de marzo 2010)

trabajo, insertando elementos que en teoría tienden a perfeccionar las relaciones laborales, además de establecer los marcos de protección a los trabajadores, tanto en su calidad de tales, cuanto en la de ciudadanos, lo que pasa necesariamente por un sistema de administración de justicia laboral eficiente y eficaz<sup>4</sup>.

El modelo y los principios rectores del procedimiento contenido en la ley N° 20.087, siguen de cerca el espíritu de las demás reformas introducidas recientemente en otros ámbitos de la administración de justicia, se orientan a permitir a los demandantes de justicia laboral, ver satisfechas a plenitud y en forma oportuna sus expectativas de solución jurisdiccional, logrando así la efectiva tutela de los derechos, tanto de trabajadores como de empleadores en sede jurisdiccional. Se consideró que lo expuesto resulta indispensable para lograr un modelo de relaciones laborales que presente mayores niveles de equidad, asegurando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores y además se su eficiencia inmediata o directa en cuanto a la acción procesal que ejerce el trabajador en contra de otro particular involucrado en la relación laboral, es decir el empleador o en este caso la empresa.

## **1. MARCO GENERAL DEL NUEVO SISTEMA LABORAL**

Como se señaló, la actividad legislativa de este último tiempo se ha destinado a un perfeccionamiento de la legislación laboral, dando especial énfasis a una mayor cobertura de protección de los derechos de los trabajadores tanto a nivel previsional, como los de tutela propiamente tal, siendo en definitiva, los objetivos de la reforma laboral iniciada en el año 2003, compuesta por tres cuerpos normativos, Ley N° 20.022, Ley N° 20.023 y Ley 20.087, establecer un nuevo procedimiento en materia laboral por una parte y por otra, implementar un nuevo diseño orgánico acorde a las necesidades de esta nueva justicia, asegurando a todos los trabajadores un adecuado acceso a una justicia laboral eficiente y expedita.

---

<sup>4</sup> *MENSAJE N° 455-354, SANTIAGO*, enero 5 de 2007, información disponible en la pagina virtual del congreso nacional. <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf> consultada el día 7 de marzo de 2010.

En el Diario Oficial del día 03 de Enero del año 2006, se publicó la ley 20.087, que modificó el procedimiento en los juicios laborales, pretendiendo una mayor agilización y resolución de los mismos. Con el nuevo proceso laboral, los juicios duran en promedio dos meses y medio, mucho menos que los 18 que tomaban con el sistema anterior, donde además era normal sumar otros seis meses de juicio ejecutivo en caso de que no se pagara inmediatamente lo decretado por el juez.<sup>5</sup> Esta ley introduce un cambio radical en el sistema procesal laboral de nuestro país, estableciendo un nuevo procedimiento laboral general y conjuntamente un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>6</sup>.

La reciente reforma al procedimiento laboral<sup>7</sup>, contiene una serie de cambios sustantivos, asignando al Juez del Trabajo un rol activo en el proceso, de lo que dan cuenta los principios de la intermediación y el impulso procesal de oficio. Complemento sustantivo de esta reforma, lo constituye el incremento en el número de Jueces tanto del trabajo, así como la creación de los juzgados de cobranza laboral y previsional.

El nuevo proceso laboral cuyas características son la oralidad, intermediación y la publicidad, entre otras, tiene por objetivo central poner término a la dilatación de los juicios laborales<sup>8</sup>, característica, ésta última, que sin duda afectaba a ambas partes del juicio, obviamente, en una mayor medida al trabajador, pero en casos específicos adquiere especial trascendencia para el empleador, como por ejemplo ocurre en la figura de la nulidad del despido, la cual al operar suspende la relación laboral en lo que dice relación a los efectos remuneratorios, ordenando al empleador a pagar todas

---

<sup>5</sup> [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/reforma-procesal-penal-2](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/reforma-procesal-penal-2).

<sup>6</sup> pagina virtual de la Dirección del Trabajo (en línea) <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/printer-94858.html> (consultada 7 de enero de 2010).

<sup>7</sup> Ley 20.087, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de enero de 2006, modificada por las leyes 20.252 y 20.260, publicadas en los Diarios Oficiales de fecha 15 de febrero de 2008 y 29 de marzo del mismo año, respectivamente, ha entrado en vigencia el 31 de marzo de 2008 en las regiones III y XII. En las restantes regiones entrará en vigencia de acuerdo al siguiente calendario: en las Regiones I, IV, V y XIV el 31 de octubre de 2008, en las Regiones II, VI, VII y VIII el 30 de abril de 2009, en la Región Metropolitana el 31 de agosto de 2009 y en las Regiones IX, X, XI y XV el 30 de octubre de 2009.

<sup>8</sup> pagina virtual de la Dirección del Trabajo (en línea) <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/printer-94858.html> (consultada 7 de enero de 2010).

las remuneraciones y demás prestaciones de seguridad social desde la fecha del despido hasta que el empleador entere el pago de las cotizaciones previsionales<sup>9</sup>. En este tipo especial de nulidad el interés del empleador en la agilidad del proceso laboral adquiere especial importancia, dado que el efecto extensivo de la remuneración del trabajador hasta el entero total del pago de cotizaciones requiere de un procedimiento concentrado y rápido.

Por su parte, es de relevancia mencionar la reforma instaurada por la Ley N° 19.759 del año 2001, la cual hace un reconocimiento explícito a la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que antes de esa ley, sólo se encontraba dicho reconocimiento en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo. La consagración definitiva de estos derechos en nuestra legislación laboral, vienen el año 2006 con la Ley 20.087, pero además existen otras leyes que inciden en estas materias, como la Ley N° 20.022, que establece una nueva orgánica en materia laboral, cuyo fin es llevar a efecto los objetivos de la reforma laboral; la Ley N° 20.023, que crea los juzgados de cobranza laboral y previsional, que se traduce en la institucionalidad necesaria y útil para implementar la reforma y; la Ley N° 20.260 cuyo objetivo es mejorar el procedimiento laboral regulado por la Ley N° 20.087 y que sustituye el Libro V del Código del Trabajo, perfeccionando aquellos aspectos que han motivado ciertas inquietudes por parte de diversos actores vinculados tanto al mundo del trabajo, como a los operadores del sistema. Todas estas leyes en definitiva tratan de profundizar los principios de celeridad y concertación, que resultan claves para la oportuna resolución del conflicto y reforzar el principio de inmediatez que inspira todo el proceso, entregando al juez del trabajo las herramientas que le permitan conocer directamente y a cabalidad la controversia que debe resolver. En el nuevo procedimiento el Juez tiene la responsabilidad de dirigir efectivamente el proceso, y preocuparse en cada etapa de que éste concluya en forma oportuna y efectiva, incluso en la etapa de cumplimiento del fallo, que no será ya responsabilidad del demandante sino del propio tribunal, sin olvidar el rol cautelar que le asigna la ley.

---

<sup>9</sup> Villalobos V Fernando, *¿Procede la Ley Bustos por no pago de Cotizaciones Voluntarias?* Consultaría Laboral LexisNexis.

Los Principios que inspiran esta nueva justicia laboral están en armonía directa con aquellos propugnados por la Reforma Procesal Penal y la Reforma a la Judicatura de Familia, en el sentido que el nuevo procedimiento laboral rescata y resalta los principios de o formativos de estos y que corresponden a:

1. Oralidad
2. Publicidad
3. Concentración
4. Inmediación
5. Impulso procesal de oficio
6. Celeridad
7. Buena fe
8. Bilateralidad
9. Gratuidad

### **1.1. Principales contenidos de la reforma al procedimiento laboral<sup>10</sup>.**

#### **1.- Oralidad.**

Se establece la oralidad y carácter público de las actuaciones judiciales, lo que implica que todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente establecidas en el Código del Trabajo. No obstante, la demanda deberá ser interpuesta por escrito y el demandado deberá contestar por escrito, estando en la

---

<sup>10</sup> <http://www.cpc.cl/pdfs/NUEVO%20PROCEDIMIENTO%20LABORAL.pdf> consultada el día 8 de marzo de 2010.

obligación de acompañar la contestación al tribunal con al menos cinco días de anticipación a la fecha de la celebración de la audiencia preparatoria.

## **2.- Inmediación.**

Se establece la inmediación del proceso, que implica que todas las audiencias serán efectuadas por las partes ante el juez, quien deberá seguirlas y dirigir las sin poder delegar sus facultades, bajo sanción de nulidad de la actuación. Sólo habrá excepción a esta norma, en aquellos tribunales que, contando con un sólo juez y un secretario, y siempre que la Corte de Apelaciones no haya solicitado dedicación exclusiva a la tramitación de una o más materias, el juez en caso de retardo en el despacho de los asuntos sometidos al tribunal, o cuando el mejor servicio judicial así lo exija, autorice al secretario abogado para que en calidad de suplente asuma en todo el curso del juicio.

## **3.- Gratuidad.**

Se establece la gratuidad de todas las causas laborales, lo que se traduce en que toda actuación, trámite o diligencia del juicio, realizada por funcionarios del tribunal, será gratuita para las partes.

## **4.- Inicio.**

Presentada la demanda y una vez que ésta es admitida, el tribunal deberá notificar la demanda y citar a las partes a una audiencia preliminar o preparatoria del juicio, respecto de la cual, el demandado deberá contestar por escrito, con a lo menos cinco días de antelación a la fecha fijada para la audiencia. Se procederá si corresponde, a la conciliación total o parcial de las partes. Si ella no se produce, el magistrado determina los hechos a probar y recibe la lista de medios probatorios de los que se valdrán las partes, al tiempo de fijar la audiencia de juicio para una fecha no superior a 30 días.

## **5.- Audiencia Previa.**

Se inicia con una relación somera, hecha por el Juez, de los contenidos de la demanda y de la contestación, y en su caso, sobre las excepciones opuestas y la demanda reconvenzional si se presentaren, seguida de la ratificación de la demanda por parte del demandante y con la ratificación de la contestación por parte del demandado.

Todas las excepciones se tramitarán conjuntamente y se fallarán en la sentencia definitiva. No obstante, el tribunal deberá pronunciarse de inmediato respecto de las excepciones de incompetencia, de falta de capacidad o de personería del demandante, de ineptitud del libelo, de caducidad, de prescripción o aquélla en que se reclame del procedimiento, siempre que su fallo pueda fundarse en antecedentes que consten en el proceso o que sean de pública notoriedad, suspendiendo la audiencia por un plazo de 5 días, a fin de que se subsanen los defectos u omisiones, bajo la apercibimiento de no continuarse adelante con el juicio. Si el demandado no contestare la demanda, o, haciéndolo, no negó en su contestación algunos de los hechos contenidos en la demanda, el juez, en la sentencia definitiva, podrá estimarlos como tácitamente admitidos. Finalmente, terminada la etapa de discusión, el juez llamará a las partes a conciliación a objeto de proponerles las bases para un posible acuerdo. Producida la conciliación, sea ésta total o parcial, deberá dejarse constancia de ella en el acta respectiva, la que suscribirán el juez y las partes, estimándose la conciliación como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

## **6.- Prueba.**

Finalizada la audiencia previa sin que las partes concilien posiciones, y una vez que se tenga por contestada la demanda sin que se haya opuesto reconvección o excepciones, el tribunal recibirá de inmediato la causa a pruebas, cuando ello fuera procedente, fijándose los hechos a ser probados. La audiencia de prueba se iniciará con la rendición de las pruebas decretadas por el tribunal, comenzando con la ofrecida por el demandante y luego con la del demandado; salvo en los casos de juicios sobre despido, donde el demandado deberá rendir la prueba en primer lugar para poder acreditar la veracidad de los hechos imputados, no pudiendo luego alegar en juicio hechos distintos como justificativos del despido.



Sólo serán admitidos 4 testigos por cada parte, salvo en casos excepcionales decretados por el tribunal.

Las audiencias para resolver controversias sobre procedimientos laborales, se celebraran con las partes que asistan, afectándole a la que no concurra todas las resoluciones que se dicten en ella.

### **7.- Sentencia.**

El juez podrá dictar su sentencia al término del juicio o dentro del décimo quinto día de finalizado éste. La sentencia definitiva deberá contener, entre otros puntos: el lugar y fecha en que se expida; la individualización completa de las partes; una síntesis de los hechos y de las alegaciones; el análisis de las pruebas rendidas, de los hechos y los razonamientos; los preceptos constitucionales, legales y los principios de derecho en que el fallo se funda; y, la resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal, especialmente las sumas que se ordene pagar.

Respecto del Procedimiento monitorio, el Juez deberá dictar la sentencia al final de la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, debiendo contener ésta los mismos puntos que requiere una sentencia dictada en un procedimiento general a excepción de una síntesis de los hechos y de las alegaciones y un análisis de las pruebas rendidas, de los hechos y los razonamientos.

### **8.- Recurso de Nulidad.**

En contra de las sentencias definitivas, solo corresponde el Recurso de Nulidad, cuya finalidad será invalidar el procedimiento total o parcialmente, junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última según corresponda. Deberá ser interpuesto por escrito ante el mismo tribunal que dictó la resolución que se impugna, en el plazo de 10 días contados desde la notificación de la misma. Este recurso procederá:

- a) Cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales;

- b)** Cuando la Sentencia definitiva se hubiere dictado con infracción a la ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo;
- c)** Cuando la sentencia haya sido pronunciada por juez incompetente, legalmente implicado, o cuya recusación se encuentre pendiente o haya sido declarada por tribunal competente;
- d)** Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica;
- e)** Cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior;
- f)** Cuando en el juicio hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre inmediación o cualquier otro requisito para los cuales la ley haya previsto expresamente la nulidad o lo haya declarado como esencial expresamente;
- g)** Cuando la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 ó 501, inciso final (Menciones esenciales de la sentencia definitiva en el procedimiento de aplicación general, procedimiento de tutela y monitorio según corresponda), de este Código, según corresponda; contuviese decisiones contradictorias; otorgare más allá de lo pedido por las partes, o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue y;
- h)** Cuando la sentencia haya sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y hubiere sido ello alegado oportunamente en el juicio.

El recurso deberá expresar el vicio que se reclama, la infracción de garantías constitucionales o de la ley de que adolece, y en este último caso, señalar de qué modo dichas infracciones de ley influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. No producirán nulidad, aquellos defectos que no influyan en lo dispositivo del fallo.

## **9.- Derechos Fundamentales.**

Se crea la acción de tutela de los derechos fundamentales del trabajador en sede laboral, cuando los derechos fundamentales del trabajador resultan lesionados.

Sucede cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, éste limita el pleno ejercicio de los derechos del trabajador, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. Cuando la supuesta transgresión de los derechos fundamentales de los trabajadores ocurra con ocasión de la terminación del contrato de trabajo, ésta queda sin efecto (nulidad del despido), pudiendo el trabajador optar entre la reincorporación a sus funciones con derecho a percibir la remuneración correspondiente al lapso en que ha estado separado de las mismas; o el pago de la indemnización establecida para el caso de despido injustificado, esto es, un mes de remuneración por cada año de servicio con un máximo de once meses, más el recargo del Artículo 168 (para el caso de aplicación injustificada, indebida o improcedente de las causales de terminación del trabajo que el Código del Trabajo establece, o para los casos en que el despido procede sin que se haya invocado ninguna causal legal), incrementada en una suma que debe fijar el juez, la que puede fluctuar entre 6 y 11 meses de la última remuneración.

Se establece que la tramitación de la acción de tutela de derechos fundamentales del trabajador deberá ser interpuesta dentro de 60 días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada, e igual plazo se establece para intentar la acción, si la vulneración de los derechos fundamentales se produce con ocasión del despido, con la diferencia de que en este último caso la legitimación para iniciar la acción corresponderá exclusivamente al trabajador afectado. En todo caso, esta acción gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal laboral.

#### **10.- Procedimiento Monitorio.**

Se crea un procedimiento de mínima cuantía o monitorio destinado a conocer de aquellos asuntos cuya cuantía no exceda de 8 ingresos mínimos mensuales.

Este procedimiento se inicia ante la Inspección del Trabajo con un comparendo de conciliación, y de no surtir efecto, los antecedentes son remitidos al juez del trabajo para que resuelva. En caso que el juez estime fundadas las pretensiones del requirente, las acogerá inmediatamente; en caso contrario, las rechazará de plano.

Contra la sentencia que se dicte en este procedimiento sólo se podrá recurrir cuando haya sido dictada en infracción de garantías constitucionales o de normas legales que influyan sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

## **2. MARCO NORMATIVO DEL NUEVO SISTEMA LABORAL**

El marco normativo de la reforma laboral, esta determinado por el nuevo procedimiento laboral, el cual como se señala fue inserto a través de la promulgación de la Ley 20.087 En ella se regulan las materias referidas al conjunto de normas que regulan la actividad jurídica laboral de nuestra legislación y que serán analizadas brevemente a continuación:

### **2.1. Reglas Comunes en los Nuevos Procedimientos**

#### **2.1.1. Carácter supletorio del Código de Procedimiento Civil**

En el artículo 432 del Código del Trabajo, se señala que en todo lo que no esté regulado en el Código o en leyes especiales, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Libro I y II del Código de Procedimiento Civil.

No se aplicarán cuando esas normas sean contrarias a los principios que informan el nuevo procedimiento laboral. En este caso, el Tribunal determinará la forma de practicar la actuación respectiva.

#### **¿Qué ocurre con los procedimientos laborales especiales?**

En el caso de los procedimientos laborales especiales, esta supletoriedad se altera ya que la disposición establece que, en tales casos, se aplicarán, en primer lugar, las normas del procedimiento laboral de aplicación general. Luego y a falta de estas normas, se recurrirá a las normas del Código de Procedimiento Civil. (Artículo 432 del Código del Trabajo.)

### **2.1.2. Comparecencia**

Artículo 434:

A través de Patrocinio de abogado y representada por persona habilitada para actuar en juicio.

### **2.1.3. Plazos**

Artículo 435:

Los plazos establecidos en la ley son fatales, por lo que la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar un acto se extingue por el solo ministerio de la ley, con el vencimiento del plazo. (Artículo 435 inciso primero del Código del Trabajo.) El Tribunal de oficio o a petición de parte, proveerá lo que corresponda para proseguir la tramitación de la causa, sin que sea necesaria certificación previa.

#### **Cómputo de los plazos:**

Los plazos de días establecidos en el Título, son de días hábiles por lo que no corren durante los días domingo y festivos. El feriado de vacaciones a que se refiere el artículo 313 del Código Orgánico de Tribunales, no rige para las causales laborales. (Artículo 435, inciso final).

### **2.1.4. Notificaciones**

#### **a) Primera notificación en el juicio:**

(Artículo 426)

A la parte demandada personalmente, entregando copia íntegra de la resolución y solicitud en que haya recaído.

Al demandante por el estado diario La efectúa funcionario designado. La parte interesada puede encargar a su costa a un receptor judicial. Se puede efectuar cualquier día, entre las 06 y 22 Horas (Habilitación de día y hora).

Desaparece en este nuevo procedimiento el cargo de Receptor Laboral.

En todo caso, la parte interesada puede siempre encargar a su costa que la notificación la practique un receptor judicial. (Artículo 436, inciso 2).

### **Horario para la notificación personal**

La notificación personal se puede efectuar en cualquier día, entre las seis y veintidós horas, en la morada o lugar donde pernocta el notificado o en el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo o en el recinto del tribunal. (Artículo 436, inciso 4).

### **Notificación en lugares y recintos de libre acceso público**

En estos casos la notificación personal se podrá efectuar en cualquier día y a cualquier hora, procurando causar la menor molestia al notificado. (Artículo 436, inciso 3).

### **Horario especial**

El juez está facultado, por motivos fundados, para ordenar que la notificación se practique en horas distintas a las señaladas anteriormente, esto es entre las veintidós horas y seis horas. (Artículo 436, inciso 5)

## **b) Personal Especial o Personal subsidiaria:**

Al respecto se debe distinguir las siguientes dos situaciones:

- **Persona que no es habida.**

Cuando no es posible practicar la notificación personal, porque no es habida la persona a quien se debe notificar, se procederá a la notificación en el mismo acto y sin necesidad de nueva orden del tribunal, procediendo a entregar las copias de la resolución y de la solicitud en que ella haya recaído, a cualquier persona adulta que se encuentre en la morada o en el lugar en que la persona a quien debe notificarse habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo. (Artículo 437, inciso primero)

**Edificios o recintos sin libre acceso.**

En estos casos, el aviso y las copias se entregarán al portero o encargado del edificio, dejándose testimonio expreso de esta circunstancia. (Artículo 437, inciso primero parte final). Tal es el caso, por ejemplo, de los Condominios o Edificios Habitacionales.

**Carta certificada.**

El Ministro de Fe que utiliza esta forma especial de notificación personal, debe enviar a las partes un aviso por medio de una carta certificada dando cuenta de haber empleado esta forma especial de notificación. (Artículo 437, inciso segundo)

- **Persona cuya individualización o domicilio sean difíciles de determinar o por su número se dificulte la práctica de la diligencia.**

A esta situación se refiere el artículo 439 del Código, señalando que en estos casos, el juez puede disponer que la notificación se efectúe mediante la publicación de un aviso, o por cualquier medio idóneo que garantice el **derecho a la defensa** y los **principios de igualdad** y de **bilateralidad** de la audiencia.

**Caso de notificación por aviso.**

La misma norma legal recién citada, señala que si se dispone que la notificación se haga por aviso, éste debe publicarse por una sola vez en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional o regional, conforme a un extracto emanado del tribunal.

La publicación en el Diario Oficial es gratuita para los trabajadores. El extracto señalado debe contener:

- a) Un resumen de la demanda; y
- b) Copia íntegra de la resolución recaída en ella.

#### **Resoluciones que ordenen comparecencia personal de las partes.**

Las resoluciones que orden la comparecencia personal de las partes y que no hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, serán notificadas por medio de **carta certificada**. (Artículo 440, inciso primero). Para tales efectos las partes deberán designar, en su primera actuación, un lugar conocido dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funcione el tribunal que conoce de la causa, la que se considerará subsistente mientras la parte interesada no efectúe un cambio.

- **Notificación por aviso o por cualquier medio idóneo que garantice el derecho a la defensa, igualdad y bilateralidad.**

Una sola vez en el diario oficial u otro diario de circulación nacional o regional. (Artículo 439)

- **Notificación de comparecencia personal no expedida en el curso de una audiencia.**

Se realizara por carta certificada que se entenderá practicada al quinto día hábil desde su entrega a Correos, dirigida al domicilio designado en primera actuación, dentro de los límites urbanos. Si no hay designación (dentro del límite)



se notificará por el estado diario, sin petición al tribunal y sin previa orden del tribunal. (Art. 440).

- **Sentencia.**

Artículo 457 inciso 2. Esta se notifica personalmente en la audiencia o fictamente si no comparece.

- **Otras resoluciones:**

Artículo 441. Se notifican por Estado Diario.

- **Notificación por medios electrónicos o por otros medios.**

Con la sola excepción de la notificación de la demanda, las demás resoluciones pueden efectuarse, a petición de la parte interesada, en forma electrónica o por cualquier otro medio que la misma parte interesada indique (Artículo 442 del Código). Ej.: notificación por correo electrónico. En estos casos, deberá dejarse debida constancia de haberse practicado la notificación en la forma solicitada.

### **2.1.5. Medidas Cautelares**

Son medidas cautelares aquellas que el juez puede decretar por estimarlas necesarias para asegurar el resultado de la acción, como también para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la determinación de su patrimonio (Artículo 444 del Código).

- **¿Cuál es la oportunidad para llevarlas a efecto?**

Estas medidas cautelares pueden llevarse a efecto:

Antes de la notificación de la persona en contra de quien se decreten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal las ordene. En este caso, si transcurren cinco días sin que se efectúe la notificación, quedarán sin valor las diligencias practicadas. (Artículo 444 inciso primero)

Las medidas precautorias, se pueden ordenar en cualquier estado de tramitación de la causa aún cuando no se encuentre contestada la demanda o, incluso, antes de su presentación, como prejudiciales.

En ambos caso, se debe acreditar razonablemente su fundamento y la necesidad del derecho que se reclama.

Si presentada la demanda ante el Tribunal respectivo, persisten las circunstancias que aconsejaron su adopción, las medidas prejudiciales se mantendrán como precautorias

Si no se deduce demanda dentro del plazo de diez días, a contar desde la fecha en que la medida se hizo efectiva, la medida caducará de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, quedando el solicitante responsable de los perjuicios que hubiere ocasionado.

- **Prórroga de las medidas prejudiciales precautorias.**

El juez puede prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis. Los requisitos para ello son los siguientes:

- ✓ Que existan motivos fundados; y
- ✓ Que se acredite el inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia.

- **Extensión de la Facultad Cautelar del Juez.**

A partir de la notificación de la demanda, la función cautelar del tribunal comprende la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido (Artículo 444, inciso final).

## **2.2. Características del Procedimiento General**

1. Es Supletorio de procedimientos especiales (tutela y monitorio) (artículo 432).
2. Es Predominantemente oral (artículo 425).
3. Se ordena la Protocolización o Registro: cualquier medio apto de producir fe, que garantice fidelidad, conservación y reproducción (artículo 425). Se aplica respecto de las actuaciones orales y resoluciones, incluida sentencia). Al finalizar la Audiencia de Juicio se redactará un acta simplificada, en la que conste, lugar, fecha, partes, apoderados y toda otra circunstancia que estime el Tribunal necesario incorporar (Art. 455).
4. Se contempla citaciones a audiencias, como prevención de que le afectan las resoluciones a las partes (Art. 426).
5. La comparecencia a audiencias será, personalmente o por medio de mandatario facultado de pleno de derecho a transigir (Art. 426 inciso 2 y Art. 7 Código de Procedimiento Civil).

### **2.2.1. Etapas del Procedimiento**

Se inicia a través de una demanda escrita (446) que se constituye como el acto procesal por el cual una de las partes de una relación laboral, ejercita una acción tendiente a la declaración de un derecho que ha sido menoscabado por la otra. Se debe interponer por escrito y debe contener: La designación del tribunal ante quien se entabla; El nombre, apellidos, domicilio y profesión u oficio del demandante y en su caso de las personas que lo representen, y naturaleza de la representación; El nombre, apellidos, domicilio y profesión u oficio del demandado; La exposición clara de los

hechos y consideraciones de derecho en que se fundamenta; La enunciación precisa y concreta de las peticiones que se someten a la resolución del tribunal.

### **Medios de prueba que se pueden acompañar a la demanda.**

La parte demandante podrá acompañar a la demanda los instrumentos que apoyen su pretensión y, además, solicitar las diligencias de prueba que estime necesarias.

En el caso que se demande a una institución de previsión o de seguridad social, deberá acompañarse la resolución final de la respectiva entidad o de la entidad fiscalizadora, según corresponda, que se pronuncia sobre la materia que se demanda. (Artículo 446 inciso tercero). Si el demandante no da cumplimiento a esta norma, el juez rechazará de plano la demanda, no admitiéndola a tramitación (Artículo 447 inciso segundo).

### **2.2.2. Pronunciamiento**

Tratándose de la incompetencia, esta debe declararse de oficio, señalando el tribunal competente que conocerá de ella, al cual enviará los antecedentes (Artículo 447 inciso primero).

Si de los antecedentes aportados se desprende claramente que hay caducidad, debe declararla de oficio y no admitirá a tramitación la demanda, respecto de esa acción (artículo 447).

En materias de seguridad social o previsión, si no se acompaña resolución final de la misma institución o de la entidad fiscalizadora, se rechazará de plano.

Tratándose de Cotizaciones Impagas se ordena notificar por carta certificada (demanda y resolución) a la institución correspondiente (Art. 446).

### **2.2.3. Audiencia Preparatoria**

Esta audiencia Tiene por objeto, obtener de las partes, la ratificación de sus pretensiones y conocer el contenido de las mismas. Pero, principalmente, tal como su nombre lo indica, su objeto es preparar el juicio laboral propiamente tal, indicando las partes, los medios de prueba que piensan utilizar en esta última etapa del procedimiento.

#### **Etapas de la Audiencia Preparatoria.**

La audiencia preparatoria consta de una primera etapa denominada de discusión; luego sigue la parte denominada de conciliación y, finalmente, la etapa de prueba.

#### **✓ Etapa de Discusión:**

##### **Relación de la demanda y la contestación.**

Corresponde al Juez realizar una relación somera de los contenidos de la demanda y de la contestación, y en caso de que el demandado las haya interpuesto, una relación somera de la demanda reconvenional y de las excepciones. En la misma audiencia el Juez deberá conferir traslado al demandante, solo en su caso, de la demanda reconvenional y de las excepciones que haya interpuesto el demandado, traslado que deberá ser evacuado en la misma audiencia.

El plazo para realizar la audiencia, es dentro de los 35 días posteriores a la resolución que admite la demanda, debiendo mediar entre la notificación de la misma y la fecha de realización de la audiencia, a lo menos 15 días. El demandado deberá contestar la demanda, a lo menos 5 días antes de la fecha de celebración de la audiencia.

##### **Reglas aplicables a la etapa de discusión.**

**Inicio de la audiencia:** La audiencia comenzará con las partes que asistan a ella. Recuérdese que en la citación se señala expresamente el apercibimiento para la parte que no asista (La parte que no concurra, le afectarán todas las resoluciones que se dicten en la audiencia, sin ulterior notificación).

La primera actuación consistirá en la ratificación de la demanda por parte del demandante. Inmediatamente después, le corresponde al demandado ratificar su contestación y si hubiere interpuesto demanda reconvenional, se procederá a la ratificación de la misma, debiendo la parte demandante, contestar a la misma (Artículo 453 número 1).

**Excepciones Dilatorias y Perentorias:** La regla general en materia de excepciones, es que todas ellas se tramitarán conjuntamente y su fallo quedará para definitiva, debiendo oponerlas el demandado en la contestación de la demanda, indicando:

- Los hechos en que se fundan las excepciones; y
- La enunciación precisa de las peticiones que se someten a la decisión del tribunal.

El tribunal debe resolver de inmediato, una vez evacuado el traslado respectivo, las excepciones de: Incompetencia; Falta de capacidad o personería del demandante.; Ineptitud del libelo; Caducidad; Prescripción; Que se reclame del procedimiento.

**Aceptación Parcial de la Demanda:** Cuando el demandado acepta o se allana a una parte de la demanda, oponiéndose a otras, se debe continuar con el juicio sólo en la parte en que existió oposición. El Tribunal establecerá los hechos sobre los cuales existió la conformidad del demandado dictando una resolución al efecto la que tendrá el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

Luego, el tribunal procederá conforme lo establecido en el artículo 457 del Código, esto es, realizando lo siguiente:

- Dictar sentencia en la audiencia o dentro del plazo de décimo quinto día, a contar de la fecha de la audiencia preparatoria;
- Citar a las partes a una audiencia para notificación del fallo, fijando día y hora para dentro del mismo plazo anterior;
- Anunciar en la misma audiencia preparatoria, las bases fundamentales de su fallo.
- Las partes se entenderán notificadas de la sentencia en la audiencia de juicio laboral o en la audiencia prevista para ello, hayan o no asistido a ellas.

**Demanda Reconvencional:** Para deducir demanda reconvencional, es necesario que:

- El tribunal sea competente para conocer de ella como demanda;
- Que la demanda reconvencional tenga por objeto enervar la acción deducida o esté íntimamente ligada con ella.
- Se refiere a esta materia el artículo 452 del Código.

### **Requisitos**

La demanda reconvencional deberá reunir los siguientes requisitos:

- Reunir las menciones indicadas para la demanda en el artículo 446 del Código;
- Presentarse por escrito en la contestación de la demanda, con a lo menos cinco días de anticipación a la audiencia.
- La contestación a la demanda reconvencional se debe formular en la audiencia de preparación (artículo 453 número1).

✓ **Etapas de Conciliación:**

Terminada la etapa de discusión, que se compone básicamente por la demanda y contestación de la misma, comienza la etapa de conciliación, la que consiste en el llamado que el juez hace a las partes para que alcancen un acuerdo que ponga término al juicio, en el cual se debe incluir una propuesta de las bases para un posible acuerdo. Las opiniones que emita el juez no lo inhabilitan (Artículo 453, número 2).

### **Efectos de la conciliación.**

Si se produce acuerdo, ya sea en forma total o parcial, debe dejarse constancia de ello en el acta respectiva, la que debe ser suscrita por el juez y las partes (Artículo 453 número 2).

Este acuerdo tiene el carácter de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

En el caso de tratarse de una conciliación parcial, el cobro de las sumas determinadas en la conciliación, se tramitará separadamente, si ello fuese necesario.

La conciliación total, pone término definitivo al juicio.

### ✓ **Inexistencia de Hechos Sustanciales, Pertinentes y Controvertidos.**

En el caso de no existir hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el tribunal da por concluida la audiencia de preparación y dictará sentencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 457 del Código.

### ✓ **Etapas de prueba**

Esta es la etapa en que las partes del juicio anuncian u ofrecen la prueba que la ley les permite rendir posteriormente, en la audiencia del juicio laboral propiamente tal.



Las principales características de esta etapa son:

- El juez recibe la causa a prueba cuando existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos;
- Dicta la resolución que recibe la causa a prueba, una vez contestada la demanda, sin que se haya deducido demanda reconvenzional o excepciones dilatorias o una vez evacuado el traslado conferido de haberse interpuesto éstas;
- La resolución establece los hechos que deben ser probados.

### **Prueba ilícita**

Se entiende por prueba ilícita, aquella que las partes hubieren obtenido, directa o indirectamente, por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales (Artículo 453, número 4).

### **Exhibición de documentos.**

La exhibición de instrumentos ordenada por el tribunal se verificará en la audiencia del juicio. Cuando se omita la presentación de los instrumentos ordenados exhibir por el juez, sin que exista causa justificada para ello, debiendo legalmente obrar en poder de la parte obligada a exhibirlos, el juez puede estimar probadas las alegaciones hecha por la parte contraria (que pidió la diligencia) en relación con la prueba solicitada (Artículo 453, número 5).

### **Medidas Cautelares.**

En la audiencia de preparación el tribunal decretará las medidas cautelares que sean procedentes, salvo que esta medidas hayan sido decretadas con anterioridad, caso en el cual debe resolverse si se mantienen (Artículo 453, número 7).

### **Diligencias Probatorias Previas al Juicio Laboral**

El tribunal despachará todas las citaciones y oficios que correspondan cuando se haya ordenado la práctica de prueba que, debiendo materializarse en la audiencia del juicio propiamente tal, requieran de citación o requerimiento (Artículo 453, número 8 inciso primero).

En esta materia se aplicarán las siguientes normas especiales:

**a) Citación a Absolver Posiciones:**

La resolución que cite a absolver posiciones se notificará en el acto al absolvente. La absolución de posiciones sólo podrá pedirse una vez por cada parte (Artículo 453, número 8 inciso segundo).

**b) Citación de Testigos:**

La citación de los testigos deberá practicarse por carta certificada, la que deberá despacharse con al menos ocho (8) días de anticipación a la audiencia, al domicilio señalado por cada una de las partes que presenta prueba testimonial (Artículo 453, número 8 inciso tercero).

**c) Medios Especiales de Comunicación:**

La ley faculta al juez de la causa para que, cuando decrete la remisión de oficios o el informe de peritos, pueda recurrir a cualquier medio idóneo de comunicación o de transmisión de datos que permita la pronta práctica de las diligencias ordenadas. En tal caso, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar su debida recepción por el requerido, dejándose constancia de ello (Artículo 453, número 8 inciso cuarto).

**d) Prueba Pericial:**

Cuando las partes recurran a la prueba pericial, el Informe del perito deberá ser puesto a disposición de las partes, en el tribunal, al menos tres

(3) días antes de la realización de la audiencia de juicio. El juez podrá, con el acuerdo de las partes, eximir al perito de la obligación de concurrir a prestar declaración, admitiendo en este caso el informe pericial como prueba. La declaración de los peritos se desarrollará de acuerdo a las normas establecidas para los testigos (Artículo 453, número 8 inciso quinto).

**e) Restricción Aplicada a los Oficios:**

El tribunal sólo dará lugar a la petición de oficios, cuando se cumplan las siguientes exigencias legales:

- Cuando se trate de requerir información objetiva, pertinente y específica sobre los hechos materia del juicio;
- Cuando la información se solicite a entidades públicas, el oficio deberá dirigirse a la oficina o repartición en cuya jurisdicción hubieren ocurrido los hechos o deban constar los antecedentes sobre los cuales se pide informe.

**Diligencias probatorias decretadas por el juez.**

El juez de la causa, está facultado para decretar diligencias probatorias, las cuales deben llevarse a cabo en la audiencia del juicio laboral (Artículo 453, número 9).

**Fijación de Fecha para Realización de la Audiencia de Juicio.**

En la audiencia de preparación debe fijarse el día y hora para la realización de la audiencia del juicio propiamente tal, la cual tendrá lugar en un plazo no superior a los treinta días, a contar de la fecha de la audiencia de preparación.

Las partes se entienden citadas a la audiencia de juicio por el solo ministerio de la ley (Artículo 453, número 6).

#### **2.2.4. Audiencia de Juicio.**

- **Inicio de la audiencia y regla general en materia de prueba.**

La audiencia del juicio laboral se iniciará con la rendición de las pruebas decretadas por el tribunal, comenzando con la prueba ofrecida por la parte demandante y, a continuación, con la prueba de la parte demandada.

En los juicios sobre despido, corresponderá al demandado, rendir su prueba en primer lugar, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en la comunicación con que se avisa el despido, sin que pueda alegar hechos distintos como justificativos del mismo.

El orden de recepción de la prueba es el siguiente:

- Documental;
- Confesional;
- Testimonial; y
- Los restantes medios de prueba ofrecidos.

El tribunal puede modificar el orden de recepción de la prueba por existir causa justificada para ello (Artículo 454 número 1 inciso tercero).

- **Impugnación de la prueba instrumental.**

Las oportunidades para impugnar la prueba instrumental son dos:

- En forma oral, en la audiencia preparatoria;
- En forma oral, en la audiencia del juicio laboral (Artículo 454 número 2).

- **Prueba Confesional.**

A la prueba confesional que se rinda en la audiencia de juicio, se le aplicarán las siguientes normas:

**a) Obligación de concurrir personalmente a la audiencia:**

La persona citada a absolver posiciones está obligada a concurrir personalmente a la audiencia, salvo que designe especialmente un mandatario para tal objeto.

En este último caso, si el mandatario representa al empleador, debe ser alguna de las personas indicadas en el artículo 4 del Código del Trabajo.

La designación del mandatario debe constar por escrito y entregarse al inicio de la audiencia de juicio.

Cuando comparece un mandatario, para todos los efectos legales se consideran sus declaraciones como si hubiesen sido hechas personalmente por la persona cuya comparecencia se solicitó (Artículo 454 número 3 inciso segundo).

**b) Sanción Para el Absolvente que no Concorre a la Audiencia:**

Si el absolvente no comparece a la audiencia, sin causa justificada, o compareciendo se negare a declarar o diere respuestas evasivas, podrán presumirse efectivas, en relación a los hechos objeto de prueba, las alegaciones de la parte contraria en la demanda o contestación, según corresponda (Artículo 454 número 3).

- **Prueba testimonial.**

La prueba testimonial se rige por las normas contenidas en el artículo 454 números 5 y 6, del Código, disposiciones que señalan:

**a) Declaración ante el Tribunal que Conoce de la Causa:**

En forma expresa se establece que los testigos sólo podrán declarar ante el Tribunal que conozca de la causa. (Artículo 454 número 5 inciso

primero), por lo que no se admite, bajo ninguna circunstancia, la declaración ante otro tribunal.

**b) Número de testigos:**

Solo serán admitidos a declarar, cuatro testigos por cada parte, y en caso de acumulación de autos, el número de testigos será determinado por el Juez, no pudiendo superior a cuatro por cada causa.

**c) Facultad del tribunal para modificar el número de testigos:**

Por resolución fundada, el Juez podrá ampliar el número de testigos, cuando de acuerdo a la naturaleza de los hechos, se considere indispensable para una adecuada resolución del juicio.

Del mismo modo, el juez de la causa está facultado para reducir el número de testigos presentados por cada parte e, incluso, prescindir de la prueba testimonial, cuando sus declaraciones pudieren constituir una inútil reiteración de hechos que ya se encuentran suficientemente establecidos (Artículo 454 número 5 inciso tercero).

**d) Formalidad de la Declaración:**

Los testigos deben declarar bajo la fórmula del juramento o de promesa de decir verdad, debiendo ser advertidos por el juez de la causa, en forma expresa y antes que presten declaración, sobre las sanciones que se contemplan en el artículo 209 del Código Penal, por el hecho de incurrir en falso testimonio (Artículo 454 número 5 inciso cuarto).

**e) Inexistencia de Tachas:**

Expresamente se establece en la ley que no se podrá deducir tachas en contra de los testigos. Sin embargo, las partes pueden hacer las observaciones que estimen oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la

veracidad de sus manifestaciones. Este derecho debe ejercerse inmediatamente de formuladas las declaraciones (Artículo 454 número 5 en relación con el número 9 del mismo artículo).

**f) Examinación de los Testigos por el Tribunal y las Partes:**

Tanto el tribunal como las partes pueden formular a los testigos las preguntas que estimen pertinentes para el esclarecimiento de los hechos sobre que versa el juicio y exigir que los testigos aclaren o precisen sus dichos (Artículo 454 número 6 inciso primero).

Las preguntas no pueden formularse en forma asertiva ni contener elementos de juicio que determinen la respuesta. Tampoco pueden referirse a hechos o circunstancias ajenas al objeto de la prueba, situación que corresponde ser calificada por el tribunal sin más trámite (Artículo 454 número 6 inciso segundo).

**g) Excusa Legítima:**

La reforma establece que la comparecencia de los testigos a juicio, constituirá suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida en forma simultánea para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza.

Su comparecencia no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo ninguna circunstancia (Artículo 454 número 5 inciso sexto).

- **Prueba pericial.**

Si el oficio o informe pericial no fuere evacuado antes de la audiencia, y siempre que este sea relevante para la resolución del asunto, el Juez deberá tomar, dentro de la misma audiencia las medidas inmediatas para su aportación. Si el oficio o informe no se alcanza a rendir en dicha audiencia, el fijará una nueva

audiencia para ese solo efecto, dentro del más breve plazo (Artículo 454 número 7).

- **Prueba no Contemplada en la Ley**

Cuando las partes rindan prueba que no se encuentre expresamente regulada en la ley, el tribunal procederá a determinar la forma de incorporación al juicio, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo (Artículo 454 número 8).

- **Observaciones a la prueba**

Una vez terminada la rendición de la prueba, las partes deben formular, en la misma audiencia, en forma breve y precisa, oralmente, las observaciones que les merezcan las pruebas rendidas y sus conclusiones.

Además, el juez está facultado para ordenar a las partes que aclaren los puntos no suficientemente esclarecidos (Artículo 454 número 9).

- **Acta de término de la audiencia de juicio laboral**

Al terminar la audiencia se debe extender un acta, en la cual constará:

- Lugar y fecha;
- Individualización del tribunal;
- Individualización de las partes, de sus apoderados y de sus abogados; y
- Toda otra circunstancia que el tribunal estime necesario incorporar o consignar en ella (Artículo 455).

- **Valoración de la prueba**

La prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo el tribunal tiene que expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas,



científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime.

En general, deberá tomar en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador (Artículo 456).

- **Sentencia Definitiva.**

**El juez de la causa puede dictar sentencia en las siguientes oportunidades:**

**a) Dentro de la Misma Audiencia:**

Al término de la audiencia y después del trámite de observaciones a la prueba, el juez puede dictar sentencia. En este caso las partes se entenderán notificadas hayan asistido o no a ella (Artículo 457).

**b) Dentro del plazo de décimo quinto día a contar de la fecha de la audiencia.**

En este caso el juez debe citar a las partes para notificarlas del fallo, debiendo fijar día y hora para tales efectos, dentro del período de los quince días siguientes a la fecha de la realización de la audiencia de juicio.

Si el juez toma esta opción, debe anunciar las bases fundamentales del fallo al término de la audiencia de juicio laboral.

Al igual que en el caso de la letra anterior, las partes se entenderán notificadas del fallo hayan asistido o no a la audiencia (Artículo 457 inciso segundo).

**Materias que debe resolver la sentencia.**

La sentencia deberá pronunciarse sobre:

- Las acciones y excepciones deducidas y que no se hubieren resuelto anteriormente;
- Sobre los incidentes cuando no hayan sido resueltos anteriormente y;
- Sólo sobre los incidentes cuando sean previos e incompatibles con los anteriores (artículo 458).

### **Contenido de la Sentencia**

En el artículo 459 del Código, se señalan los elementos que debe contener la sentencia definitiva. Esta disposición, de carácter imperativa, señala que la sentencia deberá contener:

- Lugar y fecha de su expedición;
- Individualización completa de las partes litigantes;
- Una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes;
- Análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa estimación;
- Las disposiciones constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda;
- Resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal, con expresa determinación de las sumas que ordene pagar o las bases necesarias para su liquidación, si ello fuere procedente; y
- Pronunciamiento sobre el pago de las costas y, en su caso, los motivos que tuviere el tribunal para absolver de su pago a la parte vencida.

### **Ejecución de oficio por el tribunal.**

Cuando la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, circunstancia que se debe certificar de oficio por el tribunal y, no habiéndose acreditado su cumplimiento dentro del plazo de cinco días por la parte condenada al pago, el mismo tribunal actuando también de oficio, iniciará la ejecución o cumplimiento

forzado de acuerdo a las normas de los artículos 463 y siguientes del Código (Artículo 462).

### 3. FUNCIONAMIENTO DE LA DEFENSORÍA LABORAL

La Nueva Justicia Laboral, que moderniza la forma de resolver los conflictos en los tribunales de nuestro país, a través de un sistema oral, público y rápido, consagra el derecho de todos los trabajadores de escasos recursos, que tengan un conflicto con sus empleadores, a contar con asistencia jurídica gratuita y especializada<sup>11</sup>.

Este derecho se cumple en nuestra Institución a través de Oficinas de Defensoría Laboral, que cuenta con profesionales especialistas en la materia para otorgar a los trabajadores dicha asistencia jurídica y, si es necesario, patrocinio en juicio, en las siguientes materias:

**Despido Injustificado:** cuando el trabajador no está conforme con la causal invocada para despedirle o cuando se le ha despedido sin invocar causal.

**Nulidad de Despido:** cuando, al momento de ser despedido, no se encuentran totalmente pagadas sus cotizaciones de previsión, salud y seguro de cesantía.

**Cobro de Prestaciones:** en todos los casos en que al trabajador se le adeuden sumas de dinero que se le debían pagar en virtud del contrato, sea que aún esté trabajando o haya terminado la relación laboral (por ejemplo, si le deben remuneraciones, gratificaciones, horas extras, etc.).

**Desafuero Laboral:** cuando el empleador solicita al juez autorización para poner término al contrato de un trabajador que goza de fuero (fuero maternal o sindical, y los fueros especiales cuando se está constituyendo el sindicato y cuando se está negociando colectivamente).

---

<sup>11</sup> Información obtenida de la pag virtual [http://208.106.249.231/servicios\\_especializados.aspx?Me\\_Id=2](http://208.106.249.231/servicios_especializados.aspx?Me_Id=2) consultada el día 8 de marzo de 2010.

**Demandas Ejecutivas:** para cobrar judicialmente obligaciones que constan en un documento que tiene mérito ejecutivo (en general todo documento en que constan obligaciones y que han sido firmados por ambas partes ante el inspector del trabajo u otro ministro de fe).

En Principio las Corporaciones de Asistencia Judicial tienen a su cargo las Oficinas de Defensa Laboral en nuestra legislación laboral. Sin perjuicio de lo anterior, la Unidad de Coordinación de Defensa Laboral, atendida su especialidad y fines, desarrollará la supervigilancia técnica, coordinación y seguimiento permanente del funcionamiento del sistema.

Las Oficinas de Defensa Laboral a nivel regional, se encuentran a cargo del Jefe de estudios respectivo, quién ejerce la jefatura sobre, Abogados, Administradores, Técnicos Jurídicos y Secretarías, sin perjuicio de las atribuciones de la Corporación de Asistencia Judicial respectiva.

La designación y contratación de cada Jefe de Estudio se realizará por la Corporación de Asistencia Judicial según sus propios estatutos, en base a una terna preparada por la Unidad de Coordinación de Defensa Laboral, previa consulta a la Corporación respectiva, en la que los candidatos deberán reunir las competencias de conocimiento académico y profesional, concordadas previamente entre ambas instituciones. La terna se preparará en base a oposición, mérito y evaluación psicolaboral de los postulantes.

### **3.1. Misión y rol Institucional**

Dentro de la estructura Ministerial, la Unidad Coordinadora de Defensa Laboral, es parte del equipo de la Unidad de Reformas Judiciales.

Realiza la coordinación con las Corporaciones de Asistencia Judicial en materias tales como: llamados a concurso, selección; nombramiento y; capacitación de los Defensores Laborales y Jefes de Estudio.

Desarrolla la supervigilancia técnica, coordinación y seguimiento del funcionamiento del sistema.

Vela por la coordinación y el monitoreo técnico de los estándares de aplicación, modelo de cobertura y gestión, calidad del servicio profesional, y el funcionamiento del sistema en sus aspectos estadísticos.

Difunde en la comunidad los cambios que genera la Nueva Justicia Laboral, el valor y funcionalidad de las Oficinas de Defensa Laboral y los beneficios que este nuevo sistema conlleva.

Coopera en la instalación de las Mesas Regionales Interinstitucionales y actúa como Secretario Ejecutivo de la Mesa Nacional.

Las capacitaciones en los temas técnicos de la reforma, relativa a directrices y políticas jurídicas a seguir por los defensores laborales, será efectuada por la Unidad de Coordinación de la Defensa Laboral, quién, bajo la supervisión de la División Judicial, seleccionará y supervisará, tanto las materias como los relatores que la impartirán, sin perjuicio de la participación que en ella presten las Corporaciones de Asistencia Judicial, aportando el conocimiento en relación con su misión, visión y realidad de cada Región del país<sup>12</sup>.

#### **4. DERECHOS QUE POSEEN LOS TRABAJADORES EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL**

La aprobación de la reforma laboral especialmente da la Ley N° 20.087, importa un intento por avanzar en mejorar la eficacia del Derecho del Trabajo, mediante la creación de procedimientos laborales fundados en la inmediatez y la oralidad. Pero la reforma va más allá, ya que no solo propicia un cambio desde el punto de vista de la estructura de los procedimientos laborales, si no que además, amplía el tipo de

---

<sup>12</sup> Información obtenida de fuente digital inserta en CD de capacitación para funcionarios laborales sesión 1 y 2 año 2009

derechos que se reconocen al trabajador que van mas allá de los tradicionalmente reconocidos (remuneración, feriado, fuero, jornada laboral, derecho a sindicalización, seguridad social, etc.). En efecto, por vez primera se crea en nuestra legislación un cause jurídico procesal especial para el ejercicio de garantías constitucionales al interior de las empresas<sup>13</sup>. Este nuevo procedimiento de tutela presenta novedades mayores, a nuestro modo de entender, la tutela judicial de las relaciones laborales. En primer lugar, una ampliación en la legitimación activa en cuanto al titular de la acción de tutela, que ya no es solo el trabajador afectado, sino que se agregan la organización sindical que tenga interés legítimo y la Inspección del Trabajo. En segundo lugar, la pretensión de la acción pasa a ser la protección y el resguardo de los derechos fundamentales inespecíficos, buscando el restablecimiento del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador. En tercer lugar, nos encontramos con una prueba aliviada, en la que en cierto modo se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Hay una alteración del objeto de la prueba en que la víctima o denunciante no esta completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos, la existencia de “indicios suficientes” de la existencia de la conducta lesiva, para que en éste caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables. Por último, la sentencia pasa a ser un acto complejo, que se debe pronunciar, en primer lugar sobre si existió o no la conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador, el juez debe adoptar, un haz de decisiones: el cese del comportamiento jurídico; la nulidad del acto lesivo y; la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva. Más específicamente, el juez laboral debe ordenar las medidas concretas “a que se encuentra obligado el infractor, dirigidas a obtener el resarcimiento de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales incluidas las indemnizaciones que procedan”.

El denominado procedimiento de tutela previsto en la reforma procesal laboral, huella patente en el proceso de constitucionalización del derecho, busca proteger

---

<sup>13</sup> *Los Derechos Fundamentales Del Trabajador*, El nuevo procedimiento de Tutela Laboral. José Luis Ugarte Cataldo, universidad Alberto Hurtado.

aquellos derechos que la Constitución reconoce al trabajador en su condición de ciudadano, por tanto el trabajador deja de ser titular sólo de derechos patrimoniales asociados a su condición de parte débil, para ser considerado un titular de los derechos fundamentales como la vida privada y la libertad de expresión, los que están indisolublemente asociados a su condición de ciudadano integrante en una sociedad democrática. Con lo expuesto se deja ver que los derechos y prerrogativas de las empresas y empleadores reconocidos desde la era industrial se minimizan y se aumenta la cobertura de protección a favor del trabajador.

Básicamente se materializa el fenómeno de constitucionalización y del derecho y de su irradiación a la legislación laboral explicado como “el desbordamiento de un derecho constitucional que inunda el conjunto del ordenamiento, ya no se trata de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”<sup>14</sup>.

En este nuevo paradigma, la clave parecería estar, en considerar que las normas constitucionales tienen todas, sin distinción, plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que estipulan los derechos fundamentales de las personas y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo, esto es lo que se configura como eficacia directa o normativa de la constitución, la cual no solo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que también, afecta las relaciones entre particulares (eficacia horizontal). Queda de esa manera configurado el “Estado Constitucional de Derecho”<sup>15</sup>. Precisamente, una idea central de esta revolución constitucional corresponde a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, “la posibilidad de que los particulares esgriman en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo el derecho de propiedad, el derecho a no ser

---

<sup>14</sup> *Prieto Sanchis R.* “Constitucionalismo y galantismo, Garantismo Estudios en homenaje a Ferrajoli, Trotta, 2005, pag 48

<sup>15</sup> *García Amado J.* “La interpretación constitucional. RJ Castilla León Nº 2. 2004 pag 68

discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”<sup>16</sup>

Es de esta manera como con la implantación de este procedimiento de tutela, los trabajadores tienen por primera vez en la historia de nuestra legislación laboral una herramienta a su disposición. Deficiente en diversos aspectos, pero que abre una larga y hasta ahora inexplorada ruta en la protección de este tipos de derechos del trabajador en Chile.

#### **4.1. Los derechos fundamentales del trabajador y su tutela efectiva.**

Pese a la relevancia dogmática con que se desarrolló el tema de la horizontalidad de los derechos fundamentales del trabajador, el reconocimiento normativo de esta en nuestro ordenamiento jurídico, no había significado hasta hace poco una vigencia efectiva de los mismos, cuestión que la doctrina había destacado anotando un profundo divorcio entre las normas y la realidad. Era lo que denominábamos en nuestro particular *Macondo jurídico*<sup>17</sup>. El problema era que a pesar de la existencia de diversas normas que apuntan en la línea de reconocer la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, nuestro orden jurídico presentaba un déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresaba, precisamente, en la falta de causas procesales idóneos y específicos, situación que lo alejaba considerablemente del nivel de aquellos países que se habían tomado en serio la idea de otorgar tutela efectiva a dichos derechos. La vía estándar que nuestra legislación contemplaba hasta antes de la implantación del nuevo sistema de tutela laboral, para la tutela de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, era la denominada Acción de Protección, la cual se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de ese tipo de derechos en la relación laboral<sup>18</sup>, la razón es básicamente, la construcción

---

<sup>16</sup> Peña C. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. U Diego Portales. Santiago. 1966. pag 668

<sup>17</sup> Ugarte J.L *El nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria. 2004. pag. 115 y ss.

<sup>18</sup> Ugarte J.L *Derechos Fundamentales del Trabajador: el largo camino hacia los tribunales*. Anuario de la Sociedad Chilena del Trabajo. 2001



jurídicamente neutra del Recurso de Protección y de su forma de tramitación, que alejados de los principios propios del derecho del trabajo y de su rol compensador a favor del contratante débil, produce una insensibilidad de esta acción a la posición procesalmente débil del trabajador<sup>19</sup>. Lo que el trabajador no obtenía de la acción de protección constitucional, tampoco lo recibía de las normas procesales del Derecho del Trabajo. La razón era simple. Nuestro Derecho Procesal del Trabajo, objeto de zigzagueantes vaivenes en su parte orgánica, se había mantenido fijo en su parte funcional durante un buen período de tiempo, desde el gobierno militar, y salvo retoques específicos, las normas que regulan como pueden ejercerse los derechos ante los Tribunales habían mantenido inalterable la estructura de corte patrimonial de la tutela procesal.

Esta concepción patrimonial de la tutela procesal laboral, propia del nacimiento del Derecho del Trabajo, sobre la cual se construye la mayor parte de la estructura procedimental de nuestro código, entiende que el único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos evaluables en términos económicos. Obviamente, así entendidas las cosas no había existido en nuestra legislación laboral adjetiva, espacio para la creación de los causes procesales necesarios para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicio por salario, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano.

En ese sentido la reforma procesal laboral implementada por la Ley N° 20.087 y en particular el procedimiento de tutela, corresponden al primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos, solo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los

---

<sup>19</sup> Corte de Apelaciones de Santiago 11.06.2004.

derechos fundamentales, idea esta última, en la que comienzan a confluír tanto la ley como la jurisprudencia judicial<sup>20</sup>.

#### **4.1.1. El nuevo procedimiento de tutela laboral.**

La ley incorpora la protección de los derechos fundamentales, con el equivoco nombre de tutela laboral, no obstante, todos los procedimientos del Código del Trabajo son de tutela laboral. Se trata más bien de un mecanismo de protección o tutela calificada, que solo protege a un tipo de derechos, los derechos fundamentales del trabajador.

Este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de ese tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo. Y más que eso: se trata no solo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, sino de la eficacia inmediata o directa en cuanto la acción procesal, que se ejerce directamente por el trabajador en contra de otro particular involucrado en la relación laboral, el empleador.

Originalmente el proyecto que contemplaba el procedimiento de tutela era en rigor un procedimiento nuevo y especial cuyo objetivo específico era la protección de los derechos fundamentales del trabajador. No obstante la ley N° 20.087 no contempla curiosamente dicho procedimiento especial, lo que hace es algo distinto: efectúa un reenvío directo al procedimiento común, señalando el artículo 491 del Código del Trabajo que, admitida la acción de tutela a tramitación, “su sustanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3°”. De este modo, en estricto sentido no existe un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sino una cosa ligeramente distinta: el procedimiento de aplicación general con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales.

---

<sup>20</sup> Corte Suprema. 05.01.2006, Rol 5234/2005.

De este modo, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales corresponde al procedimiento general, con aplicación de su estructura de doble audiencia y la regulación legal establecida en el párrafo 3º del capítulos II del Libro V del Código del Trabajo, pero sujeta a diversas formas especiales: los titulares y el objeto de la acción, la carga de la prueba y la estructura de la sentencia definitiva.

#### **4.1.2. La acción de tutela de derechos fundamentales: reglas básicas**

La acción que permite a un trabajador o una organización sindical reclamar el resguardo y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales inespecíficos del primero se encuentra sujeta a ciertas reglas básicas:

La acción tiene un plazo de ejercicio de setenta días desde que se ha producido la vulneración respectiva, suspendiéndose en el caso previsto en la ley: cuando el trabajador dentro de este plazo interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho plazo sigue su curso cuando se concluya el trámite ante la Inspección, pero en ningún caso podrá recurrirse al tribunal pasado noventa días desde la vulneración denunciada (artículo 168 del Código del Trabajo).

La acción de tutela y el procedimiento a que da lugar solo tiene por objeto la protección de derechos fundamentales de los previstos por el artículo 485 del Código del Trabajo. Por lo mismo, no es susceptible de acumularse: a) con acciones de otra naturaleza, como por ejemplo intentar cobrar remuneraciones u otras prestaciones laborales pendientes por esta vía procesal o; b) con acciones con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos, como por ejemplo demandar la tutela contra la discriminación laboral del trabajador discapacitado, fundado en la ley N° 19.779 (artículo 17) o del trabajador portador de VIH basado en la ley N° 19.284 (artículo 48).

La acción de tutela de derechos fundamentales es incompatible con el recurso de protección. Ejercida la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, ya no es posible jurídicamente ejercer la acción del procedimiento de tutela de derechos fundamentales por los mismos hechos, según señala la ley (artículo 485). Entendible

en términos conceptuales, esta incompatibilidad es básicamente inútil como ya se señala, debido a que el procedimiento de tutela laboral es completamente más idóneo para la resolución de los conflictos que se manifiesten al interior de la empresa.

En cuanto a la conducta típica, se trata de un ilícito de resultado, y por tanto polimórfica. Puede ser de cualquier tipo y adoptar cualquier forma, pero debe tener un resultado específico: restringir desproporcionadamente alguno de los derechos fundamentales protegidos del trabajador. Reconstruyendo las normas legales señaladas, podemos describir el hecho típico así: la conducta del empleador que afecta o restringe en forma desproporcionada y/o injustificada el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador.

La conducta lesiva del empleador puede ser desde un punto de vista jurídico, de dos tipos: ilícita, en cuanto, afectando el contenido esencial de un derecho fundamental del trabajador, se trata de una conducta calificada como ilegal por el sistema jurídico, por ejemplo una orden o conducta ilegal, caso en el cual, el juez debe simplemente, sin mayores consideraciones argumentativas, reprimirla jurídicamente con los mecanismos previstos por el nuevo procedimiento. En ese sentido la conducta del empleador de interceptar el celular del trabajador o de contratar detectives para que lo sigan a su domicilio, o de acosar sexual o moralmente al trabajador, corresponden a conductas ilegales que de suyo, sin justificación admisible, vulneran derechos fundamentales del trabajador.

También puede ser una conducta lícita en el sentido de que la ley no la califica deontológicamente como prohibida. Esto es, que corresponda al ejercicio de alguna facultad reconocida por ley, el contrato u otra fuente normativa para el empleador. En estos casos habría que distinguir si la conducta o posición jurídica del empleador se encuentra adscrita al ámbito protegido de un derecho fundamental, como por ejemplo la propiedad, o la libertad de contratación o por el contrario, es una posición o conducta que no esta adscrita a ningún derecho fundamental ni del empleador ni de terceros. En este último caso la conducta del empleador que afecte derechos fundamentales debe ser considerada lesiva de derechos fundamentales sin ponderación jurídica de derechos, porque dicha conducta se sostiene en una posición jurídica del empleador,

que no tiene rango jerárquico suficiente para justificar restricciones a garantías constitucionales del trabajador. Este es el caso de que el empleador fundara su conducta o su posición jurídica en los denominados deberes éticos o en el principio de buena fe.

Reconstruyendo las normas legales dictadas, podemos describir el hecho típico como la conducta del empleador, ejecutada en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, que afecta o restringe en forma desproporcionada e injustificante el ejercicio de un derecho fundamental del trabajador.

La conducta del empleador que afecta el contenido esencial de los derechos fundamentales del trabajador puede derivar del ejercicio de una facultad no reconocida por la ley, por ejemplo, uno de origen ilegal o sin ninguna justificación, en cuyo caso, el juez debe simplemente, sin mayores consideraciones, reprimirla jurídicamente con los mecanismos previstos en el nuevo procedimiento.

Lo frecuente será, sin embargo, que la conducta del empleador corresponda al ejercicio de alguna facultad reconocida por la ley, ya sea el poder de mando, el poder disciplinario propio del empleador o la facultad de contratar o despedir trabajadores y que son reconocidas como derivaciones de derechos constitucionales, lo que previsiblemente importará una colisión o conflicto de derechos fundamentales del trabajador y del empleador.

#### **4.1.3. La lista de derechos fundamentales**

El ámbito protegido de un derecho fundamental alude en concreto “a la esfera vital o a los bienes jurídicos comprendidos por él, con toda la diversidad con que se presentan en los derechos de defensa: libertad de actuación (la libertad de expresión o la libertad de práctica de un culto); situaciones o posiciones jurídicas (la propiedad); situaciones o estados personales (la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio)”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Casal, J. ¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N82, 2008, pag 84.

La pretensión de la acción de tutela es la protección y el resguardo de cierto tipo de derechos de los trabajadores, los doctrinalmente denominados, fundamentales inespecíficos, buscando el reestablecimiento en el ejercicio del derecho lesionado y la reparación del daño producido por su vulneración, cuando dicha afectación provenga del ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador. Ahora, en rigor, si el bien jurídico protegido por la acción de tutela no son los derechos fundamentales del trabajador a secas, ni siquiera los derechos fundamentales previstos expresamente por el texto constitucional en el artículo 19, lo protegido son los derechos fundamentales del trabajador previstos expresamente en la “lista” contemplada por el artículo 485 del Código del Trabajo.

Los derechos fundamentales contemplados en esa enumeración taxativa de la ley, y por tanto protegidos por la acción de tutela son de dos tipos, según su origen: los de fuente constitucional, previstos todos en el artículo 19 del texto fundamental, y los de fuente legal<sup>22</sup> previsto en rigor, un solitario derecho que corresponde al derecho a no ser objeto de represalias laborales, derecho a la indemnidad laboral, creado de algún modo por la propia ley N° 20.087.

También corresponde considerar como derecho protegido por este procedimiento de tutela, a la libertad sindical según lo dispuesto en el artículo 292 del Código del Trabajo que señala que: “el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales se substanciará conforme a las normas establecidas en el párrafo 6, de capítulo II, del libro V, del presente Código, dicho en palabras simples, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales”.

Los derechos fundamentales de origen constitucional protegidos por la acción de tutela son:

- a) Derecho a la vida (artículo 19 N° 1).
- b) Derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1).
- c) Derecho a la intimidad y respeto por la vida privada (artículo 19 N° 4).

---

<sup>22</sup> Gómez Montoro A. “El interés legítimo para recurrir de amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional Español” *Cuestiones Constitucionales*, N° 9, México, 2003.

- d) Derecho al Honor (artículo 19 N° 4).
- e) Derecho a la inviolabilidad de toda comunicación privada (artículo 19 N° 5).
- f) Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 N° 6).
- g) Libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19 N° 12).
- h) Libertad de trabajo y contratación laboral (artículo 19 N° 16).
- i) Derecho a la no discriminación (artículo 2 del Código del Trabajo). A pesar de la relevancia de este derecho, su protección fue fuertemente restringida. Primero se limitó el derecho a la no discriminación laboral del artículo 2 del Código del Trabajo, a cierto tipos de trabajadores, como por ejemplo los portadores de VIH y los consumidores de drogas, en segundo lugar se excluyó del objeto de este procedimiento de tutela a las discriminaciones del inciso sexto, esto es las discriminaciones efectuadas por la vía de ofertas de empleo<sup>23</sup>.

Aparte de estos derechos de fuente constitucional, la acción de tutela protege un derecho de origen legal, la que precisamente establece el nuevo procedimiento. En efecto, la nueva ley viene a dar lugar a un derecho fundamental no expresamente previsto por el texto constitucional, aunque fundado en un derecho fundamental constitucional, el de la tutela jurídica efectiva, y protegido por la acción de tutela del nuevo procedimiento: el derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocido técnicamente como garantía de indemnidad. En efecto, el artículo referido, señala en igual sentido que se entenderá como conducta lesiva de derechos fundamentales las represalias ejercidas contra trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

El derecho vulnerado, conocido en el derecho comparado como garantía de indemnidad, corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza

---

<sup>23</sup> Lizama, L y Ugarte, J,L. *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Cono Sur , Santiago 1998.

(fundamentalmente específicos o inespecíficos, legales o contractuales), a resuelta o como consecuencia de las acciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos. Como ha destacado la doctrina la garantía de indemnidad “vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalias empresarial distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos<sup>24</sup>

En el ámbito laboral, la doctrina ha destacado que esa amenaza es especialmente grave, “por la existencia de una clara relación de subordinación del trabajador y supremacía del empresario, las partes no se van a encontrar en una situación de igualdad; con lo cual en el ejercicio de cualquier actuación para reclamar una posición jurídica frente a quien ostentan tan privilegiada situación podría ser una quimera si no se asegura la situación de la parte débil de la relación”<sup>25</sup>.

#### **4.1.4. Las reglas sobre la prueba**

En el derecho comparado existe ya una idea consolidada sobre el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales. Se hace en consecuencia imperativo para otorgar una tutela efectiva de dichos derechos, la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos. En efecto, como se ha destacado ampliamente en la doctrina, “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra respecto de la prueba de los

---

<sup>24</sup> Valle F.A “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Social* N° 29, 2005. pag 82

<sup>25</sup> Tascon L.R. “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Revista del Trabajo y Seguridad Social* N° 251, España, 2004 pag 160.



hechos que avalan la pretensión del trabajador, la norma procesal laboral corrige las reglas sobre la carga de la prueba en el juicio”<sup>26</sup>.

No existe una sola técnica de aligeramiento en materia probatoria, sino varias modalidades distintas que, sin embargo, sirven a un mismo objetivo: facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar la carga probatoria del trabajador denunciante, alterando el axioma central en materia probatoria de que corresponde probar un hecho a quien lo alega, atendida una pluralidad de razones interrelacionadas de política jurídica: la realización de intereses generales de justiciabilidad de los derechos fundamentales; afrontar el problema práctico consistente en las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o contrario al derecho fundamental, atendida la debilidad de la posición contraria, lo que lleva a establecer “reglas especiales de distribución de la prueba a favor de la posición subjetiva del trabajador, agravando simétricamente la del empresario demandado”<sup>27</sup>.

La implementación de la norma inserta en el artículo 493 del Código del Trabajo, constituye una novedad para la regulación procesal de nuestro país, “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante, resulten indicios suficientes que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionabilidad. En este punto es importante determinar tres cuestiones: a) que tipo de aliviación o reducción probatoria es la que establece la norma; b) como se accede a esta reducción o, dicho en otras palabras, que es lo que debe probar el trabajador y; c) en que escenario queda el empleador afectado por la reducción probatoria del nuevo precepto legal citado.

Respecto de la naturaleza de la reducción probatoria establecida en el artículo 493 del Código del Trabajo, cabe señalar que no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga probatoria. En efecto no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria. Una

---

<sup>26</sup> Baylos , A. “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Revista del Colegio de Abogados de Concepcion*, Nº 5, 1998, pag 46.

<sup>27</sup> Monereo, J.L. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo blanch Valencia 1996, pag 32.

rigurosa inversión de la carga de la prueba en esta materia podría someter al empleador “ante la prueba diabólica” de un hecho negativo, como la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que se ha producido una violación de un derecho de tal naturaleza. Se trata en rigor de una técnica mas débil: hay una alteración del objeto de la prueba en que la víctima o denunciante no esta completamente liberado de prueba. Debe acreditar al menos la existencia de *indicios suficientes* de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables.

Lo que existe es una reducción de la prueba por la vía de alterar la distribución que correspondería de la aplicación de las reglas probatorias generales y particularmente del axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega, fundado en lo dispuesto en el artículo 1.698 del Código Civil: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”. Precisamente, en este punto opera la nueva distribución probatoria de la regla del artículo 493 del Código del Trabajo: se alivia la posición del trabajador, que solo debe acreditar indicios de la conducta lesiva, y no la conducta lesiva en sí misma, sobrecargando de esta manera al empleador que, en caso de estar acreditados los indicios, deberá alegar la existencia de motivos razonables y proporcionables para la conducta denunciada.

En segundo lugar, en lo referido al acceso a esta reducción probatoria para el trabajador, cabe señalar que para que el denunciante se aproveche de esta ventaja procesal le corresponde acreditar la existencia de indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento. ¿A que tipos de indicios suficientes se refiere la ley? Dichos indicios dicen relación con “hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales. Por ello la prueba reducida de que se beneficiaría el trabajador se traduce en la prueba de hechos que generen en el juez una sospecha razonable de que ha existido la conducta lesiva”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Martínez R.,L. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Cedecs, Barcelona, 1998, pag 174.

Se trata en rigor de lo que técnicamente se denomina principio de prueba. El trabajador debe aportar indicios que no prueben ningún hecho en específico, sino que, de distinta forma, logre generar en el juez laboral la sospecha razonable de que la conducta lesiva denunciada se ha producido. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia comparada en caso de una regla probatoria similar “un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, vale decir, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto” (90/1997 TC Español).

Frente a la aportación de los indicios suficientes, el empleador tiene la opción, como señala el mismo artículo 493 del Código del Trabajo, de “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionabilidad”. El empleador debe aportar la prueba que acredite que la conducta denunciada obedece a motivos razonables y que la misma no dice relación con la vulneración de derechos fundamentales del trabajador.

#### **4.1.5. Rol de la empresa en el Procedimiento de Tutela**

La acción de tutela de derechos fundamentales se dirige a un caso específico de sujeto pasivo calificado, es decir esta se dirige solo al empleador, no procede respecto de sujetos de derecho que no tengan esa calidad.

El empleador, esto es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o mas personas en virtud de un contrato de trabajo (artículo 3º del Código del Trabajo), debe ser entendido, además, según lo exige la presunción de derecho del artículo 4º del mismo texto legal: el gerente de la empresa, el administrador, el capitán de barco y, en general la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.

La consideración de que el sujeto pasivo de la acción de tutela, que parece obvia atendida la claridad del texto legal en la materia puede ser importante en aquellos casos en que la vulneración del o de los derechos fundamentales del

trabajador provienen de una situación horizontal, esto es, aquellas provocadas por las conductas de los compañeros de trabajo, como ocurre en el caso del acoso sexual o psicológico horizontal (mobbing). En estos casos, no procede, a nuestro juicio, la acción de tutela, porque pese a existir una vulneración de derechos fundamentales, esta vía procesal solo admite como sujeto pasivo al empleador.

Tampoco procedería, de mantenerse los términos del actual proyecto de ley de subcontratación y empresas de servicios transitorios, en contra de la empresa usuaria en los casos de suministro de trabajadores. Esta situación es algo delicada: en el suministro el empleador formal es la empresa de trabajo temporal, pero la empresa usuaria es la que dirige efectivamente los servicios de los trabajadores cedidos, cuestión que la pone como potencial agresor efectivo de los derechos fundamentales de estos trabajadores. El proyecto sobre la materia aprobado por la cámara de diputados señala: “El ejercicio de las facultades que la ley reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad de la vida privada o la honra de estos”. El problema radica en que esa norma aún no se ha materializado, ya que ni la reforma procesal laboral ni el proyecto de ley de empresas de servicios transitorios establecen como posible sujeto pasivo de la acción de tutela a la empresa usuaria, que en los términos del proyecto de subcontratación, no debe ser considerado como empleador sino como tercero responsable. De ahí que sea necesario señalar a la brevedad que si para efectos del procedimiento de tutela se entenderá o no por empleador en los casos de suministro de trabajadores también a la empresa usuaria.

## **CAPÍTULO II: DERECHOS DE LAS EMPRESAS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL**

De lo que se ha descrito en el capítulo precedente se desprende que, son elementos generales del nuevo sistema laboral, la instauración de abogados defensores, cuya implementación se encuentra a cargo de un organismo público constituido por la Defensoría Laboral, la cual asegura el derecho de obtener por parte de los trabajadores defensa jurídica letrada. No obstante este derecho esta reservado únicamente para los trabajadores, dejando de lado a la parte que la legislación, considera como “mas fuerte”, constituida por los empleadores, sin embargo en la práctica ha significado que exista una desproporcionada diferencia en los resultados de los asuntos jurídicos, en que se vean envuelto trabajadores y empleadores siendo los dependientes, quienes obtienen gran parte de los fallos favorables, mientras que su contraparte solo ha obtenido alrededor del 5%, esta enorme diferencia a sido transversal tanto para las empresas a grandes escalas como para aquellas que se acogen a la Ley para pequeñas y medianas empresas, lo anterior pone en evidencia práctica la necesidad de que se establezcan mecanismos jurídicos que tiendan a otorgar facilidades a este tipo de empresas, en atención a que lógicamente, los elementos que tienen a disposición para el cumplimiento de la normativa específica, son bastante menores a los que maneja una gran empresa.

A nivel procesal las audiencias del nuevo sistema son orales públicas y concentradas, de esa manera se resguardan los principios formativos de este procedimiento, además de la eficiencia y rapidez en la resolución de conflictos laborales. Se amplían las facultades judiciales, en el sentido de que el juez de la causa puede decidir sobre la pertinencia de la prueba ofrecida y decretar diligencias probatorias si es que las estima pertinentes, el juez además puede rechazar de plano aquellas actuaciones que considere dilatorias. En cuanto al tratamiento de la prueba, solo se admite la prueba que sea pertinente y que tenga relación directa con la controversia, se mantienen el resguardo de los derechos fundamentales consagrados en nuestra legislación, a nivel probatorio se establece que la prueba obtenida por

medios ilícitos u obtenida con transgresión de las garantías aseguradas por la constitución o las leyes, constituye prueba ilícita y no será tenida en cuenta para efectos probatorios; se elimina la posibilidad de tachar o inhabilitar testigos, siguiéndose el tópico de las recientes reformas legislativas en donde se apunta a la credibilidad o falta de aquella, respecto de la prueba testimonial.

La carta de despido, adquiere una mayor relevancia en este sistema pues incide en las obligaciones del empleador, ya que es él quien deberá acreditar la veracidad de los hechos fundantes del despido, junto con la obligación de presentar los instrumentos que ordene la ley en beneficio de los trabajadores.

Se agregan nuevos tipos de indemnizaciones, para el caso de que se decrete la vulneración de derechos fundamentales declarados por medio del procedimiento de tutela. Todo lo anterior se enmarca en una fuerte protección al trabajador, la cual se concreta en el procedimiento de tutela, establecido para aquellos casos en que el trabajador sufra vulneración de sus derechos fundamentales por parte del empleador, en el espacio de trabajo es decir en la empresa, a lo que se agrega la posibilidad de solicitar la reincorporación al trabajo en aquellos casos en que el juez acoja la denuncia de despido por vulneración de derechos fundamentales y declare que el despido es discriminatorio y grave, en cuyo caso se establece la opción legal al trabajador de optar entre la reincorporación o el pago de indemnizaciones legales con recargo y de otra complementaria entre seis y once meses de remuneración.

Ahora bien cabe preguntarse, qué entiende el legislador laboral por empresa y cual es su papel en este nuevo sistema, ya sea como espacio físico en el que confluyen los derechos y deberes de trabajadores y empleadores, o bien como una estructura de producción inserta en nuestro sistema económico.

## **1. EL CONCEPTO DE EMPRESA EN EL DERECHO DEL TRABAJO.**

La empresa no es un concepto jurídico, sino que es extraído de la realidad económica y corresponde, en líneas gruesas, a una organización para la producción de

bienes o la prestación de servicios en la cual se distinguen diversos factores como el elemento humano, espacio físico, estructura jurídica, implementación, tipo de producción o servicios, etc. Sin embargo, desde los orígenes del trabajo la empresa ha constituido el centro de imputación normativa para la aplicación de gran parte de la regulación de esta disciplina jurídica, por consiguiente, su alteración plantea efectos en la vigencia y ejercicio de los derechos y obligaciones laborales. De una parte, define en su interior los sujetos vinculados por la relación de trabajo, es decir el trabajador y el empleador, con la consiguiente definición de los titulares de los derechos y obligaciones laborales, de la otra, define el ámbito de la organización y, por consiguiente, podría incidir en la vigencia de algunos derechos laborales, como son aquellos que se determinan en razón de la dimensión de la empresa, y en la definición de los niveles para el ejercicio de los derechos colectivos.

El concepto de empresa que ha manejado históricamente el Derecho del Trabajo es bastante simple, dando cuenta de la realidad en los orígenes de esta disciplina, pero no en la actualidad. En la concepción clásica del Derecho del Trabajo el empresario o empleador “coincide con una identificación plena del sujeto titular de la organización empresarial, para cuyo funcionamiento contrata a un conjunto de personas sometidas a un régimen laboral”<sup>29</sup>, entre otras características, el titular de la empresa es una persona natural o a lo más, una persona jurídica simple; además, a través de su actividad empresarial el empresario controlaría el completo ciclo productivo.

Por consiguiente, tradicionalmente toda la estructura normativa del Derecho del Trabajo en los diversos modelos normativos ha descansado en esta concepción, desconociendo las nuevas formas de organización de las empresas.

---

<sup>29</sup> Cruz V.,J., *Los cambios en la organización de la empresa* .op. cit.,pag 35

### 1.1. La definición legal.

El ordenamiento jurídico laboral vigente en Chile otorga una definición de origen legal:

*“Se entiende por empresa 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 determinada”<sup>30</sup>*

Esta definición plantea algunas peculiaridades. En primer lugar, es la única definición legal de empresa, aunque su ámbito es limitado: por mandato legal se aplica a “los efectos de la legislación laboral y de seguridad social”. En segundo lugar en términos generales, el ordenamiento jurídico plantea un concepto objetivo de la misma, en cuanto la define como una organización o entidad, tal cual plantea el artículo tercero del Código del Trabajo, sin perjuicio de que éste mismo ordenamiento jurídico en alguna oportunidad ha presentado a la empresa como sujeto, identificándola al efecto con el titular de la misma, procediendo por tanto a la subjetivación. En tercer término, plantea que esta organización que es la empresa esta “dotada de una individualidad legal determinada”, lo que ha ocasionado bastantes confusiones.

En efecto, respecto de esta última particularidad, en el ordenamiento jurídico laboral chileno ha prevalecido una determinada interpretación del concepto de empresa, que la ha identificado con la forma jurídica en que se presenta organizado el titular de la misma, normalmente una sociedad. A partir de dicha interpretación, al empresario le ha bastado definir las sociedades necesarias para considerar la existencia de igual número de empresas. Como se ha señalado desde fuera de las ciencias jurídicas en relación a la negociación colectiva a nivel de empresa, es que se considera a la empresa en el sentido más formal imaginable:

*“Basta que un patrón constituya dos razones sociales distintas – aunque las empresas funcionen juntas, sean del mismo dueño, tengan un mismo giro y sus*

---

<sup>30</sup> Artículo 3° inciso tercero del Código del Trabajo.



*operarios trabajen juntos – para que se les considere dos entidades diferentes y los empleadores no puedan negociar efectivamente*<sup>31</sup>.

## **1.2. La jurisprudencia administrativa y judicial**

Tanto la jurisprudencia administrativa como la jurisprudencia judicial mayoritariamente habían identificado la empresa con el titular de la misma, normalmente una sociedad, obviando, de esta manera, que la empresa es una entidad de carácter económica más que jurídica, a la cual el ordenamiento jurídico le reconoce determinados efectos.

La Dirección del Trabajo, por su parte, había sostenido que la “identidad legal de la empresa” es la identidad legal del elemento de dirección o empleador de la misma, normalmente una sociedad, no obstante la evidente relación entre las sociedades, antecedente que puede llevar a concluir la existencia de una sola dirección y, por consiguiente, una sola empresa<sup>32</sup>

La jurisprudencia judicial, en una doctrina tradicional, también había procedido a la subjetivización de la empresa, pero en una posición algo más flexible que la Dirección del Trabajo. De un lado, ha identificado a la empresa con el titular de la misma, aunque no exige que se trate de sujetos con personalidad jurídica, como ha declarado al respecto:

*“Basta que tenga una individualidad legal determinada, concepto también amplio que admite manifestaciones diversas: asociaciones, comunidades, sociedades de hecho, corporaciones, etc.”*<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Maturana, V. y Mac Clure, O., “La negociación colectiva en Chile”, en *el Sindicalismo Latinoamericano en los Noventa/Negociación Colectivas y Sindicatos*, Volumen I, Ed. Clacso, Santiago de Chile 1992, pag 141

<sup>32</sup> D.DT. 4543/217,05.08.94, BODT, N° 68/94, pag 31 a 33.

<sup>33</sup> S.C.A., de Santiago, de 1 de agosto de 1989, *Revista Fallos del Mes* N° 397, agosto de 1991, pag 802.

De otro lado una postura bastante más realista plantea que “el concepto de empresa en materia de legislación laboral es más amplio que el de sociedad”; así concluye que:

*“Constituyen una sola empresa dos sociedades que, con medios que ambas proporcionan, ordenadas bajo una misma gerencia, concurrentes al logro de un fin económico común, se dedican, la una, al transporte de valores y la otra al conteo y envase de monedas y a la liquidación y pago de remuneraciones, ya que no es posible concebir el transporte de valores, sin que previamente las monedas hayan sido contadas y envasadas ni es posible tampoco suministrar el servicio de pagadores sin que el dinero para efectuar el pago sea transportado al lugar en que se efectúa”<sup>34</sup>*

Los efectos de la errada interpretación tradicional son graves para el sistema de relaciones laborales, en especial respecto de la vigencia y ejercicio de los derechos laborales, al no considerar que varias sociedades puedan constituir una sola empresa, tal como se presenta en la actualidad con las sociedades y grupos de sociedades.

### **1.3. La propuesta de modificación del legislador del año 2001**

Precisamente en el año 2001, a propósito de la discusión de las “reformas laborales”, fue debatida la propuesta de suprimir la frase del artículo 3º del Código del Trabajo que dispone “dotada de individualidad legal determinada”, en base al Proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo con fecha 28 de noviembre de 2000. La fundamentación de esta modificación se basa, como indica el proyecto, en establecer “la debida armonía con otras definiciones de empresa del propio código y con la aplicación del principio de primacía de la realidad, esencial en la disciplina jurídica que regula el trabajo dependiente”<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> S.C.A., de Santiago, de 6 de junio de 1991, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Tomo LXXXVIII año 1991, segunda parte, sección tercera, pag 84.

<sup>35</sup> Proyecto de Ley de 28 de noviembre de 2000 Boletín N° 2626.13, en “Historia de la Ley N° 19.759” de 2001, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, pag 11.

Sin embargo, aunque esta propuesta fue apoyada por un sector del Senado, mayoritariamente fue rechazada, aunque en base a distintos argumentos, entre otros, que “la actual definición de empresa no ha dado lugar a problemas”<sup>36</sup>. A partir del rechazo de esta propuesta de modificación, en el debate parlamentario nace la idea de establecer una infracción especial en el artículo 478 incisos segundo y tercero del Código del Trabajo.

#### **1.4. La configuración de una infracción laboral especial**

La Ley N° 19.759, estableció una infracción especial respecto de las empresas relacionadas: será considerado subterfugio “cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de los derechos laborales o colectivos”, tal como lo dispone el artículo 478 inciso tercero del Código del Trabajo, en tales casos, se configura la infracción del artículo 478 Inc. 2 cuya sanción es una multa en beneficio fiscal. Esta infracción plantea, además, la peculiaridad de que su conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas procedimentales laborales de carácter general.

Sin embargo, como ha señalado la doctrina laborista en Chile “la virtualidad del subterfugio como solución al problema explicitado es muy discutible<sup>37</sup>. Ciertamente la falta de vigencia y de infracción de los derechos laborales no se soluciona con una sanción pecuniaria, sino con el establecimiento de específicos instrumentos jurídicos y, en el supuesto de que el ilícito acontezca, deben establecerse los mecanismos que restablezcan el derecho y si ello no procediere deben fijarse mecanismos indemnizatorios. Además se suman otros antecedentes en la crítica a esta solución legislativa. El concepto de subterfugio que otorga el inciso tercero del artículo 478, y los ejemplos que señala, son de tal vaguedad que “es prácticamente imposible no pensar

---

<sup>36</sup> Historia de la Ley 19.759.

<sup>37</sup> Ugarte. C, J.L, El Nuevo Derecho del Trabajo, ed. Universitaria Santiago de Chile, 2004, pag 87.

que cualquier división empresarial pueda ser considerada ilícita, lo que obviamente no era el objetivo de la política legislativa perseguido por la reforma<sup>38</sup>. Además, se plantean dudas sobre la aplicación efectiva de esta infracción por parte de los Tribunales de Justicia, dado, entre otros motivos<sup>39</sup>, el gran número de Tribunales no especializados que conocen de las causas laborales.

### **1.5. Los grupos de empresas en el sistema de relaciones laborales**

Es fácilmente verificable que en el actual sistema social y económico chileno existen empresas relacionadas. En primer lugar, porque así se presentan algunas uniones de empresas, muchas veces bajo el nombre de “holding”. En segundo término porque a muchas empresas relacionadas, la ley comercial o tributaria les reconocen tal calidad. En tercer lugar, a través de específicas resoluciones de los tribunales de justicia, los que a través del conocimiento de determinadas controversias jurídicas reconocen tal calidad a determinadas uniones de empresas, tal como sucede en materia laboral.

Sin embargo para los efectos jurídicos laborales y, por consiguiente, para este estudio, nos importa un determinado tipo de uniones de empresas, y ésta es la de los grupos de empresas, especialmente con aquellas que están sujetas a una dirección unitaria. Pero tampoco en esta categoría es verificable la forma de relacionarse que adoptan las empresas, toda vez que ello responde a una decisión en la cual se plantean diversas fórmulas. Por consiguiente, la definición en un caso concreto de un grupo de empresas deberá verificar la sujeción de las diversas sociedades a una dirección unitaria.

El conocimiento de los grupos de empresas en nuestro sistema de relaciones laborales se plantea por tres vías: primero a través de controversias judiciales, en las que precisamente se discute la existencia de un grupo de empresas; segundo, por medio de resoluciones de la Dirección del Trabajo, que se plantan a propósito de

---

<sup>38</sup> Ugarte C, J.L. Ibid

<sup>39</sup> Ugarte C, J.L. Ibid

fiscalizaciones y pronunciamientos en materias solicitadas, es decir dictámenes y, tercero a través de estudio del casos concretos.

## **2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS EMPRESARIOS**

### **2.1. El empleador en la relación laboral**

El artículo 7º del código del trabajo define el contrato de trabajo del siguiente modo:

“Contrato Individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración indicada”.

De la definición se desprende que en un contrato de trabajo encontramos como partes al Trabajador y al Empleador.

Por empleador, con anterioridad a la dictación del D.L. N° 2.200, de 1978, se reservaba solo para designar a la contraparte del empleado particular, pues en el contrato obrero se utilizaba el vocablo patrón para referirse al acreedor de trabajo.

El artículo 3º, inciso primero letra a), del Código del Trabajo define al acreedor del trabajo en los siguientes términos:

“Para todos los efectos legales se entiende por:

- a) Empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo...”

De este artículo se desprenden tres requisitos.

1. Que sea una persona natural o jurídica.

2. Que utilice los servicios intelectuales o materiales de una o más personas.
3. Que se encuentre ligado a estas últimas en virtud de un contrato de trabajo.

Este empleador es a menudo el llamado empresario. Pero cuando el acreedor de trabajo es una simple persona natural, habrá un empleador y acreedor de trabajo, pero no existirá una empresa.

Como ya hemos señalado el concepto de empresa sólo lo encontramos en la legislación laboral, en el inciso final del artículo 3º del Código del Trabajo; “para los efectos de la legislación laboral y de la seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales materiales o inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales y benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.”

### **2.1.1. Obligaciones del empleador**

En líneas gruesas pueden describirse como obligaciones del empleador las siguientes:

- En principio y al comienzo de la relación laboral tendrá la obligación de pagar todas las remuneraciones correspondientes y cumplir con todas las obligaciones impuestas por las leyes laborales, previsionales, estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.
- Una vez iniciada la relación laboral, debe suministrar a su dependiente trabajo regularmente y todos los medios necesarios para el desarrollo del mismo, por ejemplo: maquinarias, herramientas, materia prima, etc., como también debe establecer el lugar adecuado para desarrollar las tareas encomendadas.
- Tiene además la responsabilidad de suministrar al trabajador todas las medidas de seguridad e higiene y será responsable de accidentes sufridos por los trabajadores en caso de que las medidas de seguridad sean insuficientes.

- Deberá ejercer las funciones de organización y de dirección. Sobre este punto aclaramos que la ley dispone que el empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente su empresa y que las facultades de dirección que tiene deberán ser con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Con estas limitaciones el empleador puede introducir cambios relativos a la forma y modalidad de la prestación del trabajo, fijar las tareas o funciones de los trabajadores, trasladarlos de un lugar a otro, todo esto siempre que no modifique las condiciones de trabajo estipulado, específicas de la profesión o categoría del trabajador, ni de sus derechos consagrados a nivel constitucional o legal.
- En el ámbito previsional el empleador tiene la obligación de pagar periódicamente las cotizaciones previsionales de los trabajadores.

### **2.1.2. Los deberes del empleador al terminar la relación contractual**

*“Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.”*

La primera de ellas es dar aviso al trabajador que se va a despedir en forma escrita, señalando expresa y específicamente las causales que invoca para ello. Sea que el término de la relación laboral se produzca por las causales contenidas en los números 4, 5 o 6 del artículo 159, esto es vencimiento del plazo convenido en el contrato, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor; por las causales contenidas en el artículo N° 160, que no dan derecho a indemnización alguna al trabajador; o bien, cuando el empleador funde el despido en

necesidades de la empresa, causal regulada por el artículo N° 161. En el caso de invocarse las causales previstas en los N° 4 ó 5 del artículo N° 159 y las del artículo N° 160, el referido aviso debe entregarse al trabajador personalmente o enviarse por carta certificada al domicilio señalado en el contrato, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la separación del trabajador. Y si la causal invocada es la contenida en el número 6 del artículo N° 159, el plazo se amplía a 6 días, debiendo enviarse, además, dentro del mismo plazo, copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo respectiva.<sup>40</sup>

Si la causal invocada es la prevista en el artículo 161, necesidades de la empresa, el empleador tiene dos alternativas: avisar con a lo menos 30 días de anticipación al trabajador, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo, o bien pagar una indemnización sustitutiva de dicho aviso previo. Sin perjuicio de lo anterior, la falta de comunicación escrita no significa que el despido no surta efectos o que no tenga validez, porque éste responde a un hecho cierto que opera desde que pone término al contrato, correspondiendo sancionarse dicha omisión con la multa que establece el artículo 477 del Código del Trabajo, según se desprende claramente del inciso octavo del artículo 162 del Código del Trabajo. En cuanto a la segunda obligación del empleador, introducida por la Ley N° 19.631, se encuentra plasmada en el inciso 5 del citado artículo 162: *“Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.”*

En consecuencia el empleador que ha puesto término a la relación laboral sin haber pagado las respectivas cotizaciones previsionales, tendrá la obligación de:

---

<sup>40</sup> Ordinario N° 5.372/314 de 25 de octubre de 1999. Dirección del Trabajo. Publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1999.



- Pagar al trabajador la totalidad de las remuneraciones e imposiciones del período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que efectivamente pagó las cotizaciones adeudadas y así lo acreditó. El trabajador no estará obligado a trabajar durante tal período.
- El empleador no puede dejar sin efecto el despido en forma unilateral, sólo podrán hacerlo ambas partes de común acuerdo. En tal caso, la relación laboral continuará vigente, en los mismos términos de antes, pero el empleador deberá ponerse al día en el pago de las cotizaciones morosas.
- Se establece la obligación de tener al día las cotizaciones previsionales del trabajador que se despide. Tan importante es cumplir con este requisito, que en los casos en que el empleador esté en morosidad de pago de las cotizaciones previsionales, el despido, fundado en las causales contenidas en los números 4, 5 y 6 del artículo 159 (vencimiento del plazo convenido, conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor); por algunas de las causales del artículo 160 (Aquellas que no dan derecho a indemnización), y las del artículo 161 (necesidades de la empresa o libre desahucio), carece de todo valor.
- El empleador deberá practicar la liquidación de las remuneraciones que le puedan corresponder al trabajador, separando los ítems que corresponda: remuneraciones, indemnizaciones, bonificaciones, etc.

En síntesis para que sea válido el despido, el empleador debe cumplir con los deberes de acompañar al aviso de término de contrato, los certificados que acrediten que tiene pagadas las siguientes cotizaciones previsionales:

- Cotizaciones de pensiones, AFP o INP.
- Cotizaciones de salud, FONASA o Isapre.
- Cotizaciones del seguro de cesantía (Ley N° 19.728), si correspondiere.
- Tendrá que presentar además las respectivas planillas de pago.

El empleador debe comprobar que todas estas cotizaciones están pagadas para proceder al despido, de lo contrario éste no pondrá término al contrato de trabajo.

Ello significa que el empleador tendrá que continuar pagando al trabajador afectado las remuneraciones y demás prestaciones contempladas en el contrato de trabajo, hasta que haya convalidado debidamente el despido<sup>41</sup>.

### **2.1.3. Derechos del empleador**

El empleador, en su calidad de tal, posee una “facultad de mando y esta facultad hace nacer en el trabajador su deber correlativo, “el deber de obediencia”.

#### ***2.1.3.1. La facultad de mando del empleador***

El código del Trabajo no contiene normas concretas sobre el contenido positivo de la facultad de mando que tiene el acreedor del trabajo, empresario o empleador, sin embargo, esta ha sido un tema muy debatido en el Derecho del Trabajo.

El inciso segundo del artículo 306 del Código del Trabajo, dispone que “no serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restringen o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa”. Esta es la norma positiva más explícita, que por vía indirecta alude a la facultad de mando del empleador.

Pero aunque no la encontremos de forma expresa en el Código del Trabajo, la facultad de mando es un atributo esencial del empleador en un contrato de trabajo, ya que éste crea un vínculo de subordinación y dependencia bajo el cual se deben prestar los servicios, y la única manera como se puede manifestar esta subordinación y dependencia es mediante la facultad de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador.

---

<sup>41</sup> Información obtenida de la pagina virtual de la la Dirección del Trabajo (en línea)  
[http://www.dt.gob.cl/1601/articles-89186\\_recurso\\_1.doc](http://www.dt.gob.cl/1601/articles-89186_recurso_1.doc) (consultada 23 de diciembre de 2009)

Sin importar la concepción doctrinaria o jurídica que se tenga sobre la empresa, ella representa una unidad con su propia organicidad, que requiere indispensablemente para su marcha de alguien que la estructure, oriente y dirija. La facultad de mando es esencialmente funcional, vale decir, es un poder para los efectos de que la empresa cumpla sus fines.

Dentro de la facultad de mando encontramos:

- El poder de dirección.
- El ius variandi.
- Facultad o poder disciplinario.

**a) El poder de dirección:** La primera y la más importante manifestaciones de la facultad de mando, que emana del derecho de propiedad que irroga del empleador. En este caso el empleador es al mismo tiempo, un organizador o director de la empresa. De este poder se desprende la funcionalidad de la facultad de mando, ya que este poder de dirección es un poder relativo, y debe ser enfocado como una responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, con miras a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad. Se habla de un poder relativo, por estar condicionado por diversos factores, y en especial por los derechos de los trabajadores y la exigencia de la actividad productiva misma. Por su carácter funcional y relativo, y por la trascendencia que su ejercicio tiene para la entidad productora y para la comunidad, es que este poder se confunde con una responsabilidad. Esto quiere decir, que el ejercicio abusivo de dicho poder, trae aparejada consecuencias graves. Este poder debe ejercitarse acorde con los marcos legales, por lo que no puede conducir a un abuso del derecho. La manifestación concreta de este poder de dirección varía según las costumbres, las personas que intervienen en la relación jurídica, etc. Se debe tener presente que todas las potestades legales del empleador pueden ser utilizadas en forma desproporcionada o de manera desviada. En estos casos, las facultades legales pueden atentar contra derechos fundamentales, sobre todo si son usadas en forma persecutoria. En este contexto los límites estatuidos por el legislador en el artículo 5º son plenamente pertinentes. En nuestro sistema jurídico existen restricciones al poder de dirección del empleador al momento de obtener información

sobre el trabajador al que va a contratar y estas restricciones están puestas en sentido positivo porque las indagaciones se limitan a hechos o circunstancias estrictamente relevantes para valorar las aptitudes profesionales del trabajador (capacidad e idoneidad).

#### Normas:

Art. 185 y 186 del C. del Trabajo: señala que para trabajar en industrias o faenas peligrosas o insalubres se requiere de un certificado médico de aptitud. Esta norma hay que complementarla con el DS594 del año 2000 del Ministerio de Salud.

Art. 2º inciso 4º del C. del T.: Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no serán consideradas como discriminación.

Inciso 5º: son actos de discriminación: las ofertas de trabajos efectuadas por un empleador directamente o a través de terceros y por cualquier medio y que señalen como requisito para postular a ellos cualquiera de las condiciones referidas en el inciso 3º.

Art. 5 del C. del T.: fue incorporado al Código el año 2001. “el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador (contratar personalmente por ejemplo) tiene como límite el respeto a las garantías de los jóvenes y por sobre todo cuando se afecta la dignidad, idoneidad y vida sexual.

Art. 154 bis del C. del T.: Fue incorporado el año 2001: “el empleador debe mantener reserva de toda la información, datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

El poder de mando se traduce en la facultad del empleador de organizar la empresa (potestad reglamentaria), la facultad de administración y la potestad disciplinaria.

**b) El ius Variandi:** Facultad que tiene el empresario en uso del poder de mando, para “alterar los límites de la prestación de trabajo”<sup>42</sup>

El alcance del ius variandi ha sido muy debatido, por un lado, se encuentra el derecho legítimo del trabajador a no ser transformado o utilizado como una cosa, y por otro, el interés del empleador de disponer de las necesarias variaciones sobre la forma y modalidades de la prestación de servicios que sean requeridas para la buena marcha de la empresa. Además se encuentra el interés de la comunidad referido al mejor aprovechamiento de los recursos humanos.

Las concreciones más usuales que puede tener el ius variandi se refieren:

- Al lugar de trabajo.
- A las modalidades de la prestación de servicios.
- A la jornada de trabajo.

Del ius variandi se concluye que el contrato de trabajo es un negocio jurídico, esencialmente bilateral que como tal, no puede ser alterado unilateralmente por una sola de las partes. Por otro lado, el poder de dirección del empleador, no lo habilita para modificar los términos del contrato, salvo en situaciones de emergencia y de manera transitoria. De este modo, el ius variandi debe aplicarse restrictivamente y cumpliendo con los requisitos que el propio artículo número 12 del Código del Trabajo. El ius variandi implica cierta modalidad del poder de dirección, que debe ser ejercida con racionalidad.

**c) El poder disciplinario:** La potestad disciplinaria se traduce en la facultad con que cuenta el empleador en aplicar las sanciones establecidas en el reglamento interno (tanto pecuniarias como disciplinarias; las disciplinarias se traducen en amonestaciones por escrito que se mandan a la Inspección del Trabajo). Se refiere al mantenimiento de la disciplina en el trabajo. Esto es indispensable para la consecución de los fines que se han propuesto las partes celebraron el contrato de trabajo, y el fin mismo de la empresa. En muchos casos, para el mantenimiento del orden interno, se

---

<sup>42</sup> Bayon y Pérez, Manual de derecho del trabajo, Vol. II, pag. 110.

requiere que quien ostente el poder de mando tenga inmersa en él, una cierta posibilidad de coacción es por ello que el empresario posee la facultad de sancionar los incumplimientos laborales de los trabajadores, como resultado del poder de dirección que nuestra legislación y doctrina le reconoce y que establece como contrapartida el deber básico del trabajador de “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas”.

**d) Poder disciplinario directo:** Este poder permite adoptar decisiones sancionadoras inmediatas, sin necesidad de acudir a los Tribunales. De esta manera, se garantiza el control por parte del empresario de las conductas de sus trabajadores, permitiendo una reacción rápida ante las infracciones de éstos. La materialización de esta potestad es a través del reglamento interno. El Reglamento Interno es el instrumento por medio del cual el empleador regula las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en la empresa.<sup>43</sup> Así, debe contener a lo menos: las horas en que empieza y termina la jornada de trabajo y las de cada turno, los descansos, los diversos tipos de remuneración; el lugar, día y hora de pago; las personas a quienes los trabajadores deben dirigir sus reclamos, consultas y sugerencias; la forma de comprobación del cumplimiento de las normas previsionales y laborales; las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad, las sanciones que se puedan aplicar a los trabajadores con indicación de las infracciones y el procedimiento a seguir en estos casos.

Hacemos presente que las sanciones que señale el Reglamento Interno sólo pueden consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria. La multa tiene como destino los fondos de bienestar que la empresa tenga para los trabajadores o el que tengan los sindicatos. Si no existieran dichos fondos, la multa se destina en último caso al Sence. Por tanto, nunca el empleador puede quedarse con el monto de las multas cobradas.

El trabajador puede reclamar de la aplicación de la multa ante la Inspección del Trabajo respectivo.

---

<sup>43</sup> [http://www.paritarios.cl/actualidad\\_reglamento\\_interno.htm](http://www.paritarios.cl/actualidad_reglamento_interno.htm) (consultada el día 9 de mayo de 2010).

**Clases de faltas sancionables:**

Las conductas de los empleados que suelen calificarse habitualmente (a través del reglamento interno de la empresa) como faltas, y que dan lugar a sanciones son: el retraso injustificado, la no comunicación con la debida antelación de la falta al trabajo, el incumplimiento no justificado del horario, la falta de disciplina en el trabajo, la simulación de enfermedad, la utilización o difusión indebidas de datos o asuntos del trabajo, la insubordinación, etc.

**Obligación del reglamento**

La obligación de confeccionar el Reglamento Interno no la tiene todo empleador, sino sólo las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas industriales o comerciales que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes.

En el caso de que una empresa esté obligada a tener Reglamento Interno y carezca de él, puede ser sancionada con multa administrativa por el Inspector del Trabajo. La confección del Reglamento Interno depende exclusivamente del empleador y su contenido lo determina libremente. Si bien el empleador es soberano para establecer las obligaciones, prohibiciones y en general, toda medida de control a los trabajadores, sólo puede efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral, y en todo caso, su aplicación debe ser general, garantizando de esta manera la impersonalidad de la medida para respetar la dignidad del trabajador, asimismo, el empleador debe mantener reserva de toda información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral. El empleador debe entregar en forma gratuita a cada trabajador un ejemplar que contenga el texto del Reglamento Interno y el Reglamento de Seguridad e Higiene referido en la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Normalmente, ambos reglamentos se fusionan en uno solo.

En este sentido las empresas de menor tamaño que tengan menos de diez trabajadores permanentes ven restringida la materialización de su potestad disciplinaria, ya que como se señaló, la ley solo establece la obligación de efectuar un reglamento interno a las empresas que cuenten con más de diez trabajadores.

**¿Puede verse modificada una cláusula del contrato individual por haberse modificado el reglamento interno de la empresa?<sup>44</sup>**

De acuerdo a lo previsto en el artículo 156 del Código del Trabajo, el reglamento interno de orden, higiene y seguridad puede ser modificado por el empleador, debiendo en tal caso poner en conocimiento de los trabajadores las modificaciones con 30 días de anticipación a la fecha en que comenzarán a regir. De esta forma, el reglamento interno es un acto jurídico unilateral del empleador que puede ser modificado por él mismo sin necesidad de contar con la anuencia de los trabajadores, ajustándose a la normativa legal, salvo que las partes en el contrato de trabajo hayan estipulado que el reglamento Interno forma parte integrante de aquel; no produce este último efecto cuando es el empleador quien en el Reglamento Interno establece que éste forma parte del contrato de trabajo. Cabe tener presente que los contratos de trabajo, individuales o colectivos nacen a la vida del derecho en virtud del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, de manera tal que su modificación sólo es posible en la medida que concurra el mutuo consentimiento de las mismas en aquellas materias en que han podido convenir libremente.

El poder disciplinario del empleador es el indispensable corolario de su facultad de mando y existe en todo acreedor del trabajo. La manifestación externa de este poder la encontramos en el reglamento interno de la empresa.

**Artículo 5º del Código del Trabajo y facultades del empleador:**

En cuanto al alcance del artículo 5º del Código del Trabajo debemos distinguir entre su ámbito de aplicación y sus efectos.

---

<sup>44</sup> <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60279.html> (consultada el día 9 de mayo de 2010).



En cuanto a su ámbito de aplicación, este abarca en forma amplia todas las potestades del empleador, es decir a las facultades de mando, reglamentaria y disciplinaria. Todas estas quedan sujetas al límite de esta norma, especialmente la de mando, por ser una facultad abierta e indeterminada que es concretada en el día a día por el empleador. Este poder limita con los derechos fundamentales del trabajador.

La potestad reglamentaria está sujeta a los controles que determina el artículo 153 del Código del Trabajo, lo cual no obsta a postular que el reglamento interno legítimamente aprobado, igualmente tiene como límite las garantías constitucionales de los trabajadores

La potestad disciplinaria es la más compleja, ya que debe ser interpretada en forma restrictiva. Sólo el empleador y no un tercero ajeno a la relación laboral podría detentar potestades disciplinarias respecto de sus trabajadores, que se podrían concretar en las sanciones que señala el artículo 154 N° 10 del Código del Trabajo, ante infracción al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, y siempre que hubieren estado contempladas en él, no encontrándose entre ellas la suspensión unilateral de labores del trabajador.

Respecto a los efectos del artículo 5° del Código de Trabajo, cabe precisar que el legislador ha limitado las facultades empresariales con las garantías constitucionales del empleador, en especial cuando pudiesen afectar su intimidad, vida privada y honra. En cuanto a este punto, debemos abordar dos aspectos: la amplitud de los límites y la operatividad de los mismos. Sobre la amplitud se trata de las garantías constitucionales, por tanto se comprenden los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales, también operan como límite, porque muchos de ellos también se encuentran contemplados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, y los que no, tienen operatividad propia en virtud del artículo 5°, en orden al deber del juez laboral de respetar y promover tales derechos en el ámbito de las relaciones de trabajo, especialmente como límites a las potestades del empleador. Los derechos fundamentales no contemplados en la Constitución ni en tratados internacionales quedan fuera.

En cuanto a la operatividad, la Ley N° 20.087 otorga los elementos necesarios para el juicio de ponderación. Es necesario hacer dos observaciones; El procedimiento de tutela enumera los derechos fundamentales protegidos, por ende, su ámbito de aplicación es más restrictivo que el artículo 5º inciso primero del Código del Trabajo. Además, el nuevo procedimiento aclaró algo obvio pero no menos importante: la existencia del contrato de trabajo no implica que no pueda haber límites a los derechos fundamentales del trabajador, sino que estos límites deben ser racionales y proporcionales como el nuevo procedimiento regula.

#### **2.1.4. El deber de obediencia del trabajador**

Es la contrapartida de la facultad de mando del empleador.

“Se designa generalmente esta obligación como deber de obediencia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, aunque tal vez fuera preferible evitar esa designación, ya que no corresponde a los conceptos democráticos modernos acerca de la naturaleza jurídica de la relación de trabajo como relación comunitaria de carácter jurídico personal. Se hablaría mejor del reconocimiento del trabajador al derecho de dirección del empleador”<sup>45</sup>.

El deber de obediencia en el contrato de trabajo tiene delimitaciones específicas y un común denominador genérico con la obediencia que media en otras situaciones jurídicas. El deber de obediencia no es consecuencia de una superioridad del empresario, ni de que éste sea propietario de la empresa, sino de la necesidad de organizar el trabajo, de que se logren los fines de la empresa y de que haya una conducción responsable en la labores.

Este deber supone la obligación del trabajador de:

- Acatar la disciplina interna del establecimiento.

---

<sup>45</sup> William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida. Manual de Derecho de Trabajo Tomo III, 5ta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2008. pag. 243.

- Respetar las normas del reglamento interno.
- Cumplir las órdenes concretas que le imparta el empleador, por si o por medio de sus delegados.

Ahora bien, una vez que hemos dilucidado el marco general que se encuentra delimitado por las potestades y derechos de empleadores y trabajadores consagrados a nivel normativo y constitucional, cabe preguntarse ¿Cómo debe resolverse una colisión de derechos fundamentales entre el empleador y el trabajador en el marco del contrato de trabajo? La respuesta no proviene de la dogmática laboral, sino de la teoría constitucional que intenta resolver del modo más razonable, para solucionar este complejo tipo de problemas. En el mercado de las ideas constitucionales existen varias posibles respuestas a una colisión entre derechos fundamentales:

La primera respuesta, y en algún sentido más obvia, es negar el conflicto o colisión. Es una postura algo optimista sobre el asunto y pasa por sostener que cada derecho tiene un ámbito protegido o contenido determinado y fijo y que entre ellos existe una suerte de armonía simétrica dada por la correcta delimitación de uno respecto del resto de los derechos fundamentales. En este sentido, se afirma que “los supuestos usualmente planteados como colisión entre derechos o entre derechos y bienes constitucionales, son en realidad pseudo colisiones, no debiendo ser resueltos a través de la ponderación de bienes, sino por la vía de esclarecer interpretativamente o delimitar el contenido del derecho que se trate”<sup>46</sup>.

Los problemas de esta tesis son variados: primero, no es posible determinar con exactitud y exhaustividad el contenido definitivo de un derecho fundamental supuesto que se trata de normas de principios y no de reglas cuya estructura es esencialmente abierta e indeterminada. Segundo, aún cuando eso se lograra y tuviéramos derechos perfectamente delimitados, eso no impide que existan conflictos con otras normas constitucionales de derechos, ya que tal como la doctrina señala, disponer de normas perfectamente delimitadas no significan que estas tengan que encajar perfectamente como piezas de un puzzle, puesto que pueden suponerse unas

---

<sup>46</sup> Serna, P y Toller, F. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos, Editorial la Ley, Buenos Aires 2000, pag 65.

con otras”<sup>47</sup>, nada impide, desde el punto de vista lógico, que a pesar de lograr tener las normas de derechos fundamentales quirúrgicamente delimitadas, estas entren en conflicto, por ejemplo pareciera que la libertad de expresión del trabajador perfectamente delimitada no incluye proferir las injurias o insultos, y que por tanto, bien delimitada, nunca podría colisionar con la honra del empleador. Ésta a su turno incluye el derecho a no ser objeto de expresiones injuriosas, ambos derechos están perfectamente delimitados respecto de una conducta del trabajador como es injuriar al empleador y no hay posibilidad según este ejemplo de colisión. Pero cabe preguntarse: ¿es eso realmente así?, aún a primera vista pareciera que no, ello además si tenemos en cuenta que este supuesto perfecto o simetría entre los derechos fundamentales supone, precisamente lo que esta teoría niega que ocurra, ya que la ponderación entre derechos fundamentalmente, es hecha en este caso ex ante y en algún sentido a oscuras y escondida bajo la denominada interpretación simétrica.

Las restantes tesis suponen reconocer la existencia genuina del conflicto entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, aunque sea para entender que: a) no existe respuesta razonable para dicho problema; b) el conflicto es relativamente sencillo de resolver porque los derechos están jerarquizados y; c) el conflicto es relativamente difícil, pero existe una solución razonable: la ponderación.

En este sentido, primero se encuentra la tesis pesimista y quizás la más radical de todas las posturas que es, reconociendo el conflicto entre derechos fundamentales sostener que indefectiblemente este problema no tiene una respuesta razonable. Es una forma de escepticismo que, en rigor, se sostiene respecto de todo caso difícil en el derecho y no solo de la colisión de derechos fundamentales. Es la postura que alguna vez Hart llamo “de la pesadilla”: no solo no existen respuestas correctas a este tipo de problemas ni siquiera las hay racionales. Como dice Gaustini, uno de los mejores exponentes, la ponderación de principios se funda, entonces, en una peculiar interpretación de los principios que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un

---

<sup>47</sup> Martínez Z, D. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminaron normativa, Marcial Pons Madrid, 2007, pag 190-

juicio en términos de “justicia”) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa<sup>48</sup>.

En este sentido, la tesis comentada supone que la ponderación “es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva”, que no supone ninguna pauta de razonabilidad objetiva, sino nada más que la atribución eminentemente valórica, y por tanto subjetiva, del juez en la determinación de los “pesos” de los derechos en conflicto. Y ello no es raro en Guastini puesto que para él, “cualquier enunciado interpretativo es el resultado de una volición y en este sentido supone un juicio de valor y no una actividad de carácter cognoscitivo<sup>49</sup>”.

En segundo lugar se encuentra la tesis que algunos la han denominado como de “optimismo ingenuo” de quienes junto con reconocer la colisión, creen ver una forma de solución sencilla y expedita que, en rigor le quitaría dramatismo al problema. Esa fórmula simple de solución consiste en constatar la existencia de un orden jerárquico entre derechos fundamentales. En este caso, bastaría reconocer en que ubicación se encuentran los derechos fundamentales en juego, para dar primacía al considerado más importante en el orden respectivo, siendo así de sencillo y expedito.

En Chile esta tesis ha sido sostenida, entre otros, por Cea quien sostiene que “tiene que ser reconocida la disparidad de jerarquía entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal”, explicitando que ese orden jerárquico de prelación esta conformada por el “derecho a la vida y la integridad personal, continuando por la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; seguido de la información y reunión; para concluir con el Orden Publico Económico, dentro del cual se hallan la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de los bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies<sup>50</sup>”.

---

<sup>48</sup> Guastini, R. Distinguiendo, Gedisa, Barcelona, 1999, pag 171

<sup>49</sup> Moreso, J “Conflicto entre principios constitucionales”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta Madrid, pag 103

<sup>50</sup> CEA, JL. El sistema constitucional de Chile; síntesis crítica, U Austral, Santiago, 199, pag 172

Se trata de una tesis difícil de aceptar, de ahí que haya sido blanco de numerosas críticas: primero, es un orden intuitivo en cuanto no esta nada claro el método ni la justificación de cómo se construye tal jerarquía; segundo, encubre elecciones ideológicas evidentes, el orden de los derechos es un orden desde una ideología de los mismos; tercero, es un orden generalmente insuficiente, y; cuarto, produce un resultado práctico absurdo como es la devaluación total de ciertos derechos fundamentales. Como se explica en la doctrina comparada la jerarquía entre derechos no existe, o al menos no basta en la práctica para decidir la composición de un litigio. Una jerarquía cerrada implica no tomar en serio todos los derechos, porque algunos siempre quedarán diferidos en las controversias judiciales ante la presencia de otros de rango superior. Se generará así la grave injusticia de que los titulares de determinados derechos verán siempre sucumbir sus derechos en las litis donde se topen con quien detente un derecho abstracto superior en jerarquía<sup>51</sup>.

La tercera y última opción, que aquí sostendremos como correcta, es entender que existen genuinas colisiones de derechos fundamentales y que además, existe un modo razonable de solución en concordancia con la coherencia doctrinaria de los derechos fundamentales y las herramientas jurídicas que la pone en practica.

#### ***2.1.4.1. La colisión entre derechos fundamentales en el ámbito laboral y la ponderación.***

El objeto de los procesos laborales será la determinación de la posible vulneración del o los derechos fundamentales del trabajador por parte del empleador en el ejercicio de sus facultades legales, buena parte de ellos conducirá indefectiblemente a un problema de conflicto entre derechos fundamentales: la conducta del empleador amparada en sus funciones como propietario y los derechos constitucionales del trabajador como ciudadano. Este conflicto de derechos fundamentales supone una modalidad de aplicación de derecho distinta al modo común o tradicional, configurada por la subsunción, y correspondería más bien a la

---

<sup>51</sup> Serna, P y Toller, F. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Op. Cit., pag 26

demonizada ponderación. En efecto la ponderación se construye como un modo de aplicación del derecho distinto de la subsunción. La subsunción es la operación típica de aplicación del derecho del modelo legalista de derecho, mientras que la ponderación es el modo propio de la aplicación de esta nueva etapa de constitucionalización del derecho.

La explicación de la diferencia es que, mientras las reglas se aplican subsuntivamente, los principios se someten a cálculo y balanceo: el derecho legislado (como la legislación laboral) corresponde fundamentalmente a reglas, el derecho constitucional, especialmente los derechos fundamentales corresponden a principios. En ese sentido, se dirá, que “si el derecho actual esta compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley<sup>52</sup>.

Las reglas establecen un deber definitivo; el juez debe en cada caso que corresponda aplicarla sin cálculo de ningún tipo, y siempre deberá imputar la consecuencia jurídica establecida por al regla. Los principios solo establecen un deber prima facie o condicional que puede balancearse y ceder frente a otros principios de igual categoría<sup>53</sup>. Como se ha señalado cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume.

De este modo, por ejemplo, si el juez laboral considera que debe aplicar la regla del artículo 159 del Código del Trabajo que establece la segunda renovación del contrato de plazo fijo lo transforma en indefinido, entonces no tiene espacio para ningún tipo de cambio, si el mismo juez debe resolver si el empleador tiene derecho a

---

<sup>52</sup> Zagrebelsky, G. El derecho dúctil, Trotta, pag 110.

<sup>53</sup> Peczenick, A. *Los principios jurídicos según Atienza y Ruiz Manero*, Doxa, N° 12, 1992, pag 327.

controlar el contenido de los correos electrónicos deberá determinar que alcance tendrá el derecho de propiedad (equivalente valor como el de intimidad) contemplado en el principio del artículo 19 número 12, cuestión que supone un sopesamiento que podría terminar en una solución de compromiso o intermedia que permita la aplicación parcial de ambos: se puede controlar el formato pero no el contenido. Precisamente esa es la solución al problema de los correos electrónicos en Chile, que no tiene norma legal al respecto, según la ponderación efectuada por la Dirección del Trabajo: “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores, Dictamen 0260/0019 de 24.01.2002.

La aplicación del derecho laboral, contenido en general en las reglas de legislación laboral ordinaria, supone básicamente subsunción por parte de los aplicadores del derecho. Esta permite al juzgador solucionar un litigio aplicando una consecuencia prevista en una norma jurídica general a un caso determinado, que se entiende una manifestación individual del caso genérico regulado por la norma. El tránsito de la norma general a la consecuencia individual se lograría mediante una operatoria de lógica dirigida a obtener la decisión del caso sometida a su conocimiento: los hechos que constituyen el caso o conflicto (premisa menor) son subsumidos o encuadrados en la norma que se entiende aplicable al caso (premisa mayor), lo que permite obtener una decisión que resuelve el problema (conclusión).

En caso de existir conflicto entre dos o más reglas que pudieran resultar aplicables al caso (antinomia o conflicto de normas), la lógica de la subsunción es la pérdida de validez de una de las reglas jurídicas en competencia por la vía de normas especiales para el efecto: *Lex superior*, *Lex posterior* y *Lex Specialis*.

La ponderación consiste, en cambio, en la asignación por parte del aplicador del derecho un peso o fuerza a un derecho fundamental por sobre otro derecho fundamental con el que se encuentra en conflicto, mediante el establecimiento de una jerarquía axiológica, cuya aplicación da como resultado que “un principio (el



considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro u otros y resulta aplicable.”<sup>54</sup>

Esa jerarquía axiológica fijada para solucionar un caso de conflicto o colisión de derechos fundamentales, no es permanente sino móvil: “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro, la solución del conflicto vale para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”<sup>55</sup>.

El conflicto entre principios constitucionales, como sería el que representa el conflicto entre derechos fundamentales, se soluciona de un modo distinto: no cabe aquí las reglas de jerarquía, ni de temporalidad, ni de especialidad, ya que todos provienen de la misma fuente jerárquica que es la Constitución. En este caso, “los conflictos entre principios se deciden en dimensión del peso”, a diferencia de los conflictos entre reglas que se deciden en la dimensión de validez. En cuanto los principios “representan un objeto de optimización, que puede ser realizado en grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas, son por ello gradualmente realizables”<sup>56</sup>, y precisamente, el grado de realización de cada principio y de los derechos previstos por ellos en las situaciones de conflicto o colisión, debe ser decidido por el juez en cada caso, intentando que cada principio se sacrifique por el otro en la menor medida posible (principio de proporcionalidad).

#### ***2.1.4.2. El principio de proporcionalidad: el equilibrio en la ponderación***

La ponderación guiada por el principio de proporcionalidad será el método por el cual los jueces laborales deberán decidir los previsibles y múltiples conflictos o colisiones de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador que se ventilan en el procedimiento de tutela.

---

<sup>54</sup> Moreso, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta, 2000, pag 103.

<sup>55</sup> Guastini, R. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateorías del Derecho, Gedisa España, 1999, pag 34

<sup>56</sup> Borowski, M. La estructura de los derechos fundamentales, U. Externado, Bogota, 2003. pag 50.

Frente al debate sobre si la ponderación no es más que la actividad irracional y arbitraria del juez, que sopesa y balancea a su antojo los principios en conflicto, se responderá que esta se gobierna no por el arbitrio judicial, sino por el principio de proporcionalidad. Este principio, como señala Alexy, puede ser explicado en una simple fórmula, “cuanto mayor sea el grado de la afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

El juicio de idoneidad exige que la restricción al derecho fundamental de que se trate permita alcanzar o satisfacer efectivamente un fin legítimo. De modo tal, que la conducta del empleador que, en el ejercicio de sus facultades, restringe el derecho fundamental del trabajador, debe permitir alcanzar o satisfacer efectivamente una finalidad jurídica legítima.

Uno de los primeros casos planteados en Chile sobre esta problemática, es el denominado caso del polígrafo, la necesidad de una empresa aérea de “controlar el consumo y tráfico de drogas al interior de la empresa”, por la vía de someter a los trabajadores a un detector de mentiras, fue rechazada por la autoridad fiscalizadora por considerarla una medida no idónea e inconducente para el fin perseguido, y que afectaba diversas garantías constitucionales del trabajador, integridad síquica, intimidad, honra, según Dictamen 684/50, del 06.02.1997.

El juicio de necesidad, por su parte, importa que la medida o restricción del derecho fundamental sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos aflictiva o costosa. De este modo, será necesaria la conducta del empleador que restringe derechos fundamentales del trabajador, sólo cuando exista un medio menos gravoso de obtener el objetivo perseguido.

En un interesante caso, la Dirección del Trabajo, efectuó este juicio de necesidad, rechazando la medida implementada por un empleador en el ejercicio de sus facultades derivadas de su propiedad sobre la empresa. La empresa, persiguiendo un fin legítimo como es el de mejorar el control del tiempo de trabajo, decidió implementar un registro de control de tiempo de ida y regreso a los servicios higiénicos de los trabajadores. Esa medida del empleador, que es idónea para él, porque

efectivamente permite controlar el tiempo de trabajo, no es necesaria: provoca una restricción del derecho de la intimidad del trabajador que no se justifica porque existen otros medios menos invasivos para controlar el tiempo de trabajo de los trabajadores. La argumentación vía ponderación de la Dirección del Trabajo en el dictamen 4541/319, del 22.09.1998, señala que si bien es cierto que el empleador tiene amplia órbita de facultades para la administración de su empresa, amplitud que es correspondiente con el derecho de propiedad del que es titular, no obstante debe tenerse presente que en un Estado de Derecho, el legítimo ejercicio de estas facultades de administración encuentran su justo límite en los derechos y garantías constitucionales que jurídica y valóricamente estén investidos de mayor o igual significación. En este sentido cuando el artículo 19 N° 4 asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, se fija un límite a las facultades de administración del empleador, las que no pueden trasgredir el ámbito privado de sus dependientes, lo que a todas luces ocurre al pretender controlar el tiempo en los servicios higiénicos de los trabajadores.

Por último, se utiliza el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sólo si la restricción es considerada idónea o necesaria, corresponde, y sólo en ese caso revisar si, además, es proporcional en sentido estricto.

Cuando para el logro de una finalidad legítima derivada de un derecho fundamental se requiere indispensablemente el cumplimiento de otro derecho fundamental, de modo tal que la satisfacción de uno solo puede realizarse a costa del otro, debe aplicarse el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que en los términos de Alexy puede expresarse así: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o no satisfacción de un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

La fijación de la importancia o peso de la no satisfacción de un derecho fundamental en este caso del empleador y del resguardo o cumplimiento del otro derecho fundamental involucrado en el conflicto o colisión, es decir el derecho fundamental del trabajador, implica indefectiblemente un juicio de preferencia o valor del aplicador o intérprete de un derecho fundamental respecto del otro, el derecho más

importante, de acuerdo con el juicio de valor efectuado, desplaza al derecho menos importante para este caso concreto.

Esta asignación de peso o importancia de los derechos colisionados, en todo caso, responde a una relación de precedencia colisionada o de jerarquía móvil, que se construye desde el caso concreto y no tiene el carácter de absoluta o fija, porque nada impide que en otros casos se revierta la jerarquía de derechos utilizada, y triunfe el derecho fundamental ahora derrotado.

En un plano práctico revisemos la aplicación del principio de proporcionalidad en uno de los casos más frecuentes en nuestro país de la colisión de derechos fundamentales en las relaciones laborales: las cámaras de video. Un empleador decide instalar cámaras de video al interior de las empresas para vigilar la seguridad en las instalaciones evitando robos o sustracción de productos. Esa medida fundada en el derecho de propiedad del empleador, afecta necesariamente la intimidad de los trabajadores, quienes se verán afectados por el control audiovisual de sus movimientos.

¿Cómo se soluciona esa colisión de derechos fundamentales al interior de la relación laboral?

Una primera posibilidad es que exista una regla legal que hubiere realizado autoritariamente el balanceo entre derechos y dijera como debe solucionarse dicho problema. No existe en Chile tal regla legal.

La otra solución es que corresponda al juez efectuar la moderación que resuelva el conflicto. La medida en este caso de instalar cámaras de video se reviste a primera vista de idoneidad, pero queda el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que dependerá de la jerarquía de precedencia que se le asigne a cada derecho fundamental en conflicto. El logro no es necesario negar ni uno ni otro, pueden restringirse ambos derechos en un punto de equilibrio ligeramente balanceado a favor de uno: se admite la instalación de cámaras al interior del recinto empresarial, balanza hacia el derecho de propiedad, pero dicho control no puede ejercerse de modo fijo

sobre uno o mas trabajadores, balanza hacia la intimidad, admitiéndose en suma una utilización panorámica que no esté dirigida a ciertos lugares sensibles como baños o lugares de recreación de los trabajadores (punto de equilibrio a favor de la intimidad.)

Esta solución de balanceo a favor de la intimidad ha sido el que precisamente ha sostenido la Corte Suprema en el caso de cámaras de video para la vigilancia al interior de las empresas. En una reciente jurisprudencia, el máximo tribunal señala, conociendo la apelación de un recurso de protección, que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en el se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el sentido laboral, pero este no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación”, que son en definitiva sólo la “protección y seguridad empresarial”. Para que se cumpla con lo anterior, la Corte Suprema señala que el sistema de cámaras debe cumplir con ciertos requisitos, los que expresan claramente el resultado a favor de la intimidad en ese caso de ponderación judicial: “no deben dirigirse directamente al trabajador, sino que en lo posible, orientarse a un plano panorámico; deben ser conocidos por los trabajadores, es decir no pueden tener un carácter clandestino y; su emplazamiento no debe abarcar lugares, aun cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores tales como comedores y salas de descanso, así como tampoco aquellos en los que se realiza actividad laborativa, como baños, casilleros, salas de vestuario, etc. ( Corte Suprema, 05.01.2006, Rol 5234/2005).

### **3. RESULTADOS OBTENIDOS POR LOS EMPLEADORES EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL Y SUS EFECTOS.**

La Reforma Procesal Laboral, implementada en nuestro país, ha constituido un aporte en el acceso a la Justicia y ha sido un éxito en su implementación, pues ha brindado a los trabajadores de menores ingresos una defensa especializada y gratuita.

Defensa que implica una positiva manifestación del derecho laboral chileno y un avance en la situación de los trabajadores del país frente a sus empleadores, consolidándose un modelo de relaciones laborales en donde se respeta al trabajador y se concibe las relaciones laborales no sólo como contractuales. Lo anterior se fundamenta en la asimétrica relación entre empleador y empleado en Chile, la cual justifica la existencia de defensores laborales remunerados por el Estado que representen a los trabajadores que han sido vulnerados en sus derechos, no obstante abre una interrogante desde una perspectiva crítica, ¿Qué es lo que sucede con los empleadores que no poseen gran flujo de capital? ¿Se incluyen en esta situación solo por su calidad de parte fuerte?.

La gran mayoría de los millones de chilenos que trabajan se relaciona más con el derecho laboral que con el civil o el penal. Por lo que es una buena noticia para los ciudadanos comunes que el Estado brinde defensa a los trabajadores para que puedan enfrentar las desigualdades del modelo económico implantado en el país, pero de la misma manera se debe implementar ventajas que favorezca a tipos especiales de empresas, en atención a los elementos que tienen disponibles para el cumplimiento de la normativa laboral específica.

Sin embargo el nuevo cariz, que ha tomado el sistema procesal laboral a significado que hasta fines del año 2009 de más de 2.500 sentencias por demandas en la nueva justicia laboral, sólo el 2,5 por ciento es desfavorable al trabajador, en otras palabras, hasta la fecha el empleador solamente ha ganado el 5% de los juicios y el 95% restante ha implicado un pago para la empresa, ya sea por sentencia condenatoria o conciliación impuesta por el Tribunal<sup>57</sup>.

Entre los efectos para los empleadores en la instauración de la Reforma Laboral pueden señalarse los siguientes:

- Mayor relevancia de la Carta de Despido, dado que su importancia radica en que el empleador es quien deberá acreditar la veracidad de los hechos

---

<sup>57</sup> [http://www.universia.cl/portada/actualidad/noticia\\_actualidad.jsp?noticia=145074](http://www.universia.cl/portada/actualidad/noticia_actualidad.jsp?noticia=145074) consultada el día 29 de marzo de 2010.

fundantes del despido, para lo cual deberá señalarlos en la carta, no pudiendo alterarlos o modificarlos. En consecuencia para el empleador será de vital importancia dotar la carta de despido de un adecuado contenido, ya que será el empleador quien deberá probar los hechos que invoque. Con esta disposición, la Ley invierte la carga de la prueba, recogiendo lo que en la práctica ya venían implementando los tribunales de justicia.

- Obligación por el empleador de presentación de instrumentos exigidos por la ley, adquiere mayor importancia en el sentido de que si el Tribunal ordena al empleador exhibir instrumentos que legalmente deben estar en su poder y éste no los presenta, se entienden probadas las alegaciones realizadas por el trabajador.
- Nuevo tipo de indemnizaciones que se agregan. En forma adicional a las indemnizaciones por años de servicio, equivalente a la última remuneración y la de preaviso, y sus recargos legales (30 a 100%), se establece una indemnización que va desde seis hasta once meses de la última remuneración mensual, para el caso que se vulneren derechos fundamentales con ocasión del despido (procedimiento de Tutela).
- En el caso de que el empleador realice alguna conducta lesiva de derechos fundamentales, el juez laboral, debe ordenar, según dice la ley (artículo 495), las medidas concretas “a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias lesivas de la vulneración de derechos fundamentales, incluidas las indemnizaciones que procedan”. La conducta del empleador que ha lesionado un derecho fundamental puede haber provocado perjuicios que no se solucionan con el solo cese de la conducta del empleador ni la nulidad de la misma, sino que requieren medidas reparatorias que permitan el reestablecimiento del ejercicio pleno del derecho fundamental lesionado. Dada la jerarquía del derecho lesionado la reparación debe ser íntegra, tanto en lo referido al tipo de daño provocado, como la intensidad del mismo.

En ese sentido, la reparación de la conducta lesiva del empleador debe contemplar medidas de doble orden: de carácter material o económico y de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal:

- ✓ La reparación inmaterial será mediante alguna medida que repare el daño no económico que la conducta le ha irrogado al sujeto desde su dimensión moral y afectiva, cuestión que dependerá del tipo de conducta y el tipo de derecho lesionado, lo que deberá ser determinado al interior del proceso respectivo. De este modo por si un trabajador ha sido vulnerado en alguno de sus derechos fundamentales puede exigir que el empleador adopte medidas que aseguren que ese trabajador no volverá a ser vulnerado.
- ✓ La reparación será económica, si la conducta del empleador se ha traducido en un perjuicio patrimonial para el trabajador, cuestión que deberá ser evaluada por el juez laboral respectivo.

En el caso particular del despido lesivo de derechos fundamentales la reparación económica se encuentra expresamente prevista y tasada en el haz de indemnizaciones. En este haz de indemnizaciones se comprende el daño económico, pero no el de carácter moral, así se deberá: a) una indemnización propiamente laboral, tasada a valor de un mes por año de servicio; b) una indemnización sancionatoria fijada discrecionalmente por el juez que va en un rango de seis a once meses. Queda pendiente la indemnización del daño moral que proviene de la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

- Fuerte protección al trabajador y posibilidad de solicitar su reincorporación. En el procedimiento de Tutela, en aquellos casos en que el juez acoja la denuncia de despido por vulneración de derechos fundamentales y declare que el despido es discriminatorio y grave, el trabajador puede optar entre: a) El pago de las indemnizaciones por años de servicio, preaviso e incremento de 6 a 11 meses; b) Su reincorporación a la empresa. Lo anterior altera severamente el



sistema actual, siendo posible prever múltiples demandas en que los trabajadores requerirán ser incorporados al trabajo, circunstancia que en la legislación anterior solo lo limitaba los despidos relacionados con prácticas antisindicales o que digan relación con trabajadores con fuero laboral.

Tratándose de una conducta antijurídica por parte del empleador, constituida por la vulneración de un derecho constitucional del trabajador, su represión jurídica en este procedimiento no será por medio de una prestación por equivalencia, como sería la imposición de una multa o el pago de una indemnización, sino que se requiere de una prestación en especie: la restitución íntegra al ejercicio del derecho vulnerado.

Esta restitución supone dos cuestiones:

- ✓ El cese de la conducta propiamente tal, esto es la orden judicial que va dirigida al término inmediato de la conducta lesiva en caso de que persista al momento de dictarse la sentencia, bajo el apercibimiento establecido en el artículo 490 del Código del Trabajo, esto es, la amenaza de la aplicación de una multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que se repetirá las veces que sea necesaria hasta lograr “el debido cumplimiento de la medida decretada”. La ley declara, a objeto de evitar dilaciones en el cumplimiento de la orden judicial el cese inmediato de la conducta lesiva, que contra estas resoluciones de apercibiendo “no procederá recurso alguno”.
- ✓ La nulidad del o de los actos lesivos. El juez al acoger la acción de tutela debe además de ordenar cesar hacia futuro, declarar la nulidad del acto o conducta lesiva de los derechos fundamentales. La nulidad en derecho corresponde a una ineficacia, es decir el acto no produce efectos válidos, de carácter intrínseco. Esta se configura al momento de ejecutar o celebrar el acto, que se produce en este caso, por la lesión de derechos contemplados en normas de rango jurídico superior, como son las constitucionales.

El nuevo artículo 495 del código del trabajo, junto con ordenar la cesación de la conducta, establece que el juez “deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada”.

Solo ha quedado excluida de esta nulidad la conducta lesiva del despido del trabajador, y por lo tanto del retrotraimiento de los efectos del acto, que queda en definitiva regido por un a norma especial: el artículo 487 del Código del Trabajo, que permite demandar por la vía de este procedimiento el despido lesivo de derechos fundamentales, pero la consecuencia jurídica no es la nulidad sino el pago de un haz especial de indemnizaciones, que son, la indemnización común por término de contrato de trabajo por decisión del empleador (artículo 163), la indemnización sustitutiva del aviso previo (artículo 162) y adicionalmente una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no pondrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Se trata, sin duda de una inconsistencia del nuevo procedimiento, porque no es coherente con una noción básica del sistema, ya que el despido con infracción a derechos fundamentales, solo puede ser considerado, como señala el Tribunal Constitucional Español “radicalmente nulo”<sup>58</sup>. Sin embargo existe una excepción, nuestra ley considera nulo y, por lo tanto, sin efecto jurídico alguno, al despido lesivo de derechos fundamentalmente en dos específicas situaciones: El despido antisindical (artículo 63) y el despido discriminatorio grave (artículo 64).

En ambos casos la consecuencia de ese despido nulo es un derecho de opción del trabajador:

- Optar por reintegrarse al trabajo del que había sido despedido.

---

<sup>58</sup> S.T.C 38/81, Pedrajas, A. Despidos y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 1992, pag. 36.

- Optar por un haz de indemnizaciones por término de contrato de trabajo. Incluida una obligación sancionatoria, incorporada por una de las primeras leyes que impulsaron la reforma laboral (ley 19.759 del 2001). Esta ley tiene el merito de haberse tratado de la primera recepción en la legislación laboral chilena del despido nulo por lesión de derechos fundamentales, adelantándose, en ese sentido varios años a las normas previstas por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, siendo además un precedente para el único caso de despido nulo previsto en la Ley 20.087, la cual regula de la misma manera el despido discriminatorio grave.

Igualmente llama la atención que solo exista únicamente dos tipos de despidos que otorguen este derecho de opción al trabajador, dando los restantes únicamente opción a exigir ante un despido igualmente lesivo de sus derechos para su resarcimiento, indemnizaciones recargadas.

No obstante, todas estas figuras que vienen en acrecentar las obligaciones de los empleadores y de las empresas en el cumplimiento de la relación laboral, no se señala ningún régimen alternativo que le asegure acceso a la justicia laboral a aquellas empresas cuyo flujo de capital es menor (Pymes) quedando en posición de desventaja frente a las empresas que pueden financiar su acceso a la justicia laboral.

### **CAPÍTULO III: PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO LABORAL**

A partir de la publicación de la Ley N° 20.416, las Pequeñas y Medianas Empresas (PyME) se intenta facilitar el desenvolvimiento de las empresas de menor tamaño, en consideración a la importancia que revisten para la economía nacional y su especial relación con los sectores emprendedores de nuestro país. Mediante la adecuación y creación de normas regulatorias que se adapten a su estructura económica y que las favorezcan en cuanto a su iniciación, funcionamiento y término.

#### **1. ¿QUÉ SON LAS PYME?**

Nuestra legislación en el artículo segundo de la Ley N° 20.416 entiende por microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no superen las 2.400 unidades de fomento del último año calendario; por pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en igual período. De esta manera nuestra legislación fija un criterio de conceptualización que delimita sus márgenes en atención a la capacidad económica y patrimonial de aquellas entidades. Pero además la ley profundiza en este punto, estableciendo que los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro de la empresa como un concepto general se refiere al monto total de éstos, en una unidad temporal que se determina en base a un año calendario, dicho plazo se computará fijando como espacio temporal el año calendario anterior, debiéndose para realizar el cálculo final, descontar el valor correspondiente al impuesto al valor agregado y a los impuestos específicos que pudieren aplicarse eventualmente dependiendo de la situación tributaria relativa en que se encuentre la empresa. La ley establece además que en el caso de que la empresa hubiere efectuado el trámite

tributario de iniciación de actividades el año calendario anterior, los límites a que se refieren los incisos 2º y 3º del artículo segundo de la Ley N° 20.416 se establecerán considerando la proporción de ingresos que representen los meses en que el contribuyente haya desarrollado actividades.

Aclara también el punto hacer respecto de las unidades de tiempos fraccionadas, señalando que para los efectos de la determinación de los ingresos, las fracciones de meses se considerarán como meses completos.

Se agrega además, por medio de la ley referida, una continuación del artículo 505, del Código del Trabajo, configurada por el artículo 505 bis, el cual señala que para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores. Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.

La ley excluye expresamente para la consideración de empresas de menor tamaño, aquellas que tengan por giro o actividad cualquiera de las descritas en las letras d) y e) de los números 1º y 2º del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta; aquellas que realicen negocios inmobiliarios o actividades financieras, salvo las necesarias para el desarrollo de su actividad principal, o aquellas que posean o exploten a cualquier título derechos sociales o acciones de sociedades o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que, en todos estos casos, los ingresos provenientes de las referidas actividades en conjunto superen en el año comercial anterior un 35% de los ingresos de dicho período. Tampoco podrán ser clasificadas como tales, aquellas empresas en cuyo capital pagado participen, en más de un 30%, sociedades cuyas acciones tengan cotización bursátil o empresas filiales de éstas. De esta manera la ley excluye del concepto de pequeña empresa a una diversidad de entidades que configuradas como sociedad de acciones, una parte significativa de su capital, tenga cotización en el mercado bursátil. No obstante a este respecto la ley, establece un concepto abierto de este tipo de

empresas, ya que señala que además de la clasificación efectuada por la Ley N° 20.416, también se tendrán en cuenta las clasificaciones de empresas contenidas en otras normas legales, las cuales se mantienen vigentes pero únicamente para los efectos señalados en los cuerpos normativos que las establecen. Asimismo, para efectos de focalización y creación de instrumentos y programas de apoyo a las empresas de menor tamaño, los organismos públicos encargados de su diseño podrán utilizar otros factores o indicadores para determinar las categorías de empresas que puedan acceder a tales instrumentos, es así como esta ley concreta de manera potencial, los beneficios que eventualmente podrían obtener cierto grupos de empresas en el caso de que estas calcen con el diseño de políticas públicas.

En síntesis las condiciones establecidas en nuestra legislación para la categorización de una empresa como PyME, son el plantel, que se refiere al número de trabajadores contratados y la facturación, que dice relación a la renta percibida como criterio calificador, efectuando una distinción legal y funcional entre las empresas de menor tamaño y las empresas grandes, definiendo qué es una micro, pequeña y mediana empresa, sobre la base de sus ventas anuales.

### **1.1. Principales Disposiciones de la Ley N° 20.416:**

- a) Como se señaló, la Ley N° 20.416 define a las EMT sobre la base de sus ventas (neto de IVA e impuestos específicos): Micro: ventas anuales hasta 2.400 UF (\$ 50,5 millones); Pequeña: ventas anuales mayores a 2400 UF y hasta 25.000 UF (\$50 y \$525 millones); Mediana: ventas anuales mayores a 25.000 UF y hasta 100.000 UF (\$525 millones y \$2.100 millones); El resto (con ventas superiores a 100.000 UF) son consideradas como Empresa Grande.
- b) Ninguna norma o reglamento que se dicte en el futuro podrá ser aprobado por una institución pública sin revisar, previamente, su impacto en costo en las empresas de menor tamaño. Además, todas las instituciones deberán elaborar manuales para explicar en detalle los criterios que usan para fiscalizar,

determinar infracciones y aplicar multas a las Pymes. Así, las empresas podrán conocer exactamente qué se exige de ellas.

- c) La ley permitirá otorgar permisos provisorios de funcionamiento por parte de todos los servicios que deben entregar autorizaciones a cualquier empresa naciente, cuyo capital inicial no supere las 5.000 UF (\$ 105 millones). Eso permitirá a las Municipalidades entregar patentes provisorias, así como facilidades para su pago, o que derechamente no las cobren, para que de esa forma fomenten la instalación de EMT. También habrá trámite simplificado para iniciar el funcionamiento de emprendimientos que no originen riesgos graves y no estén sujetos a evaluación de impacto ambiental, obteniendo una autorización o permiso inmediato.

## **1.2. Fiscalización y multas:**

Tratándose de fiscalización y multas, la ley impulsa un nuevo enfoque, radicalmente distinto, para la fiscalización sanitaria, orientado a la prevención y la capacitación más que a la sanción. Se incorpora la autodenuncia, que permitirá a las Pymes regularizar su situación y corregir sus prácticas. También se establecen plazos de advertencia que permitan a las empresas corregir las infracciones laborales antes de recibir sanciones.

Se modifica el Código del Trabajo, para que las multas tengan relación con el tamaño de las empresas: Con hasta 49 trabajadores: de 1-20 UTM pasa a 1-10 UTM; Con 50-199 trabajadores: se mantiene el rango de 2-40 UTM; Desde 200 trabajadores: se mantiene el rango de 3-60 UTM.

Se mejora además el modelo de reducción de multas para todas las empresas que acrediten la corrección de la infracción dentro de los 15 días después de detectada, al menos un 80% de reducción para las micro y pequeñas empresas y al menos un 50% para el resto de las empresas.

### **1.3. Relación con empresas grandes:**

Se hacen aplicables a las pymes la mayoría de las cláusulas de la ley de protección al consumidor cuando adquieren bienes o servicios, es decir, cuando actúan como consumidoras.

Se sancionarán prácticas de competencia desleal cuando las pymes son proveedoras, como cuando la empresa compradora presiona al proveedor para que le otorgue condiciones mejores a las ofrecidas a su competencia; cambios unilaterales de cláusulas contractuales, o la transgresión sistemática de las fechas de pago acordadas.

### **1.4. Apoyo a la reorganización o cierre:**

Se crea un sistema de apoyo a la reorganización de empresas que presentan problemas para, en primer lugar, evaluar alternativas de reestructuración o para hacer menos costoso el proceso de liquidación, y menos severos los requisitos para intentarlo otra vez. Para ello se nombrará a un asesor económico para reestructurar la empresa y hacer de mediador con los acreedores.

### **1.5. Producción Limpia:**

La ley incentivará a las empresas a suscribir acuerdos de producción limpia, con normas sanitarias, ambientales o de eficiencia energética, por sobre los mínimos legales.

### **1.6. Cambios institucionales:**

- La ley explicita el rol del Ministerio de Economía para promover el desarrollo de las pymes y facilitar su acceso a instrumentos de fomento.



- La Subsecretaría cambia de nombre a Subsecretaría de Economía y EMT, para profundizar la coordinación de políticas para el sector, con el resto de los ministerios sectoriales e impulsar una política con sus servicios relacionados.
- Se crea la División de Empresas de Menor Tamaño en el Ministerio de Economía.
- Se crea un Consejo Consultivo Público-Privado de las EMT, presidido por el Ministro de Economía y con participación de instituciones públicas (CORFO, SERCOTEC, PROCHILE), 6 representantes de confederaciones gremiales, 1 de asociación exportadora, 1 del mundo académico, 1 del mundo municipal, 1 de ONG y 1 del Consejo de Innovación.

## **2. LAS “PYMES” Y SU PAPEL EN EL NUEVO SISTEMA LABORAL.**

Dada la importancia que revisten este tipo de figuras para la economía nacional, especialmente para los ciudadanos y el comercio habitual, la nueva legislación ha tendido a flexibilizar las normas en materia laboral que incidan en este tipo de empresas, bajo la noción de que se otorgan ciertos beneficios en atención a las dificultades de cumplimiento total de las normas laborales por parte de estas entidades, especialmente en lo referido a la respuesta patrimonial en caso de no cumplimiento cabal de la normativa laboral vigente, es así como el artículo duodécimo número tres letra c agrega, a continuación del artículo 506, los siguientes artículos 506 bis y artículo 506 ter:

Artículo 506. “Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción. Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales. Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales. Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales”.

De esta manera este artículo viene a consagrar a nivel normativo, un aligeramiento normativo efectivo en materia de sanciones aplicables a los distintos tipos de empresas que contempla nuestra legislación, en este sentido el legislador toma en cuenta la disparidad que existe entre los distintos tipos de empresas y aplica ese criterio para establecer parámetros sancionatorios ante eventuales faltas, cuya cuantía es menor tratándose de empresas de menor tamaño. No obstante el artículo desvirtúa este criterio de aligeramiento sancionatorio tratándose de las multas especiales establecidas en el Código del Trabajo, en cuyo caso el rango de la multa se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, además contempla una sanción aplicable indistintamente para cualquier tipo de empresa, se trata de la infracción a las normas sobre fuero sindical la cual se sanciona con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales sin hacer distinción sobre el tipo empresarial de que se trate. Sin embargo desde un punto de vista práctico en nuestra legislación dado el número de trabajadores que se encuentran insertos en una PYME, y a las dificultades de sindicalización a nivel inter empresarial es bastante menor la aplicación de esta norma en comparación a empresas que cuentan con un elevado número de trabajadores y que por ende es más probable la actividad sindical.

Artículo 506 bis. “El inspector del trabajo que constate en una micro o pequeña empresa una infracción legal o reglamentaria que no ponga en riesgo inminente la seguridad o la salud de los trabajadores podrá conceder un plazo de, a lo menos, cinco días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas”. De esta manera se concreta un beneficio temporal a favor de las “PyME”, para que regularicen situaciones que den lugar la infracción de normas que no pongan en riesgo la integridad de los trabajadores. Aunque la ley no lo señala expresamente creemos que para el caso de una infracción que ponga en riesgo la seguridad o salud de los trabajadores, no procede esta prorrogas y en tal caso el empleador deberá tomar inmediatamente las medidas que pongan término a la amenaza o vulneración de derechos, sin perjuicio de las responsabilidades e infracciones a que de lugar la omisión en el cumplimiento de dicha normativa.

Artículo 506 ter. "Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos 503 y 511 de este Código, el inspector del trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y sólo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes:

1. Si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, se sustituirá por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea ésta quien aplique la sanción.
2. En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, se sustituirá por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas.

La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa.

Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliera con su obligación de incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo, se procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25% de su valor."

La ley faculta al Director del Trabajo, para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo 503 y no hubiere solicitado la sustitución del artículo 506 ter de este Código, en la forma siguiente:

1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción.
2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.

Si dentro de los quince días siguientes de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción, el monto de la multa se rebajará, a lo menos, en un cincuenta por ciento. Tratándose de la micro y pequeña empresa, la multa se rebajará, a lo menos, en un ochenta por ciento.

De esta manera la consideración que el legislador ha tenido respecto de las PyMES, es básicamente las facilidades temporales y financieras en el pago de multas y en las exenciones en el caso de incumplimiento de normas que no afecten derechos fundamentales de sus trabajadores. Y además el establecimiento de un concepto abierto de PyME, para efectos de focalización y creación de instrumentos y programas de apoyo a las empresas de menor tamaño, con el objeto de que los organismos públicos beneficien a un mayor número de empresas, utilizando otros factores o indicadores para determinar las categorías de empresas que puedan acceder a tales instrumentos, es así como esta ley concreta de manera potencial, los beneficios que eventualmente podrían obtener cierto grupos de empresas en el caso de que éstas calcen con el diseño de políticas públicas.

## **2.1. Ministerio de Economía Fomento y Turismo y Pymes.**

A nivel Ministerial se crea la división Empresas de Menor Tamaño (EMT) la cual tiene por objetivo central promover acciones orientadas a mejorar la

competitividad de las empresas de menor tamaño, entendidas como microempresas, pequeñas y medianas empresas, a través de iniciativas que afectan tanto la gestión interna de la empresa como el entorno de negocios en que éstas se desenvuelven. Para cumplir con esta misión, las tareas a ejecutar se pueden clasificar en tres ejes de acción principales:

**Ámbito Regulatorio:** Consiste en revisar y analizar la regulación que afecta a las EMT, bajo el principio de costo-efectividad, para adecuarla posteriormente a las características y desafíos del sector, de manera de inducir un mejor cumplimiento de la regulación.

**Simplificación de Trámites:** Incluye perfeccionar procedimientos asociados a trámites involucrados en el ciclo de vida de las EMT, de manera de reducir la carga administrativa que se aplica a las empresas hoy en día.

**Instrumental de Fomento:** Implica promover un mejoramiento en la gestión de las instituciones que brindan apoyo a las EMT, mayor transparencia y mejor acceso a este apoyo. Asimismo, incluye evaluar resultados de instrumentos de fomento seleccionados, con el fin de introducir un constante perfeccionamiento en estos.

Estos tres ejes de acción se complementan con dos líneas de trabajo adicionales, consideradas cruciales para lograr un constante mejoramiento del diseño de política pública para el sector EMT:

**Generación de Información:** Incluye la elaboración de estadísticas de empresas formales e informales, sus características internas, así como características del entorno de negocios. Considera además la elaboración de estudios específicos de problemas o desafíos particulares que enfrentan las EMT.

**Diálogo Público-Privado:** Implica contar con instancias para la discusión y análisis acerca de la situación de las EMT, los desafíos que enfrentan a diario, y el apoyo que entrega el Estado en la materia.

## **2.2. Proyectos de leyes respecto a la flexibilización laboral o aligeramiento de las normas laborales de las Pymes<sup>59</sup>.**

A nivel empresarial, gubernamental, internacional y entre los propios trabajadores se discute acerca de sí “¿Debe la PYME tener leyes laborales distintas?”. Esta pregunta se hace en un contexto en que los conflictos laborales han generado gran inquietud en nuestra legislación que, con distintos argumentos, busca no modificar el marco legal laboral existente en perjuicio de los trabajadores. No obstante tratándose de sectores especiales como la agricultura, se discute en términos generales que no se debiera aplicar la legislación laboral como al resto de los trabajadores y las trabajadoras. Lo mismo ocurre con el sector PYME. A nivel internacional organismos internacionales como la OIT, se han preocupado de establecer parámetros básicos de difusión y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores es por ello que de manera tripartita, se ha establecido un conjunto de 8 Convenios Fundamentales con carácter de obligatorios para todos los países miembros y que están encabezados por los Convenios 87 y 98 referidos al derecho a organizarse y negociar colectivamente, como derechos establecidos para el conjunto de trabajadores y trabajadoras, sin discriminación alguna. Así son recogidos, por ejemplo, en el capítulo laboral del TLC de Chile con Estados Unidos y en las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. No obstante las PYME requieren de un tratamiento y una normativa especial que tenga en cuenta su tamaño y sus dificultades en el proceso económico. Si bien deben recibir facilidades de distinto orden, esta ayuda y tratamiento especiales deben ir en el sentido que sean capaces de enfrentar las exigencias de mercado y, fundamentalmente, que puedan cumplir con normativas básicas de nuestro país como son las ambientales, sanitarias y laborales.

En nuestro país alrededor de la mitad de los trabajadores labora en pequeñas unidades empresariales de menos de 10 personas, este fenómeno no es exclusivo de Chile, por el contrario, en países desarrollados como España, el porcentaje de trabajadores que se insertan en las PYME alcanza el 80%. Es por ello que no puede

---

<sup>59</sup> <http://www.trabajoyequidad.cl/documentos/estudios/pymecenda.pdf> (consultada el día 10 de mayo de 2010).

calificarse la situación chilena de la fuerza laboral de las PYMES como transitoria e inherente a su nivel de desarrollo, sino como una estructura que se prolongará en el tiempo, por lo que las medidas deben tener en cuenta este dato. Es por ello que se han discutido diversos proyectos que tiendan a reconocer esta realidad otorgando mayores facilidades para iniciar una pequeña empresa, mejor regulación de las infracciones a las normas del sector y un equilibrio en la relación comercial entre empresas de menor y mayor tamaño, siendo estos algunos de los principales objetivos del proyecto de ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño (EMT), conocido como Estatuto Pyme.<sup>60</sup> El llamado Estatuto PYME es parte de las medidas anunciadas en mayo de 2007 en el Plan Chile Emprende, fruto del diálogo entre los gremios del sector y el Gobierno, y que incorpora una serie de cambios legales y medidas específicas para el sector. De esta manera, el proyecto de ley facilita la puesta en marcha de una empresa de menor tamaño, ampliando las facultades para otorgar permisos provisorios, incluidos los sanitarios, reduciendo costos a veces innecesarios en la primera etapa del negocio, asimismo, se establece para los municipios la facultad de otorgar facilidades de pago, patentes provisorias o eximir de éste a las empresas que lo soliciten por primera vez, también se incorpora una disposición de autodenuncia voluntaria de incumplimiento sanitario, con el objeto de incentivar a las EMT a acercarse a la autoridad y solicitar asistencia en el cumplimiento de las normas. Finalmente, se propone un mecanismo de apoyo para las empresas en situación de insolvencia, las que podrán recurrir extrajudicialmente a un colaborador calificado, que las asesore en el cierre exitoso de su empresa.

Se establece un rol más activo del Estado respecto de las empresas de menor tamaño, para lo que se propone una mejora regulatoria y se fija la responsabilidad al Ministerio de Economía de aglutinar toda la normativa dictada por otros órganos del aparato público que afectan a las EMT y poner toda esa información en un portal público, al que todas las empresas tengan acceso. De esta manera, la mayor coordinación de los entes estatales y la generación de una política nacional específica aplicable a las empresas de menor tamaño que supone el Estatuto PYME, hizo necesaria la creación de un organismo que asuma este rol. El Consejo Nacional de la

---

<sup>60</sup> [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/estatuto-pyme](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/estatuto-pyme) (consultada el día 10 de mayo de 2010).

Empresa de Menor Tamaño es consagrado como el ente encargado de las asesorías y propuestas en materia de políticas y coordinación de esfuerzos de los sectores público y privado, destinados a promover una participación adecuada de este tipo de empresas en la economía. Su estructura estará conformada por ejecutivos del sector público y privado; confederaciones gremiales de empresas de menor tamaño; asociaciones gremiales de exportadoras de bienes y servicios; un representante de instituciones de Educación Superior, y otro representante de organizaciones no gubernamentales que consideren entre sus objetivos el promover el desarrollo de las EMT. Este Consejo tendrá como misión también seguir el cumplimiento de las políticas, los planes y los programas focalizados en el sector.

Finalmente debemos constatar que los niveles de sindicalización y negociación colectiva en nuestro país son muy bajos, ello nos diferencia de otras legislaciones especialmente la europea. Según la ENCLA 2006 sólo el 5,5% de los trabajadores y/o las trabajadoras del sector privado negocia colectivamente, sin embargo en España la negociación alcanza al 82%. La explicación del bajo nivel de negociación tiene su correlato en la baja sindicalización existente en general pero, particularmente, en la mediana empresa con un 22,3% de empresas con sindicatos y la pequeña empresa con un 3,9%. Ambos factores, sindicalización y negociación, tienen una relación de causalidad y dependencia, los sindicatos son básicos para la negociación, el 82,5% de los que negocian están sindicalizados (ENCLA 2006); el sindicato a su vez se forma para negociar, pero si un sector no tiene derecho a negociar efectivamente, no tiene sentido sindicalizarse. Por tanto hay que abrir mayores posibilidades de sindicalización para trabajadores y trabajadoras de la PYME con reales derechos a negociar colectivamente. Por su tamaño, a las pequeñas unidades productivas no les alcanza el número de trabajadores y/o trabajadoras para formar sindicatos y negociar. La actual Ley Laboral, les da la posibilidad de formar sindicatos interempresas, pero dichos sindicatos sólo pueden negociar si la parte patronal lo acepta y eso, en la práctica, no funciona. Es por ello que se deben hacer cambios legislativos que incrementen la sindicalización y la negociación efectiva en la PYME. Coincidimos en esto con la ex Presidenta Bachelet cuando en su mensaje del 21 de Mayo pasado afirmó que “Trabajo decente significa también que los trabajadores puedan negociar sus contratos



de manera eficaz. Queremos promover la organización sindical. Queremos que más trabajadores puedan negociar colectivamente”. Es por ello que el Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo, CENDA ha propuesto:

1. Abrir el campo de negociación más allá de la empresa, realizando negociaciones sectoriales, por profesiones u oficios y territoriales en el caso de la agricultura. Esta es la fórmula de los países desarrollados que cubren prácticamente a la totalidad de sus trabajadores, incluidos por cierto a los de la PYME. Así lo expresó el representante de la UGT de España en el Seminario Internacional reciente que organizó el Consejo Presidencial, cuando explicó que la cobertura del 82% de negociación se lograba en su país sobre la base de negociaciones nacionales, sectoriales, territoriales y por empresas. Lo mismo fue ratificado por la representante de la Confederación Europea de Sindicatos y de la UGT Sueca, país que alcanza un 90% de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva.
2. Reformar el Código del Trabajo en lo referido a la negociación colectiva interempresas o con más de un empleador, eliminando el párrafo que supedita dicha negociación a que se “requerirá siempre acuerdo previo de las partes”. Esto la hace inviable por la permanente negativa de la parte patronal que prefiere la atomización y la no-negociación para actuar de manera unilateral. Siendo el trabajador el sujeto de derecho en el caso de la negociación colectiva, creemos que hay que garantizar ese derecho haciendo obligatoria la aceptación de negociar por la parte patronal en el caso que un grupo de trabajadores de diversas empresas se constituyan para ello y lo demanden. De esta manera el Sindicato Interempresas reconocido en el Código del Trabajo tendría razón de ser y plenos derechos.

## **CAPITULO IV: LEGISLACION Y EXPERIENCIA COMPARADA**

Nuestra legislación laboral, así como la normativa de diversos países ha sido, definida en el último tiempo por una marcada protección al empleo y difusión de los derechos laborales de los trabajadores, cabe preguntarse cual ha sido el efecto de las políticas que protegen estrictamente al empleo, contrarrestadas con la necesidad de flexibilización laboral o aligeramiento de normas laborales respecto de las empresas que no poseen los medios para darles estricto cumplimiento o cuyo cumplimiento resulta una desventaja respecto de entidades de mayor tamaño.

### **1. LOS EFECTOS DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO LABORAL: LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO**

La protección del empleo a nivel comparado es descrita como “el conjunto de arreglos institucionales para la contratación y el despido. Éstos pueden cubrir los tipos de contratos permitidos, las reglas especiales para favorecer la contratación de determinados grupos, las condiciones en las que el trabajador puede ser despedido, las indemnizaciones por despido, los períodos de pre-aviso y los procedimientos de cese colectivo<sup>61</sup>.

La literatura y dogmática empírica internacional en relación a la protección del empleo es relativamente actual y se inició a partir del trabajo de Lazear<sup>62</sup> (1990). Alrededor del tema se han planteado hipótesis sobre sus potenciales efectos sobre el empleo, el desempleo, la distribución del empleo por género y grupos de edad, etc.

Existen dos documentos recientes, que resumen el estado actual del conocimiento en la materia. En primer lugar, los autores Addison y Teixeira (2001)

---

<sup>61</sup> Betcherman, G., A. Luinstra y M. Ogawa (2001). Labor Market Regulation: International Experience in Promoting Employment and Social Protection. Social Protection Discussion Paper Series No. 128.

<sup>62</sup> Lazear, E. (1990). Job Security Provisions and Employment. Quarterly Journal of Economics 105 (Octubre): 699-726.

recopilan información principalmente de países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), compuesta básicamente por países desarrollados. Por otro lado, Heckman<sup>63</sup> y Pagés<sup>64</sup> (2002) realizan una recopilación en relación a sus posibles efectos en países de América Latina. Un reciente informe del Banco Interamericano de Desarrollo (2004), por su lado, también sintetiza esta evidencia. A pesar de la atención que ha recibido el tema en la última década, la evidencia disponible no es concluyente en muchos aspectos. Aún así, algunas relaciones aparecen bastante claras. A nivel teórico, las normas de protección del empleo constituyen impuestos a la reasignación de la mano de obra, puesto que la reasignación de mano de obra se orienta a elevar la productividad, abandonando producción no rentable o sustituyendo tecnologías obsoletas o trabajadores poco productivos. La protección del empleo es un impuesto a la productividad. Una mayor protección del empleo tiene dos efectos sobre las decisiones de las empresas, por un lado, induce a menores despidos en las épocas de recesión, por otro, sin embargo, debido a los mayores costos de despido que afrontarían en el futuro, las empresas tienen menores incentivos a contratar más trabajadores durante las épocas de expansión. Adicionalmente, desalientan la creación de nuevas empresas, al hacerla más costosa, esto afecta principalmente a aquellas empresas que son más vulnerables a las fluctuaciones económicas y cuyos recursos son menores a los de entidades de mayor tamaño (Pymes).

En doctrina comparada se señalan tres efectos preocupantes de una protección del empleo más estricta, que afectan directamente a los trabajadores: La elevación del desempleo estructural, el desempleo de largo plazo y el desempleo juvenil. En general, los estudios sobre el tema encuentran efectos adversos de la legislación protectora sobre el empleo de las mujeres, los jóvenes y los menos educados. Sobre la base de información de 20 países de la OCDE, se encuentra que

---

<sup>63</sup> Heckman, J. y C. Pagés, editores (2002). *Law and Employment: Lessons from Latin America and the Caribbean*. Chicago: National Bureau of Economic Research y University of Chicago Press (en publicación).

<sup>64</sup> Pagés, C. y J. Saavedra (2002). *Legislación Laboral: Algunos Principios Fundamentales, Evidencia Empírica y Opciones de Política en América Latina* Nota de Política. Seminario “Desarrollando Consensos en Torno al Mercado de Trabajo”, Banco Interamericano de Desarrollo y Grupo de Análisis para el Desarrollo, Lima (Julio).

la protección del empleo reduce la tasa de ocupación de la economía, desincentiva la creación de empresas medianas y pequeñas, afecta la inversión y comercialización de nuevos productos y servicios.

Por otro lado, la literatura sugiere que una protección del empleo alta estaría asociada con una mayor informalidad en el mercado laboral, existiendo una relación positiva entre la rigidez en el mercado laboral y la tasa de empleo informal. En ese sentido Saavedra y Maruyama<sup>65</sup> (2000) encuentran una relación negativa entre la demanda formal de empleo y los costos esperados de despido de las empresas en Perú.

## **2. UTILIZACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES**

En cuanto al uso de los contratos temporales, como medio de flexibilización al régimen de proteccionismo estricto, en España, donde la reforma laboral de 1984 facilitó el uso de contratos a plazo fijo, autores hallan efectos positivos sobre el empleo y consecuentemente sobre el desenvolvimiento y competitividad de las Pymes, aunque sostienen que dichos efectos serían bastante menores que los que se esperarían de una reducción general en los costos de despido. Encuentran, además, que los contratos temporales llevan a una mayor rotación laboral y que dicha rotación laboral sería mayor para los empleadores con menor capital humano. A nivel de Latinoamérica, el uso de contratos temporales en Perú tuvo efectos positivos sobre el empleo y el desarrollo de las Pymes, durante los noventa. De manera consistente con la evidencia anterior, sostienen que éste tipo de contratos estuvo concentrado en actividades que requieren menores calificaciones y entrenamiento. Además existe una asociación entre uso de contratos temporales, rotación y menor inversión en capacitación. Los contratos temporales tuvieron efectos positivos en la contratación de trabajadores en Argentina. En tal sentido, en el corto plazo, permitiría una mayor fluidez en el mercado laboral. Sin embargo, este tipo de reformas sustituiría las

---

<sup>65</sup> Saavedra, J. y E. Maruyama (2000). Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los Costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano. Documento de Trabajo No. 28. Lima: Grupo de Análisis para el Desarrollo -GRADE.

relaciones laborales de largo plazo e incrementaría la rotación laboral, desalentando la inversión de las empresas en capacitación.

En suma, por un lado, en muchos aspectos la literatura sobre los efectos de las medidas de protección del empleo sobre los mercados laborales presentan evidencia de que la protección del empleo por parte de los trabajadores genera una mayor duración promedio del empleo, pero también una mayor duración de los episodios de desempleo. En este sentido, favorece a quienes ya gozan de un empleo y perjudica a quienes lo buscan, además, claramente hay importantes efectos distributivos en el mercado laboral, en contra de las mujeres, los trabajadores más jóvenes y los menos calificados, además resiente el desarrollo de empresas de menor tamaño, en cuanto no se aplique normativa especializada a su funcionamiento particular y consecuentemente a la generación de nuevos puestos y rubros de trabajo. Finalmente, hay una relación positiva entre el nivel de protección y el tamaño del empleo informal.

### **3. PAÍSES EUROPEOS**

Dentro de los miembros de la comunidad europea existe coincidencia en que la modernización del derecho laboral no puede pasar por fórmulas que permitan mayor facilidad en los despidos de trabajadores y trabajadoras con contratos indefinidos, esto proviene como resultado de las reformas efectuadas a las legislaciones y a la implementación de mecanismos que aseguran la protección y promoción de los derechos laborales por parte de los trabajadores, no obstante esta posición a determinado como contrapartida una negación a una mayor permisividad en la movilidad de los trabajadores en el contexto de las actividades de las empresas y del suministro de servicios transnacionales, lo cual ha provocado una situación general de contraposición, dado el aumento de las exigencias económicas y por las recientes crisis que han debilitado la economía mundial. Bajo la idea de "modernizar el derecho laboral" se han implementado legislaciones tendientes a reforzar la protección de derechos por parte de los trabajadores, no obstante ello debe conciliar con las exigencias de competitividad económica, y la aparición de factores que impulsan llevar

a cabo una mayor flexibilización laboral, además de un aumento en el valor añadido de la actividad productiva mediante la innovación, el desarrollo tecnológico y la cualificación de la población trabajadora.

### 3.1. Pequeñas y medianas empresas en la Comunidad Europea<sup>66</sup>

En cuanto a la situación empresarial y en particular las denominadas “Pymes” en el conjunto de la Unión Europea junto con Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, existen más de 20 millones de empresas privadas no agrarias, las cuales proveen de empleo a cerca de 122 millones de personas. La mayoría de estas empresas son pequeñas y medianas empresas (definidas como empresas con menos de 250 empleados), que dan empleo a dos terceras partes del total de ocupados. El 93% de las pymes son *microempresas* (con menos de 10 trabajadores), las cuales proporcionan empleo a una tercera parte de la población ocupada. De media, la empresa europea da empleo a 6 trabajadores, aunque esta cifra obviamente varía en función del tamaño de la empresa:

- La media de ocupados en las microempresas es de 2 empleados,
- Mientras que en las grandes empresas la media supera los mil empleados.

De lo expuesto se desprende que este tipo de empresas se constituyen como entidades medulares de la economía de la región. El tamaño de las empresas europeas también puede medirse por su volumen de producción. En efecto, mientras que la producción media de las pymes es de unos 200.000 euros, la de las grandes empresas se eleva a 255 millones de euros. De media, una empresa vende el 17% de su producción en los mercados exteriores. Sin embargo, esta propensión a exportar varía notablemente en función del tamaño de la empresa: un 21% en las grandes empresas, frente al 7% de las microempresas. No obstante, estas diferencias existen también entre empresas del mismo tamaño y diferentes industrias y entre países.

---

<sup>66</sup> <http://www.camaravalencia.com/images/nuevos/pyeuropa.pdf> (consultada el día 95 de mayo de 2010).

Con respecto a la productividad laboral –medida como valor añadido por persona ocupada existe una fuerte correlación: a mayor tamaño mayor productividad. Ello es debido a las diferencias en la estructura industrial entre pymes y grandes empresas. Asimismo, a mayor tamaño se obtienen mayores beneficios. Como resultado de la baja productividad laboral, los costes laborales como porcentaje del valor añadido se correlacionan indirectamente con el tamaño de la empresa. Sin olvidar el hecho de que una buena parte del esfuerzo laboral en las microempresas las lleva a cabo el propietario y los trabajadores familiares, los cuales no se encuentran dentro del apartado de salarios, por lo que en realidad, el porcentaje del coste laboral sobre el valor añadido sería superior en la microempresa que en la pequeña empresa.

### **3.2. Evolución de las pymes europeas. 1988-2001**

Durante el último decenio el mayor crecimiento de las ventas de las empresas europeas ha sido en los mercados exteriores (6,2%), frente al 1,8% de las ventas en el mercado nacional. Dado que las grandes empresas son las que tienen una mayor propensión a exportar, son también las que más se han aprovechado de esta situación.

En el mercado doméstico las empresas que han registrado un mayor crecimiento de su volumen de ventas han sido las de menor tamaño –microempresas y pequeñas empresas, con un 2% y 1,8% respectivamente-, mientras que sólo las grandes empresas productoras de bienes intermedios han registrado un crecimiento significativo de sus ventas en los mercados domésticos (2,7%, similar al resto de empresas).

En el período 1988-2001 el crecimiento de la productividad laboral ha sido superior en las empresas de mayor tamaño, sobre todo durante los años de bajo crecimiento (1990-1993).

Por tanto, el crecimiento del empleo se ha producido en las empresas de menor tamaño, frente al retroceso del empleo en las grandes empresas (la destrucción del

empleo en la crisis de 1993 no ha podido ser compensado durante los años posteriores de crecimiento).

Las pymes europeas no sólo destruyeron menos empleo durante la crisis de 1990-1993, sino que han generado empleo a mayor ritmo en los años posteriores de crecimiento que las grandes empresas. Esta situación contrasta con la de Estados Unidos, donde son las grandes empresas las que protagonizan un mayor crecimiento del empleo (3,5%), reduciéndose éste a medida que disminuye el tamaño empresarial.

### **3.3. Flexibilidad laboral o aligeramiento de normas laborales**

La flexibilidad laboral es un concepto que agrupa a distintos fenómenos, muchos de los cuales difieren según el país. No obstante, debemos precisar que la flexibilidad laboral constituye un desarrollo del derecho laboral europeo. Se ha destacado, en la experiencia europea, que cada país según sus propias tradiciones ha explorado caminos diversos de flexibilidad. A este respecto Boyer<sup>67</sup>, da cinco definiciones indicando que “la flexibilidad puede definirse por referencia a objetivos que a priori no tienen relaciones evidentes entre sí”.

1. Flexibilidad como la “mayor o menor adaptabilidad a la organización productiva”. La figura emblemática de esta clase de flexibilidad sería la “fábrica flexible” totalmente automatizada y adaptable a los cambios de volumen y a las exigencias del mercado.
2. Flexibilidad como “la aptitud de los trabajadores para cambiar de puesto de trabajo o quizá en rápida transformación de sus labores.”. Se trata de la polivalencia de la mano de obra, de la posibilidad de cambiar de funciones y de la ausencia de barreras entre los obreros, capataces y los técnicos.
3. Flexibilidad como “la debilidad de las restricciones jurídicas que regulan el contrato laboral y, en particular, las decisiones de despido.” Esta definición apunta a los aspectos institucionales del derecho del trabajo y a las cláusulas

---

<sup>67</sup> Información obtenida de la pagina virtual <http://www.anfavia.cl/>, (consultada el día 4 de mayo de 2010)



de los contratos colectivos. Para muchos es la más importante flexibilidad que interesa recuperar, siendo la situación ideal que las condiciones del contrato de trabajo fueran revisables día a día.

4. Flexibilidad como “la sensibilidad de los salarios (nominales y/o reales) a la situación económica propia de cada empresa o general, en lo referente al mercado de trabajo.”. Indica que se propugna la derogación del salario mínimo y la vinculación de los salarios al rendimiento.
5. Flexibilidad como “la posibilidad de las empresas de sustraerse a una parte de las deducciones sociales y fiscales y, más en general, de liberarse de las regulaciones públicas que limitan su libertad de gestión.” Centraremos nuestro estudio en relación con las instituciones del derecho laboral.

La flexibilidad ha implicado, en los países europeos, cambios en el número de contrataciones y de funciones; en las calificaciones profesionales; en la jornada laboral; en los costos de trabajo, incrementándose el trabajo en tiempo parcial en desmedro del de la jornada completa. Se habla de un trabajo asalariado con dos velocidades, uno que es protegido por la cobertura social y el derecho laboral, y otro que se encuentra absolutamente desprotegido. Existiría asimismo una flexibilidad numérica o externa, entendida como la facultad de los empleadores para ampliar o reducir su personal cuando lo estimen conveniente y para contratar trabajadores temporeros o de dedicación parcial; una flexibilidad del tiempo de trabajo; una funcional; una salarial, y una denominada flexibilidad de gestión.

### **3.3.1. Características del proceso flexibilizador o de aligeramiento europeo**

Al referirnos a las características del proceso flexibilizador o de aligeramiento en el cumplimiento de normas laborales, intentaremos determinar los elementos comunes de las diversas soluciones adoptadas por los países europeos, estos son:

1. La flexibilidad ha operado sobre la relación individual de trabajo. Ya sea que se trate de flexibilidad externa o numérica (facultad para contratar, despedir y

celebrar contratos atípicos) o interna (sobre el tiempo de trabajo, flexibilidad funcional y salarial).

2. La flexibilidad laboral se ha establecido a través de diversas negociaciones de los actores sociales, las cuales se han expresado por medio de distintas fuentes jurídicas: a) Por medio de la ley; b) Por medio de acuerdos colectivos de diverso alcance, ya sea que se trate de acuerdos de rango nacional, de categoría local o a nivel de empresa.
3. El Estado ha asumido un rol activo de promotor que ha incentivado a los involucrados en las flexibilizaciones para que operen en dicho sentido. Casi todos los gobiernos europeos a excepción de Gran Bretaña han adoptado medidas concertadas de flexibilidad. La búsqueda de flexibilidad en Europa se ha hecho promoviendo una legislación orientada a eliminar las tradicionales rigideces a través de soluciones consensuadas, lo que implica que las diversas medidas flexibilizadoras o de aligeramiento se han sometido a la negociación colectiva, muchas veces con participación de los gobiernos. Las reformas flexibilizadoras en España han sido complementadas con subsidios fiscales, seguro de desocupación, prestaciones para formación y capacitación profesional y un apoyo al control sindical de la contratación precaria vía derecho de información. De trascendental importancia ha sido la fuente formal ocupada para flexibilizar en Europa: la autonomía colectiva, a través del pacto social y del contrato colectivo por vía de la actividad, y en los casos que ha sido impuesta por ley, siendo su aplicación controlada sindicalmente.

El Estado no deroga la legislación protectora, sino que permite que las partes sociales generen acuerdos colectivos que se superpongan a dicha normativa, teniendo en consideración factores específicos y particulares que se ajustan mejor a sus intereses, de ahí que se produce un aligeramiento a favor de los trabajadores y de las empresas. Asimismo, en el área de contratación para promocionar el empleo, el Estado adopta una actitud “agresiva” de fomento y, por otra, dispone de una excelente estructura de seguridad social que protege al trabajador afectado.

Desde una perspectiva empírica pueden observarse tres tendencias respecto de la flexibilidad:

1. Se aborda principalmente en convenios colectivos (Italia, Suecia, Alemania y Dinamarca), o con medidas legislativas (Francia, Bélgica y España).
2. En el marco de la negociación colectiva sobre la flexibilidad se han registrado acuerdos de alcance nacional (Bélgica, Países Bajos y Dinamarca), siendo mayor el número de convenios basados en consultas y en negociaciones a nivel de empresa. Además existen medidas legislativas cuyas repercusiones en las relaciones laborales se centran en niveles más bajos que dicho acuerdos - de alcance nacional-, como es el caso de la flexibilidad externa (Alemania, Italia, Suecia, Dinamarca y Países Bajos).
3. En todos los países las disposiciones y acuerdos institucionales sobre la flexibilidad han generado procedimientos y normas que regulan la confrontación entre empresarios y sindicatos. El impacto desreglamentador de la flexibilidad se ha visto corregido por nuevas normas y por medio de acuerdos en los cuales se ha conservado el papel central de la negociación colectiva.

### **3.3.2. Consecuencias jurídicas de la flexibilidad o aligeramiento en el cumplimiento de normas laborales**

Dentro del ámbito del derecho del trabajo, la flexibilidad ha irrumpido generando diversas reflexiones de los juristas laborales. Se habla, por una parte, de una vuelta al contrato y de la “desregulación” como la muerte del derecho laboral, toda vez que implica la derogación de la legislación protectora del trabajador.

Gino Giugni explica que junto a la desregulación, está el concepto de “reformatización o riregolazione” (reregulación) con un significado propio en cuanto variación de las técnicas normativas, y un sentido más común referido a la noción de reforma legislativa<sup>68</sup>. El aligeramiento normativo que permite una mayor elasticidad del

---

<sup>68</sup> *La memoria di un riformista*, Il Mulino, Bologna, 2007

mercado de trabajo no se encuadraría dentro de la filosofía neoliberal, sino que se trataría de una respuesta a la evolución del mercado y de las relaciones laborales.

Se busca integrar al mercado sumergido existente generado por la existencia de gran cantidad de pequeñas empresas (Pymes); se trata de cambios en las expectativas de los trabajadores, algunos de los cuales ya no ansían puestos de jornada completa e indefinidos; de transformaciones de las distintas calificaciones y de una mayor valoración de la libertad individual en el caso de las más altas calificaciones; de la crisis del Estado de bienestar por su alta carga normativa, y del desarrollo de las relaciones industriales de tipo neocorporativo.

Las tendencias flexibilizadoras se manifiestan en tres fenómenos jurídicos:

1. La desregulación, o sea la derogación de la legislación protectora del trabajador.
2. La reregulación o reformalización, en que no se plantea eliminar la norma sino modificar el método de normación.
3. La desconcentración o devolución de las fuentes normativas, potenciando especialmente la negociación colectiva. Las dos primeras dicen relación con el derecho individual del trabajo y la última se refiere a las relaciones entre ley y contrato colectivo y otras formas de participación de las partes sociales en el proceso formativo.

El límite entre las mismas no es claro, pudiendo cualquiera de ellas cambiar el objeto de la norma y, por ende, producir una desregulación parcial. La desregulación es plenamente justificable en los casos de comprobada ineptitud de la norma y necesidad de readecuación empresarial y de desventaja y pérdida de competitividad.

Otros autores, como Umberto Romagnoli ocupan el término desregulación en un sentido más amplio, expresando que se trata de “una distinta calidad de las relaciones entre las fuentes para hacer disponible, derogable y flexible aquello que el derecho del trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido.”

En el caso italiano, ha operado la atenuación o aligeramiento de los vínculos legales rígidos, sustituyendo los vínculos directos a la libertad contractual, por vínculos indirectos y preventivos generados por formas de control administrativo y sobretodo sindical. Surge así, una “legislación procedimental o reflexiva” en la cual en vez de ser limitada la autonomía individual de la partes de la relación de trabajo, la norma predispone el terreno sobre el que operará la autonomía negocial, creando vías procedimentales y facilitando los incentivos y compensaciones. Se trata de una legislación “preformativa de la autonomía negocial” que se diferencia de la norma laboral tradicional en que, mientras ésta opera en forma directa sobre la relación de trabajo, la intervención preformativa opera fuera de aquélla, modificando las condiciones dentro de las cuales la autonomía negocial operará.

Un claro ejemplo de este tipo de legislación lo encontramos en los mecanismos de autorización para contratar trabajadores flexibles, a plazo o con contrato de formación de trabajo, en Italia, por medio de autorizaciones administrativas o en cláusulas especiales de los contratos colectivos. D’Antona precisa que no obstante la naturaleza de los cambios, del decenio de la flexibilidad ha surgido un derecho laboral aligerado más que desregulado, donde la expansión de la “autonomía individual” es complementaria a otras regulaciones que, siendo descentralizadas y flexibles, son heterónomas y controlan dicha autonomía, como es el caso de las autorizaciones administrativas y de las cláusulas de los contratos colectivos.

Por último debemos mencionar que en el ámbito de las relaciones entre la ley y el contrato colectivo la flexibilidad ha generado cambios. En efecto, tradicionalmente es posible distinguir tres modelos de reparto de competencias entre la ley y el contrato colectivo:

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

Como la mayoría de los cambios flexibilizadores se han concretado vía negociación colectiva, debido en gran parte a que el contrato es más adaptable a los cambios, se habla de un cuarto modelo denominado de “interacción permanente”, basado en el convencimiento de que la negociación colectiva puede acomodar la legislación, de manera dúctil y responsable, a las peculiaridades de cada sector o rama de la industria, permitiéndose, inclusive, que los convenios colectivos deroguen en sentido peyorativo lo establecido en la ley.

Existen diversos tipos de flexibilidad o aligeramiento de la normativa laboral, así se habla de flexibilidad del tiempo de trabajo, flexibilidad funcional, flexibilidad salarial y flexibilidad numérica o externa. Respecto de la flexibilidad del tiempo de trabajo, menciona la reducción de las restricciones que regían el trabajo de dedicación parcial en Italia, el aligeramiento de las normas aplicables al número máximo de horas de trabajo diarias y semanales, a la facultad que se reconoce a los empleadores de organizar más flexiblemente el tiempo de trabajo a lo largo de un año, como en España, o de singularizar los horarios, como en Francia, y la abolición de las restricciones en materia de trabajo nocturno y de períodos de descanso obligatorios para los trabajadores. Se han dictado leyes que fomentan la disminución del tiempo de trabajo durante la vida, favoreciendo la jubilación anticipada. La negociación colectiva ha contribuido a la flexibilización de los contratos a plazo fijo y se ha descentralizado la negociación colectiva del tiempo de trabajo, si bien es cierto que los contratos colectivos centralizados siguen disponiendo las normas generales de dicha materia. Los empleadores pueden repartir las horas de trabajo en la semana o en un período más largo, sin pagar horas extraordinarias, a cambio de una reducción del tiempo total de trabajo, como en el caso alemán.

Además se contemplan figuras flexibilizadoras como los “contratos atípicos”, los que generalmente están regulados por ley (Alemania y Francia), o por la negociación colectiva (Suecia), o por ambas a la vez (Italia). En el trabajo precario no sólo se ha expresado el deseo de los empresarios de aumentar la flexibilidad y de reducir costos de trabajo, sino que también éste se ha generado producto de los cambios en las perspectivas de trabajo y en los deseos de los trabajadores. En efecto, se ha

destacado que este tipo de contratos busca satisfacer intereses opuestos, al intentar responder a las exigencias organizativas y de producción de las empresas y, por otro lado, regular la fuerza laboral marginal o sumergida. Los motivos de su incremento son múltiples: razones económicas, de avance tecnológico, cambios sociológicos, y como respuesta a las tradicionales rigideces del derecho del trabajo.

La regulación de la contratación atípica fomenta el rol activo de la autonomía colectiva, constituyendo una suerte de “desregulación controlada” distinta de la desregulación salvaje o fuerte en que se deroga legislación protectora. Al regular el trabajo precario se garantiza una tutela mínima a través de un mecanismo de autorizaciones y de controles administrativos, se interviene en la fase previa a la contratación, y en algunos casos dicho control protector se prolonga durante el desarrollo de la relación laboral, y además se fomenta que las relaciones laborales precarias tiendan a convertirse en típicas.

En caso de violación de las normas, se establece la conversión del contrato atípico en típico. La forma de empleo precario o periférico más difundido, es el contrato a tiempo parcial, en el sector terciario y con las mujeres, el cual en 1985 representaba el 20% del empleo total en Dinamarca, Gran Bretaña, Países Bajos y Suecia, el 10% en Alemania y Francia y el 5% en Italia.

En el derecho español, las nuevas modalidades de contratación son clasificables en tres grupos tipológicos<sup>69</sup>:

1. Contratos temporales: aquí encontramos la contratación tradicional u objetiva que atiende a necesidades productivas temporales como el caso de los contratos de obras y servicios, de interinidad y de sustitución; contratación temporal de fomento del empleo; contratación temporal de fomento del empleo conjugada con elementos formativos; contratación temporal promovida por la administración pública, y contratación temporal que se combina con la prestación a tiempo parcial del trabajo contratado por las siguientes vías: contrato de jubilación parcial (trabajadores a 3 años de jubilar que reducen su

---

<sup>69</sup> Alonso Olea Manuel y Casas Baamondes Maria, Derecho del Trabajo, Civitas Ediciones, 2006.

tiempo de trabajo y su salario en un 50%) con contratos de relevo (pactado con desempleados que cumplan los requisitos que la legislación establece).

2. Contratos a tiempo parcial: se ha fomentado esta modalidad permitiendo la conversión voluntaria de contratos típicos en part-time con supervisión de la negociación colectiva.
3. Contratos estables o por tiempo indefinido distintos del contrato-tipo por el auxilio económico que reciben del Estado en forma de subvenciones o bonificaciones destinadas a los empresarios contratantes: La estabilidad y el tiempo completo en el contrato de trabajo se logran mediante subvenciones, bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales de seguridad social y otros beneficios económicos.

Todos estos cambios se motivan en razones estructurales y no meramente coyunturales, generándose una pluralidad tipológica del trabajo, aumentando la precariedad y subprotección de los trabajadores, incrementando el poder económico de los empresarios, y alterando la debida equidad que debe primar en las relaciones laborales.

En Francia, se ha legislado para favorecer la inserción de los jóvenes en el mundo del trabajo, por figuras contractuales que alternan tiempo de trabajo y tiempo de formación. Se trata de los contratos de cualificación y de adaptación. La alternancia amplía el objeto del contrato de trabajo, creando para el empleador y el trabajador nuevas obligaciones en materia de formación.

El contrato de cualificación tiene por objeto la adquisición de una cualificación profesional, es decir un diploma, un título homologado o una cualificación reconocida o en vías de ser reconocida mediante convenio colectivo. El contrato de adaptación tiene por objetivo dar al joven ya cualificado una preparación para el empleo o tipo de empleo, es decir para la práctica de un oficio o de una gama de oficios. La extensión del objeto del contrato, en este tipo de figuras, está modificando al contrato individual de trabajo que, de ser un contrato de ejecución sucesiva se va convirtiendo en un contrato de prestaciones sucesivas, que genera obligaciones diversificadas cuya ejecución se combina en el tiempo.



Finalmente debemos hacer mención dentro del proceso de extensión de la contratación precaria, que han surgido tesis que pretenden privilegiar el acuerdo de las partes individuales para determinar el tipo de contrato de trabajo de que se trata (típico o atípico).

#### **4. PAÍSES DE AMÉRICA LATINA.**

Como es notorio, en las últimas dos décadas todos los países latinoamericanos han abierto sus mercados a través de acuerdos multilaterales. Estos acuerdos o tratados tienen en general una clara visión economicista, son defensores y promotores de una concepción amplia de la economía de mercado y tratan con menor consideración los temas vinculados a las cuestiones sociolaborales. La posibilidad de conciliar los aspectos económicos con las cuestiones sociales parece ser hoy en día, el gran desafío de los acuerdos regionales, muchos de los cuales, pese a haber incorporado en los documentos la dimensión laboral, aún no han logrado un desarrollo de los mecanismos para trasladar al plano de la realidad los principios normativos. En este ámbito, aparece también una dimensión privada, en la que actúan las organizaciones sindicales y las grandes empresas transnacionales, en una incipiente negociación regional que podría dar en el futuro un nuevo impulso a la promoción de la tutela laboral y social. El esfuerzo flexibilizador ha trascendido las fronteras europeas y lo encontramos presente en diversos países de América Latina, siendo un caso demostrativo el de la legislación peruana.

##### **4.1. Los contratos temporales**

Los contratos temporales, como medio de flexibilización laboral en Perú fueron introducidos en 1970. Éstos contaban con los beneficios laborales establecidos por la ley, pero no acarreaban la estabilidad laboral de los trabajadores con contratos permanentes. A pesar de sus ventajas, contaron con un uso inicial limitado, debido a las restricciones que fueron impuestas a su aplicación. En tal sentido, estos contratos

sólo podían ser empleados para labores temporales, estacionales o de suplencia y estaban sujetos a la aprobación del Ministerio de Trabajo (que debía verificar que las firmas efectivamente estuvieran empleando este mecanismo para los fines estipulados por la ley). La duración máxima del empleo bajo este tipo de contratos se limitaba a dos años. La primera gran reforma en la regulación de este mecanismo se produce en septiembre de 1990, a través de la Resolución Ministerial 430-90-TR. A través de ésta, se eliminó el requisito de aprobación del Ministerio de Trabajo, así, en la práctica, éste se convertía en el encargado de registrarlos, además de estar en su potestad realizar inspecciones para vigilar el correcto uso de las modalidades contractuales. Adicionalmente, se incrementó las posibilidades del empleo a plazo fijo, instaurando nuevas modalidades como el contrato por alguna obra determinada. En relación a su duración máxima, esta fue ampliada a tres años, posteriormente, con la Ley 26513 de 1995, su uso máximo fue prolongado a cinco años.

#### **4.2. Flexibilización o aligeramiento en la Legislación Peruana**

La década de los noventa es percibida por muchos grupos como un período de alta flexibilización laboral. En tal sentido, la reforma laboral de 1991 redujo de manera considerable las trabas al despido, al eliminar la estabilidad absoluta en el puesto de trabajo y al reducir los costos del esquema de indemnizaciones por despido injustificado. Adicionalmente, se liberalizó el uso de contratos temporales, permitiendo relaciones laborales más flexibles, aunque inestables. Sin embargo, estos cambios sólo constituyeron una parte de las reformas. Por otro lado, los costos laborales se incrementaron considerablemente, reduciendo los incentivos para generar relaciones laborales con contratos permanentes. Pareciera ser que detrás de la percepción negativa sobre las reformas laborales de los noventa, se encuentran otros factores como la reducción del empleo en el sector público y la pérdida de empleos en industrias oligopólicas anteriormente protegidas por altos aranceles, entre otros factores (Saavedra,2003). En general, la reforma de los noventa generó “perdedores”, concentrados en grupos locales de la población. La clase media en muchos países de América Latina, incluyendo a Perú, veía cómo sus capacidades – orientadas a muchas

industrias protegidas por las estrictas restricciones al comercio internacional – no encajaban con las demandas de las firmas, en un proceso de apertura comercial y una economía abierta. En todo caso, la reforma laboral en Perú no estuvo orientada a reducir costos de despido que en los setenta y ochenta se encontraban en niveles muy elevados. Prueba de ello es que, aún luego de estas reformas, la protección al despido en Perú sigue en niveles relativamente altos para América Latina y que los costos no salariales han mantenido una tendencia creciente. Un considerable número de estudios han demostrado que América Latina cuenta con una de las regulaciones laborales más restrictivas del mundo. Rama (1998) sostiene que ésta tiene una legislación laboral sólo más flexible que la de India o el oeste de África. El Banco Interamericano de Desarrollo (1998) muestra que las restricciones laborales en los países de la región son mayores que las de los países de la OCDE. El costo de despido en países de Latinoamérica es mayor que los de los países industrializados. Además los costos de terminación de la relación laboral son notablemente altos en América Latina y que la indemnización por despido explica una alta proporción de estos costos.

¿Cómo se ubica Perú dentro del contexto altamente proteccionista de América Latina?

A modo de ilustrar este fenómeno contrastaremos la situación peruana con países de la región como: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela. En el año 2002, estos siete países (incluido Perú) abarcaban al 80% de la población y el 89% del producto bruto regional. La evidencia respecto de costos de despido y los costos no salariales ubica al país como uno de los más proteccionistas de la región. Con la excepción de Venezuela, Perú es el país con mayores costos de despido en la muestra de países para duraciones del empleo menores a diez años. En el caso de trabajadores con períodos mayores en el empleo, Perú ocupa el tercer lugar luego de Venezuela y Colombia.

#### **4.2.1. La regulación laboral: de la economía positiva a la economía normativa**

La regulación laboral debe mantener un equilibrio entre dos objetivos. Por un lado, promover la eficiencia del mercado laboral y, por otro, asegurar a los trabajadores una serie de derechos fundamentales. En tal sentido, el marco legal debe cumplir con ciertas características, referidas tanto a su contenido sustantivo, como al proceso para su formulación.

Estas características son:

**Claridad**, tanto en los objetivos que se persiguen como en los instrumentos que se desean aplicar. La regulación debe determinar de manera precisa, cuál es la falla de mercado a la que apunta e identificar la mejor alternativa para resolverla.

**Estabilidad** en el tiempo. La principal fuente de generación de nuevo empleo y de mejoras en la productividad es la iniciativa privada. La inversión es un proceso intertemporal, donde los costos se asumen hoy y las ganancias, tal vez, vienen mañana. La percepción de inestabilidad de una legislación torna el mañana aún más incierto y desalienta la inversión. Esto, de hecho, es un factor importante en el Perú, para que una norma sea estable, no sólo debe tener un contenido sensato y equilibrado, sino que, además, debe ser producto del consenso entre los diferentes sectores de la sociedad.

**Universalidad**. La ley debe de alcanzar a todos. El carácter deseable de muchos beneficios laborales choca con los niveles de productividad de la economía nacional. Por tanto, son aplicables a una porción más bien reducida del total de empresas. La recientemente promulgada Ley de PYMES reconoce este hecho, al crear un régimen laboral especial. La legislación laboral debería apuntar a establecer pisos mínimos y fomentar la negociación entre partes para lograr beneficios adicionales.

**Flexibilidad**. Por lo general las empresas compiten en entornos muy cambiantes y competitivos. La velocidad del cambio tecnológico, la continua reducción del costo de las comunicaciones y la apertura de los mercados internacionales facilita la aparición de nuevos productos y competidores. Las empresas requieren de flexibilidad para adaptarse a los cambios. Legislaciones rígidas hacen costosas estas

transformaciones y pueden, en su afán de proteger a los trabajadores, desproteger al empleo y así terminar perjudicando a quienes pretenden favorecer.

**Generar bajos costos administrativos.** Mientras más costoso el cumplimiento de una ley, menor la probabilidad de que sea acatada por la mayoría de agentes. Entre dos instrumentos legales comparables, que apuntan al mismo objetivo, debe preferirse aquél que implica menores costos de cumplimiento.

**Prever los costos asociados a su aplicación.** La regulación del empleo debe tomar en cuenta los efectos que puede tener sobre otras condiciones en el mercado de trabajo. Por ejemplo, imponer niveles muy bajos de protección frente a eventos de desempleo puede ocasionar fluctuaciones muy bruscas en los ingresos de trabajadores, las cuales eventualmente pueden generar considerables pérdidas de bienestar. Por otro lado, establecer protección demasiado alta puede desalentar la demanda de trabajo e inducir a las empresas a no contratar nuevos trabajadores. En todo caso, la legislación debe establecerse tomando en cuenta los beneficios y costos que impone sobre sus “ganadores” y “perdedores”.

**Considerar un plan de monitoreo y evaluación de sus efectos desde su formulación.** El monitoreo permanente de los efectos de una norma es indispensable para perfeccionar la regulación. Muchas veces leyes bien intencionadas tienen efectos no deseados, contrarios a los que se buscaba. Así mismo, pueden favorecer a algunos grupos de trabajadores, típicamente los mejor posicionados en el mercado (hombres, adultos, calificados) pero perjudicar a otros (mujeres, jóvenes, poco calificados). Algunos países, como México, han incorporado como requisito para aprobar una ley o programa de inversión pública la existencia de un plan de monitoreo y evaluación de impactos.

#### **4.3. Tendencias recientes en la legislación laboral**

En los últimos dos años se han lanzado un número de propuestas de reformas en el área laboral. Más allá de normas aisladas, las dos iniciativas más importantes son

el Proyecto de Ley General del Trabajo (PLGT), preparado por una comisión de abogados por encargo de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, y el régimen laboral para las Micro y Pequeñas Empresas (MyPEs) contenido en la recientemente promulgada Ley de Pymes. A continuación se analizan los cambios que introducen y sus potenciales efectos sobre el mercado laboral.

#### **4.3.1. Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MyPE)<sup>70</sup>**

En agosto de 2003 se aprobó la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MyPE). El nuevo dispositivo ha sido concebido como un régimen temporal de cinco años, que impulse la competitividad e incentive la formalización de las MyPEs. En tal sentido, la ley establece mecanismos de acceso a servicios de desarrollo empresarial, programas de financiamiento y simplificaciones administrativas para su registro y operación. Dentro de este marco incluye también un régimen laboral especial – con menores requerimientos – para trabajadores de estas empresas. En esta línea, se reduce el período vacacional a quince días, se establece una indemnización por despido equivalente a la mitad de la que se aplica en el régimen general y se deja a la elección del trabajador afiliarse (o no) a un sistema previsional. Este constituye un esfuerzo interesante por orientar la legislación laboral a un esquema más consistente con los niveles de productividad de la gran mayoría de empresas peruanas. En tal sentido, como se ha argumentado, una regulación excesiva puede llegar a sobrepasar los niveles que los trabajadores y las firmas pueden o desean financiar. Un aspecto problemático se refiere a que se mantienen sujetas a las microempresas a la normativa de salario mínimo. El problema aquí son las erráticas políticas, de fuerte acento populista, con relación a este tema, que han llevado a que alrededor del 40% de la PEA asalariada tenga ingresos por debajo del mínimo legal. Este nuevo dispositivo plantea también nuevos retos, si bien constituye un esfuerzo positivo, impone desafíos en relación a su monitoreo, puede inducir a algunas firmas a seguir operando en escalas reducidas y no-eficientes, podría estimular la escisión de

---

<sup>70</sup> <http://www.crecemype.pe/Crecemype/requisitos-contratos.php> (consultada el día 04 de mayo de 2010).

algunas empresas. En todo caso, es probable que los efectos adversos negativos de esta norma puedan ser superados por la ampliación de beneficios sociales a un contingente importante de empleados. En este sentido, si se toma en cuenta que el empleo en empresas de menos de diez trabajadores constituye alrededor del 40% del empleo en áreas urbanas, esta ley podría ampliar la cobertura de la protección laboral - por lo menos, en una versión reducida- a un contingente considerable de trabajadores que actualmente no goza de ningún tipo de derecho en su empleo.

¿Cuáles son los beneficios de la Ley Mype? ¿Quiénes pueden acceder? ¿Es realmente importante formalizarse? Estas son algunas de las preguntas que continuamente se hacen los micros y pequeños empresarios peruanos. Por tal motivo, el Ministerio de la Producción ha puesto en marcha una campaña de difusión que tiene como principal objetivo dar a conocer los beneficios que brinda. Las Mypes representan el 98.69% del total de empresas a nivel nacional y son las principales generadoras de empleo. Sin embargo, hay un grado de informalidad muy alto. A través de esta campaña las micros y pequeñas empresas podrán apuntar a la formalización, acogándose a una serie de beneficios a través de su inscripción en el Registro Nacional de Mype-REMYPE, que favorece tanto a los propietarios y trabajadores de estas unidades productivas. Las Mypes podrán vender sus productos a empresas grandes, obtener créditos más baratos de los bancos y contar con acceso al seguro de salud, a través del Sistema Integral de Salud (SIS). También, establece regímenes laborales, disposiciones tributarias simplificadas y otras ventajas para las que son formalizadas, como acceso al Sistema de Pensiones Sociales. Los consorcios, la subcontratación y las licencias de marca son esquemas que pueden desarrollar las mypes entre sí o con empresas de mayor tamaño, con encadenamientos que tengan por objetivo la exportación.

Entre los medios utilizados para mejorar la competitividad de este tipo de empresas existe:

- El consorcio, que es una alianza estratégica horizontal entre pares con un objetivo y acción conjunta orientados a la mejora de la competitividad de las empresas que deciden participar. Existen dos maneras de hacer consorcios:

creando una nueva empresa o mediante el establecimiento de una gerencia comercial común.

Entre las ventajas de consorciarse, podemos encontrar la generación de economías de escala, un mayor poder de negociación con los compradores o vendedores según sea el caso, la complementación de capacidades entre los participantes y la extensión de la oferta exportable. No es fácil conformar un consorcio, especialmente si predomina la desconfianza. Entre las barreras que existen para conformar este tipo de alianza se encuentran la existencia de un objetivo común y alcanzable; la definición de un sistema de dirección; la capacidad de liderazgo; la resolución de conflictos; y las pautas para seleccionar y calificar empresas que pretendan integrarse.

- **Subcontratación:** Una pequeña empresa subcontratada como proveedora de una compañía grande tiene como ventajas, entre otras, el contar con una demanda sostenida y menos estacional; el tener un cliente más exigente, lo que implica una mejora en la calidad; a su vez, este cliente le transfiere know how; y un ahorro de capital de trabajo en la compra de materia prima y otros insumos. Por el lado de la gran empresa, la subcontratación de pequeñas y microempresas proveedoras le ofrece la ventaja de reducir sus costos fijos, mejorar la especialización y tener una capacidad de respuesta más rápida ante un eventual incremento de la demanda. Son tres los tipos de subcontratación: 1) servicios básicos, que son extensivos en mano de obra simple, como es el caso de la costura en el sector confecciones; 2) servicios de especialización tecnológica, como la fabricación de accesorios en calzado; y servicios de proceso completo, como la confección de polos para marcas internacionales.
- **Licencia de marca:** La licencia de marca es un contrato mediante el cual el titular de una marca (licenciante) otorga la autorización a un tercero (licenciario) para usar dicha marca a cambio de una contraprestación pactada, sin que esto signifique que el titular se desprenda o transfiera definitivamente la titularidad sobre la marca.



Entre las obligaciones del licenciante se encuentran la autorización del uso de la marca, sea o no de carácter exclusivo; mantener en pleno vigor y efecto el registro de la marca, así como solicitar la renovación del registro de la marca y anotar ante la oficina de propiedad intelectual todos los cambios que la afecten; entablar las acciones correspondientes contra los terceros que violen el derecho sobre la marca licenciada; y ejercer un estricto y eficaz control de la calidad. Por su parte, el licenciataria está obligado a cumplir estrictamente las medidas de control de calidad establecidas por el licenciante; informar oportunamente al licenciante sobre posibles infracciones al derecho de uso de marca; mantener y aumentar el goodwill de la marca licenciada; y cumplir con el pago de la contraprestación acordada con el licenciante.

Las barreras que impiden un mayor desarrollo del mercado de subcontratación son de dos tipos: las externas y las internas. Las externas son los sobrecostos; la escasa promoción vía programas nacionales de calidad total, de innovación tecnológica, subcontratación nacional e internacional; la necesidad de desarrollar una cultura de la calidad y, no menos importante, la desconfianza. En cuanto a las internas podemos mencionar la escasez de tecnología especializada, una limitada mano de obra calificada, falta de una mejor capacidad de gestión y la baja productividad.

## CONCLUSIÓN

El mundo se halla hoy en una encrucijada en los planos económicos, social y medioambiental. Por una parte es testigo de los poderes transformadores que la globalización económica tiende al abrir nuevas oportunidades de crecimiento económico mediante la tecnología, la inversión y el comercio. Por otra se oyen cada vez más interrogantes acerca de la calidad de crecimiento económico y de los efectos que este tiene en el medio ambiente, en la cohesión y la estabilidad sociales, y por tanto en el aumento de desigualdades. En el día de hoy también produce desasosiego el impacto que la financiación de la economía en general pudiera tener en la economía real y productiva y, por consiguiente, en las empresas y el empleo. También se oye decir que pasó a la historia, la época en que la única preocupación era arreglar la economía mediante ajustes estructurales. Con la esperanza de que los problemas sociales se resolviesen por si solos va menguando la confianza en la capacidad de los mercados de atender las demandas democráticas de la sociedad. Los reiterados excesos registrados en el mercado, como los provocados por la reciente crisis de hipotecas de alto riesgo, han terminado por erosionar la fe, en unos mercados mal reglamentados. No obstante, disminuyen las costas de pobreza extrema, pero al mismo tiempo aumentan las desigualdades de los ingresos en muchos países, además muchos de los empleos que se crean hoy son de mala calidad. En gran parte del mundo en desarrollo, la mayoría de los empleos se encuentran en la economía informal, y la actividad que más rápidamente crece es la del comercio callejero, afectando principalmente a las empresas pequeñas.

Pareciera que internacionalmente aún no se ha encontrado la mejor fórmula para aprovechar el potencial que encierra la globalización en cuanto instrumento de progreso hacia los objetivos de desarrollo efectivo de las personas. Se precisa un equilibrio más adecuado entre la expresión democrática de la sociedad, la función reguladora del Estado, el papel innovador y productivo del mercado, y las necesidades y aspiraciones de las personas y sus familias. En diversos convenios de la OIT se ha señalado que con combinaciones acertadas de estos factores es posible mantener

simultáneamente un crecimiento económico, un progreso social y una protección del medio ambiente

El Derecho del Trabajo contemporáneo ha experimentado una evolución dogmática jurídica en el último tiempo. En gran medida, ha tenido lugar a partir de la explicación del reconocimiento del trabajador como titular de los derechos esenciales y en tal carácter se proyectan en el ejercicio de su actividad laboral, y en concreto en la empresa, como ámbito específico en el que presta sus servicios. Con todo es importante aclarar que esta nueva concepción en el Derecho del Trabajo, se construye en torno a su condición de contraparte de una relación laboral como persona y ciudadano. De esta manera entonces se hace posible generar un cambio en la forma de entender las relaciones laborales al interior de la empresa, lo que permite configurar dos facetas para la cuestión de las libertades en la empresa. Por un lado bajo su aspecto colectivo, las libertades públicas conducen a dibujar en el seno de la empresa, áreas de autonomía que escapen al poder de dirección del empresario, por ejemplo el sindicato y la autonomía frente al empleador como atributo de la libertad sindical, y por otro lado, bajo su aspecto individual, las libertades públicas en la empresa tienden a salvaguardar las libertades del trabajador de los excesos del vínculo de subordinación.

Por tanto, salvo ciertas mínimas adaptaciones orientadas a compatibilizar los intereses de empleadores y trabajadores, la nueva configuración dogmática del Derecho del Trabajo, permite concluir que los derechos fundamentales de que son titulares las personas mantienen su vigencia durante todo el iter contractual laboral, con lo cual ha sido posible reconocer que la titularidad de derechos esenciales del trabajador y el empleador en cuanto a personas no es contrapuesta con su calidad de parte de un contrato de trabajo y, consecuentemente se debe garantizar la posibilidad de ejercerlos en el ámbito de la empresa. La relación laboral en que el empleador manda y un trabajador obedece, otorga al primero, en tanto jefe, facultades o poderes jurídicos para ordenar y dirigir la prestación contratada y, al segundo, en tanto subordinado, el deber de cumplir dichas ordenes. Se trata de un poder privado para dirigir el trabajo; un poder jurídico sobre la persona del trabajador, solo referido a la correcta realización del trabajo y no extensible a otros aspectos de la vida del

trabajador, pues los derechos de propiedad del empleador sobre la empresa y sobre la labor realizada no es ilimitado, su límite se encuentra en los derechos de los trabajadores, en consecuencia, el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador.

La relación laboral posee un elemento particular que la diferencia de las otras relaciones jurídicas entre particulares, cual es, el vínculo de subordinación del trabajador frente a su empleador, de lo que se deriva que el empleador detente un poder particular frente al trabajador (de dirección y control), que es reconocido y amparado por el propio sistema jurídico. Se rompe, entonces, la posición de equivalencia presente en las demás relaciones jurídicas de Derecho Privado por la existencia de un elemento de jerarquía entre el trabajador subordinado y su empleador, que es más bien propio de las relaciones de Derecho Público. Además, este elemento esencial de la relación jurídica laboral va a ser precisamente el punto de partida de las tensiones entre el reconocimiento de los poderes del empresario y de los derechos fundamentales del trabajador, como tal y como persona ciudadano, en el ámbito de la empresa.

Por otra parte se debe reconocer el efecto de irradiación de la doctrina de los derechos fundamentales en la legislación laboral, la cual se ha ocupado de entregar una amplia cobertura de protección al trabajador, este fenómeno ha ocupado un lugar preponderante desde fines de la década de los noventa, particularmente, en la literatura iuslaboralista. En todo caso en el plano del desarrollo de las relaciones materiales, la aceptación de esta nueva visión ha sido muchos más lenta, toda vez que sin embargo, aún cuando la legislación prescribe sobre qué parte de una relación deben recaer los costos de la regulación, ésta sólo ofrece el marco general en el que se desarrollan las relaciones laborales. En la práctica, es el mercado el que determina quién asume de manera efectiva los costos de la regulación laboral. Así, por ejemplo, un incremento en el costo de despedir a un trabajador que la ley asigna al empleador puede ser absorbido, en parte, por el empleador y en parte por el mismo trabajador a través de un menor salario. Otra posibilidad es que también sea absorbido

por los trabajadores desempleados, que ven reducidas sus posibilidades de encontrar un empleo porque los empleadores perciben un mayor costo de contratar a alguien. La distribución de los costos de esta medida entre estos diferentes agentes tiene que ver con las características de la oferta y la demanda de mano de obra. En un contexto donde la mano de obra es escasa, posiblemente el empleador deba asumir el costo adicional que la norma le impone. Sin embargo, si hay muchos trabajadores pugnando por un empleo, posiblemente estarían dispuestos a aceptar un salario inferior con tal de obtener el trabajo, en cuyo caso los trabajadores pagarían el costo de la medida. Además de los trabajadores, existen otras que juegan un gran papel en nuestra sociedad, cuyos derechos limitan con el de los trabajadores y que se configuran en los empleadores y las empresas, especialmente aquellas que a nivel mundial, que comienzan a generar más empleos, pero que no tienen los mismos recursos que empresas de mayor tamaño. Nos referimos a la pequeña y mediana empresa o pymes, es por este motivo que cabe considerar, que son este tipo de empresas a quienes afecta en mayor medida el contenido de la legislación laboral, en atención a la potencial ineficacia en sentido práctico, que pudiesen llegar a tener estas normas si no atienden a la real situación de estas empresas. Esta constatación resalta la necesidad de adoptar medidas que posibiliten verdaderamente remediar las serias consecuencias sociales y económicas derivadas de una realidad distorsionada y que obstaculizan un desarrollo normal del país, en base a parámetros de equidad y solidaridad que son esenciales para la construcción de una cultura democrática de las relaciones laborales y económicas. Afortunadamente atendida las recientes innovaciones introducidas por la Ley N° 20.416, es posible sostener una visión optimista en relación al resguardo efectivo de los derechos empresariales de las pymes, el cual debe ser el paso para comenzar a poner fin a las múltiples deficiencias que presenta nuestro actual sistema jurisdiccional, que afectan principalmente a las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo que tienden a debilitar la existencia de la relación de trabajo por medio de una tendencia sumamente fuerte a deslaboralizar lo que en realidad es laboral. Es decir, incentivan a que nazcan supuestas manifestaciones de relaciones de trabajo autónomo, sin que realmente sea autónomo e independiente. Cabe decir que hay un deslizamiento de lo laboral a lo no laboral, que evidentemente deja la legislación del trabajo tradicional sin el marco de aplicación. Se trata de comenzar a

cerrar la brecha entre el derecho y la realidad concretizando verdaderamente todos los factores que requieren ser tutelados y promovidos.

## BIBLIOGRAFIA

- Baylos , A. “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, N° 5, 1998.
- Bayon y Pérez, “Manual de derecho del trabajo”, Vol. II.
- Borowski, M. “La estructura de los derechos fundamentales”, U. Externado, Bogota, 2003.
- Casal, J. “¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N82, 2008.
- CEA, JL. “El sistema constitucional de Chile; síntesis crítica”, U Austral, Santiago, 1999.
- Cruz V.,J., “Los cambios en la organización de la empresa” .
- *García Amado J.* “La interpretación constitucional”, RJ Castilla León N° 2. 2004.
- Gómez Montoro A. “El interés legítimo ara recurrir de ampar. La experiencia del Tribunal Constitucional Español” *Cuestiones Constitucionales*, N° 9, México, 2003.
- Guastini, R. “Distinguiendo”, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Guastini, R. “Distinguiendo .Estudios de teoría y metateoría del Derecho”, Gedisa España, 1999, pag 34
- Pedrajas, A. “Despidos y derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 1992.
- Lizama, L y Ugarte, J,L. “Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa”, Cono Sur , Santiago 1998.
- José Luis Ugarte Cataldo, “Los Derechos Fundamentales Del Trabajador”, El nuevo procedimiento de Tutela Laboral, Universidad Alberto Hurtado.
- Martínez R.,L. “Decisiones empresariales y principio de igualdad”. Cedecs, Barcelona, 1998.
- Martinez Z, D. “Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminaron normativa”, Marcial Pons Madrid, 2007.

- Maturana, V. y Mac Clure, O., “La negociación colectiva en Chile, en el Sindicalismo Latinoamericano en los Noventa/Negociación Colectivas y Sindicatos”, Volumen I, Ed. Clacso, Santiago de Chile 1992.
- Moreso, J.J. “Conflictos entre principios constitucionales”, AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta.
- Monereo, J.L. “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant lo blanch Valencia 1996. Moreso, J “Conflicto entre principios constitucionales”, en AAVV Neoconstitucionalismo, Trotta Madrid.
- Peczenick, A. “Los principios jurídicos según Atienza y Ruiz Manero”, Doxa, N° 12, 1992.
- Peña C. “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”, U Diego Portales. Santiago. 1966.
- *Prieto Sanchis R.* “Constitucionalismo y Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli”, Trotta, 2005, pag 48.
- “Reformas en marcha”, Ministerio de Justicia unidad de Reformas Judiciales 2010.
- Ugarte J.L, “El nuevo Derecho del Trabajo”, Editorial Universitaria. 2004.
- Ugarte J.L, “Derechos Fundamentales del Trabajador: el largo camino hacia los tribunales”. Anuario de la Sociedad Chilena del Trabajo. 2001.
- Valle F.A, “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Social* N° 29, 2005.
- Villalobos V Fernando, “¿Procede la Ley Bustos por no pago de Cotizaciones Voluntarias?”, Consultaría Laboral LexisNexis.
- William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, “Manual de Derecho de Trabajo Tomo III”, 5ta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2008. pag. 243.
- Serna, P y Toller, F., “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos”, Editorial la Ley, Buenos Aires 2000.
- Tascon L.R., “La garantía de indemnidad del trabajador por el ejercicio de acciones judiciales contra el empresario”, *Derecho Revista del Trabajo y Seguridad Social* N° 251, España, 2004 pag 160.



- Zagrebelsky, G., "El derecho dúctil", Trotta.

## FUENTES VIRTUALES

<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20252/HL20252.pdf>

<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf>

[http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf.](http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf)

<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/printer-94858.html>

[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/reforma-procesal-penal-2](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/reforma-procesal-penal-2)

<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/printer-94858.html>

[http://www.universia.cl/portada/actualidad/noticia\\_actualidad.jsp?noticia=145074](http://www.universia.cl/portada/actualidad/noticia_actualidad.jsp?noticia=145074)

[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/reforma-procesal-penal-2](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/reforma-procesal-penal-2)

<http://www.cpc.cl/pdfs/NUEVO%20PROCEDIMIENTO%20LABORAL.pdf>

[http://208.106.249.231/Servicios\\_especializados.aspx?Me\\_Id=2](http://208.106.249.231/Servicios_especializados.aspx?Me_Id=2)

[http://www.dt.gob.cl/1601/articles-89186\\_recurso\\_1.doc](http://www.dt.gob.cl/1601/articles-89186_recurso_1.doc)