



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

LAS MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE EN EL DERECHO
LABORAL

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Autor

FRANCISCO PARRAGUÉZ LEIVA

Profesor Guía

CRISTIAN MELIS VALENCIA

Santiago, Chile

Enero de 2014

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art. (s)	:	Artículo (s)
D.F.L	:	Decreto con Fuerza de Ley
D.L	:	Decreto Ley
Ed.	:	Edición
Edit.	:	Editorial
Excma	:	Excelentísima
Iltrma (s)	:	Ilustrísima (s)
Inc. (s)	:	Inciso (s)
Nº-nº	:	Número
Op. Cit.	:	Obra citada
P.	:	Página
R.D.J	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
t.	:	Tomo
Vol.	:	Volumen

TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS	viii
RESUMEN	ix
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I.....	16
EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	16
1. Buena Fe y campos de aplicación	16
1.1 Origen de su acuñación	16
1.1.1 Buena Fe en el primitivo Derecho Romano.....	17
1.1.2 Buena Fe en la época clásica romana	17
1.1.3 Relación entre las concepciones de Buena Fe en el Derecho Romano y sus fisonomía bivalente	19
2. Buena Fe y Principio General de Buena Fe. ¿Nomenclatura o diferencia conceptual?.....	20
3. Referencias legales de Derecho Común a la Buena Fe.....	22
4. Buena Fe Laboral	24
4.1 Conceptualización	24
4.1.1 Extensión de su contenido.....	25

4.1.1.1	Carácter ético de la Buena Fe laboral.....	25
4.1.1.2	Carácter Jurídico de la Buena Fe Laboral	29
CAPÍTULO II		31
MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE LABORAL		31
1.	Marco General.....	31
2.	Ejecución del vínculo contractual	34
2.1	Íter contractual	34
2.1.1	Buena fe precontractual.....	35
2.1.1.1	Deberes de información y veracidad.....	43
2.1.1.2	Deber de veracidad y derecho a mentir	47
2.1.1.3	Dolo precontractual	50
2.1.1.4	Deber de secreto y confidencialidad	52
2.1.2	Buena fe contractual.....	56
2.1.3	Buena fe postcontractual	61
2.1.3.1	Deber de secreto o reserva	62
2.1.3.2	Prohibición de competencia desleal o pacto de no competencia "postcontractual"	62
2.2	Régimen de responsabilidad	65
2.3	Daño y buena fe.....	67

2.3.1	Daño y trabajador.....	67
2.3.2	Daño y empleador	71
2.3.3	Buena fe y daño moral	74
3.	Despido y buena fe	75
3.1	Sanción a la mala fe del empleador que ha invocado en forma errónea una causal de despido	78
3.2	Cláusula de aceleración en el incumplimiento del pago de las indemnizaciones debidas al trabajador.....	81
4.	Relación entre la responsabilidad del cargo y la buena fe	84
4.1	Grado de diligencia de los trabajadores de exclusiva confianza.....	84
5.	Buena fe y acuerdos básicos de confianza.....	88
6.	Teoría de los actos propios	90
6.1	Ausencia de voluntad laboral. Jurisprudencia.....	91
	CAPÍTULO III.....	93
	TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.....	93
1.	Concepto	93
1.1	Jurisprudencia y ley.....	93
2.	Proyecto de ley "Multirut"	96
2.1	Iniciativa	96

2.2	Contenido.....	96
2.2.1	Implicancias y prevenciones formuladas al proyecto.....	97
CAPÍTULO IV.....		100
CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS LABORALES EN EL DE LA BUENA FE.....		100
1.	Principio de la realidad	100
2.	Principio de continuidad laboral	102
3.	Irrenunciabilidad de los derechos laborales.....	103
4.	Buenas prácticas laborales	105
CAPÍTULO V		107
RELACIÓN ENTRE LA BUENA FE Y LA MEDIACIÓN LABORAL		107
1.	Orden de Servicio N° 1 de la Dirección del Trabajo, "Crea y Ordena Sistema de Solución Alternativo de Conflictos Laborales Colectivos"	107
1.1	Objeto de la mediación laboral	107
1.2	Principios de la mediación laboral.....	108
1.3	Rol de la Dirección del Trabajo en la Mediación Laboral.....	110
CAPÍTULO VI.....		113
BUENA FE EN EL DERECHO EUROPEO		113
1.	Buena fe en los derecho europeo	113

1.1 Buena fe y lealtad.....	113
1.2 Buena fe in contrahendo.....	115
2. Derecho a la negociación colectiva de la Unión Europea.....	117
3. Deber de colaboración y Derechos de Información y Denuncia. El "Whistleblowing".....	120
3.1 Deber de colaboración.....	120
3.2 Deber de información.....	121
3.3 Deber de denuncia.....	122
CAPÍTULO VII.....	124
BUENA FE Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT.....	124
1. Contextualización.....	124
2. Buena fe y Derecho a la consulta.....	125
3. Buena fe y principio de no discriminación laboral.....	127
CONCLUSIÓN.....	130
BIBLIOGRAFÍA.....	135

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS

Tabla N° 1.....	61
-----------------	----

RESUMEN

Dentro de los lineamientos u orientaciones del Derecho Laboral, el principio de Buena Fe ha de ser considerado como la base axiomática de toda la estructura legal y jurisprudencial sobre la cual se alza el estado actual de la mencionada rama del Derecho.

El principio de la Buena Fe objetiva ha sido importado desde el Derecho Civil hacia el Derecho Laboral y ampliado, a su vez, en un avance vertiginoso y multifacético.

Los tribunales, especialmente los superiores de justicia, han aplicado sin restricciones, el principio de la Buena Fe laboral, desde las siguientes perspectivas:

- i. Desde las repercusiones y del alcance de las obligaciones contractuales de carácter laboral.
- ii. Desde la aplicación de la presunción de Buena Fe que rige las relaciones laborales y,
- iii. Desde la materialización de la Teoría de los Actos Propios.

De lo anterior se deriva el postulado irrefutable que imputa la Buena Fe, tanto a la conducta del empleador como a la del trabajador, en orden a dar estricto cumplimiento a la prestación laboral básica pactada, como también a satisfacer obligaciones específicas de Buena Fe, entre las cuales está la de no incurrir en conductas desleales¹.

Las manifestaciones del principio que informa el presente estudio, han de ser esbozadas dentro del marco de las buenas prácticas laborales, en orden a interpretar la normativa legal vigente, el Derecho Procesal Laboral, la aplicación de los Derechos Fundamentales específicos de los trabajadores, el cumplimiento de las obligaciones post-contractuales y las formas de poner término al contrato de trabajo, entre otras.

En este orden de ideas, la Buena Fe laboral, es el fundamento de diversas sanciones establecidas al empleador, en pos de la supremacía del contenido legal y convencional del vínculo contractual que une a dos personas. A mayor abundamiento, la Buena Fe es el objeto y la medida de los contratos individuales de trabajo, como también, de aquellos derivados de las negociaciones colectivas, en su faz de contratos tipos bilaterales, comprendida en los “Acuerdos Básicos de Confianza”.

¹ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 3715/10 de 31 de agosto de 2010 [en línea] <<http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-226091083>> [consulta 22 agosto 2012].

Al igual que en materia civil, en el ámbito laboral, la Buena Fe ha tenido un tratamiento doctrinario asistemático e inorgánico, en razón de la subvaloración de sus repercusiones. La ciencia forense ha dado por sentada su existencia y vigencia, sin computar las manifestaciones expresas o de ratio legis que presenta el principio en comento.

Así las cosas, la doctrina se ha conformado con aseverar su carácter de principio general y transversal a toda rama del Derecho, con confirmar su aplicación específica en el área laboral –aplicando en innumerables ocasiones las normas provenientes del derecho sustantivo- y con adjudicarlo como fundamento de la Teoría de los Actos Propios.

Sin embargo, la Buena Fe imperante en el Derecho del Trabajo, tiene un alcance mayor a los ya descritos. De allí que sea necesario reivindicar los postulados de la Buena Fe, en orden a exponer al lector –sino todas- la gran mayoría de sus aplicaciones fácticas dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral.

La línea analítica de este estudio, adoptará las vertientes de los principios de eticidad en general -a modo de contextualización- y de la Buena Fe en particular, a modo de delimitación del anterior.

El perfil lógico-cognitivo del presente proyecto de Memoria, se pondrá en ejecución a través del estudio y análisis de:

i. La difuminada doctrina que existe al respecto, especialmente, luego de la introducción de los artículos 425 y 430 del Código del Trabajo.

ii. Múltiples fallos de los tribunales superiores de justicia, tendientes a delimitar el principio de Buena Fe y de las materializaciones que éste ha tenido, en la especie.

iii. Las referencias expresas e implícitas en la intención del legislador, dentro del Código del Trabajo y de sus normas complementarias.

iv. Un desarrollo intelectual personal, que represente el trabajo concienzudo del tema propuesto.

En cuanto al desarrollo y conjugación de los mencionados elementos, se reforzará el contenido de la Memoria, en jerarquía de doctrina, jurisprudencia (judicial y administrativa) y, finalmente, de posturas originales, señalando siempre que sea del caso, la fuente de la cual provienen.

INTRODUCCIÓN

La Buena Fe, como principio del Derecho Laboral, no ha agotado su progresión en ninguna de las instituciones en que el legislador o la jurisprudencia le han dado vida a viva voz, sino que, por el contrario, su desarrollo ha sido incipiente y restringido, a pesar de las declaraciones de supremacía.

La ejecución o cumplimiento del contrato de trabajo, los incrementos porcentuales al empleador que ha invocado de forma errónea una causal de despido, la cláusula de aceleración que opera en contra del empleador que no paga alguna de las cuotas en que se ha parcelado en pago de las indemnizaciones debidas al trabajador, el mayor grado de diligencia o cuidado que se le exige a los trabajadores de exclusiva confianza, los Acuerdos Básicos de Confianza, la Teoría de los Actos Propios, la presunción de Buena Fe y el método de apreciación de la prueba de los jueces laborales, son unas de las tantas manifestaciones de la Buena Fe Laboral.

En cuanto al alcance mismo del término *Bona Fides*, en la tradición románica, como sabemos, estará ligado a “hacer lo que se dice... cumplir lo que se dice o promete...” generar un “estado de confianza” y en otra variante de análisis se vinculan estos términos al concepto de poder y a los vínculos de fidelidad .

“Las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de Buena Fe” . Luego, los derechos humanos laborales de carácter específicos, confieren al trabajador protección en relación a la Buena Fe imperante en las prácticas laborales, tal y como lo ha declarado la OIT, en el marco de la Recomendación N° 119, 47ª Conferencia del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo de 1963: “no puede darse por terminada la relación laboral por las siguientes causales: afiliación a un sindicato, representar a los trabajadores, presentar de buena fe una queja, la raza, el color, el sexo, el estado civil, la religión, la opinión política o el origen social” .

De allí que, el presente estudio, tenga por objeto sistematizar el estudio de la Buena Fe Laboral, desde las siguientes perspectivas:

- i. Extensión del principio de Buena Fe y de su contenido, en orden a fijar las bases sobre las cuales es posible avanzar hacia la construcción de la citada institución.
- ii. Manifestaciones de la Buena Fe, específicamente, en el área laboral, a propósito de las múltiples repercusiones que dicha institución tiene en el ámbito del Derecho del Trabajo.
- iii. Teoría del levantamiento del velo. En este punto, se intentará abordar la promoción y homenaje a la Buena Fe que constituye el levantamiento del velo, en los casos y circunstancias en que el principio en estudio, se ve transgredido en lo más profundo.
- iv. Convergencia de los principios laborales en el de la Buena Fe. Cabe anexar y relacionar los diversos principios que informan el Derecho Laboral y conjugar las directrices comunes que tienen con la Buena Fe en dicha área.
- v. Se propondrá, además, establecer la ponderación de la Buena Fe en el sistema de mediación laboral imperante en Chile.
- iv. Finalmente, se expondrán las materializaciones de la Buena Fe, desde la perspectiva del Derecho Europeo y del Convenio 169 de la OIT.

CAPÍTULO I

EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

1. Buena Fe y campos de aplicación

1.1 Origen de su acuñación

A partir de los esbozos hechos por la tradición romana, mediante jurisconsultos de renombre, entre los cuales destacan Celso y Ulpiano, el concepto de *bona fides*, fue introducido en un sinnúmero de instituciones de derecho común, sin delimitar su contenido ni extensión. Lo anterior fue sistematizado en orden aleatorio al concepto de *ius*; como distinción entre los juicios o acciones de buena fe y aquellos juicios o acciones de derecho estricto, denotando una intención clara de diferenciar los principios formativos del Derecho -entiéndase como fundamento del mismo- de las normas creadas en virtud de la aplicación del *ius*².

² XIV CONGRESO LATINOAMERICANO DE DERECHO ROMANO: *El principio de la buena fe en el Derecho Romano y los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa*. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano : 15, 16 y 17 de septiembre de 2004. 2004. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 30 p.

1.1.1 Buena Fe en el primitivo Derecho Romano

Es en esta etapa en donde la extensión de la Buena Fe se ve reducida a un símil de probidad y equidad en las relaciones de Derecho, opuesta, por su puesto, al dolo y al fraude³.

1.1.2 Buena Fe en la época clásica romana

Durante el desarrollo esplendoroso del derecho, en el Imperio Romano, la Buena Fe aparece acuñada como una cualidad que comporta un determinado modo o método de juicio⁴.

La *fides* significaba para los romanos: hacer lo que se dice o cumplir lo que se promete. La Buena Fe romana, designaba a la persona prudente y diligente, completamente determinada en el cumplimiento de la expectativa del otro.

Durante la época postclásica, la Buena Fe aparece como un principio jurídico de carácter universal, aplicable a los contratos y del cual se desprenden una serie de reglas imperativas que imponen directrices de conducta al ser humano.

³ BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. 2011. *La Buena Fe contractual*. Santiago, Edit. Jurídica. p. 41.

⁴ Lo anterior dice relación con la concepción de *ius* en el Derecho Romano; esto es, un hábito intelectual que permite juzgar y declarar lo que es justo o injusto en relaciones concretas.

A propósito de la evolución del derecho romano, el concepto de *bona* o *buona fides*, aparece como una norma conductual, junto a las referencias hechas a las *boni mores* y al *ius publicum*⁵.

Cicerón definió la *fides* como la actitud perseverante y veraz ante las palabras pronunciadas o los acuerdos celebrados⁶.

"En Roma la *fides* solía obrar a la vez tanto en materia religiosa como jurídica: "En Roma se invocaba a la diosa Fides en la celebración de los negocios jurídicos. La palma de la mano era consagrada a la diosa y por eso los contratantes apretaban las manos al finalizar el negocio, a fin de sacramentar lo convenido"⁷.

A la vez aparece materia posesoria, una noción de Buena Fe fundada en un estado de ignorancia y de error excusable⁸.

Posteriormente, en el Derecho Canónico la Buena Fe alcanza un esplendor definido por el iusnaturalismo, moldeado de la manera en que nuestra legislación recibió la institución⁹.

⁵ MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. 2008. La Buena Fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. Rev. de Derecho (30): 30-74.

⁶ op. cit. pp. 39-40.

⁷ ibídem.

⁸ op. cit. p. 3.

⁹ A propósito del presente apartado, dedicado a situar histórica y jurídicamente el origen y la acuñación del concepto de buena fe, es importante destacar que hemos expuesto sólo el origen de la institución, mas no la época de mayor desarrollo; esto es, en el Derecho Canónico; en donde la buena fe llegó a

1.1.3 Relación entre las concepciones de Buena Fe en el Derecho Romano y sus fisonomía bivalente

A partir del análisis de las vertientes de la Buena Fe en el Derecho Romano, es posible hacer una aproximación preliminar hacia lo que fuera la concepción de la Buena Fe en el Derecho moderno.

En principio, distinguimos en la ciencia forense contemporánea, la Buena Fe en su faz objetiva y subjetiva. La primera materialización de la Buena Fe, se condice con lo que los romanos entendieron por *bona fides* en la época clásica; vale decir, como un modelo de conducta ideal que corresponda a parámetros socialmente aceptados¹⁰. En este mismo sentido, la Buena Fe se presenta como una norma dispositiva que obliga a conducirse según honradez y lealtad.

Por otra parte, la Buena Fe atendiendo a su aspecto psicológico, es conocida como aquella de índole subjetiva, esto es, como "la convicción

entenderse como todo aquellos opuesto al pecado, identificando la mala fe con éste último. Lo anterior escapa a los fines de la presente memoria.

¹⁰ SOLARTE A. 2004. La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta [En Línea] España <http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf> [consulta: 28 junio 2013]

interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error"¹¹.

Particularmente, en nuestra legislación, la teoría de la dualidad de la Buena Fe, sostenida por la mayoría de los autores, se materializa en los artículos 1546 y 706 del Código Civil, en su carácter de objetiva y subjetiva, respectivamente¹².

2. Buena Fe y Principio General de Buena Fe. ¿Nomenclatura o diferencia conceptual?

Antigua es la discusión doctrinaria relativa a la diferenciación entre lo que debe entenderse por Buena Fe y por principio general de Buena Fe.

Para solucionar lo anterior existen dos posturas radicales. Una parte de los autores, entre los cuales destaca el profesor Díez Picazo¹³, sostienen que la Buena Fe es un "concepto técnico jurídico que se inserta en una

¹¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, 1998. *Los contratos. Parte General*. 2ª ed. t. II. Santiago, Edit. Jurídica de Chile. p. 392

¹² Sin perjuicio de lo anterior, existe un sector importante de la doctrina que apuesta por la teoría unitaria de la buena fe. En el mencionado sentido, se señala que en todas y cada una de las manifestaciones de la buena fe su contenido es idéntico; uno de carácter ético omnicomprendido de patrones de conducta sociales y normativos. Finalmente, los autores suelen agregar que el hecho de concebir la buena fe como una institución dual acarrea los perjuicios de contrariar su naturaleza intrínseca (piénsese en la doctrina que afirma que la buena fe objetiva se aplica sólo en el Derecho de las Obligaciones y que la buena fe subjetiva se aplica a los Derechos Reales y al Derecho de Familia).

¹³ RDJ, t. 98, sec. 2ª, p. 12-13. En: BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. op.cit. p. 78.

multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho, como sería el caso del poseedor de buena fe en relación con las prestaciones mutuas que regulan los artículos 904 y siguientes del Código Civil. De este modo, la idea de Buena Fe, por sí sola, no pasa de ser otra cosa que un concepto técnico acuñado por los técnicos del Derecho y utilizado como elemento de descripción o de delimitación en diferentes supuestos de hecho formativos"¹⁴.

En este orden de cosas, la Buena Fe concebida como principio general de derecho, no limita sus efectos en el ordenamiento de una norma o supuesto de hecho, sino que por el contrario impone a todos los actores de la sociedad civil el deber de regirse por los patrones de Buena Fe.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor parte de la doctrina está conteste en la existencia de una Buena Fe única e indivisible, por cuanto la ley hace usos diversos de ésta, sin importar aquello que haya una real diferencia de contenido, extensión o jerarquía.

Creemos en la postura anotada, toda vez que considerar la Buena Fe una subespecie del principio general de Buena Fe no tiene asidero racional. Por lo demás, no existen elementos diferenciadores entre ambas; por el

¹⁴ *Ibídem.*

contrario, sólo es posible citar componentes de orden común. Así, la Buena Fe siempre implica un actuar honesto y leal. Son siempre opuestos a ambas, el dolo y el fraude. Y, finalmente, la diferencia de tratamiento si y sólo si podría reconocerse, si se acepta que el legislador le ha impuesto a la Buena Fe, en general, diversas funciones.

3. Referencias legales de Derecho Común a la Buena Fe

Dentro de un rango legal, el Código Civil hace referencia, por primera vez a la Buena Fe, en el artículo 94: "En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen: N° 5. Para toda restitución serán considerados los demandados como poseedores de buena fe, a menos de prueba contraria". En el sentido antes anotado, el legislador imputa a la Buena Fe el carácter de supuesto de hecho para la producción de determinado efecto, esto es, para efectos restitutorios respecto de los poseedores de los bienes del que ha sido declarado muerto presuntivamente.

Luego, el artículo 189 del mismo cuerpo legal se encuentra íntimamente relacionado con la seguridad jurídica¹⁵.

El artículo 327 inciso 2° dispone que "Cesa este derecho a la restitución, contra el que, de Buena Fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda", eximiendo al alimentarios de su obligación de restituir los alimentos provisorios en caso de ser el demandado absuelto.

El artículo 646 establece una norma de real importante dentro del Derecho civil, que tiene alcances generales: mientras el poseedor esté de buena fe, no está obligado a restituir los frutos¹⁶.

El artículo 702 inc. 2° del Código Civil expresa "Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular". Es en materia posesoria donde la Buena Fe adopta su vertiente subjetiva, definida en el artículo 706, como la conciencia de haberse adquirido el dominio, por

¹⁵ Art. 189 inc. 3°: "El reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo".

¹⁶ Téngase presente que el poseedor pierde la buena fe al momento de contestar la demanda.

medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio¹⁷. En relación a lo anterior, el artículo 706 dispone una regla de general aplicación: la Buena Fe se presume, salvo que se aporte prueba en contrario. Junto con aseverar que la mala fe debe probarse siempre.

En forma inversa a lo anterior, el artículo 1546 impone un principio de ejecución de los contratos: el de Buena Fe. Lo anterior ha cobrado vida en el ámbito del Derecho Internacional, a través del acuñado principio del *Pacta Sunt Servanda*, que consiste en que los Estados deben cumplir sus pactos. La doctrina del *Pacta Sunt Servanda* ha sido elevada como fuente única del derecho internacional por ciertos autores, sin perjuicio de la validez relativa que le ha otorgado la mayor parte de la doctrina¹⁸.

4. Buena Fe Laboral

4.1 Conceptualización

La Buena Fe laboral recibe aplicación en las relaciones entre trabajador y empleador y en aquellas relaciones que los vinculan entre sí,

¹⁷ Art. 706 incisos 2° y 3°: "Así en los títulos translaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe".

¹⁸ VARGAS CARREÑO, EDMUNDO. 2007. *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen el Siglo XXI*. Santiago. Edit. Jurídica. p. 28.

como también respecto de entidades distintas, como sindicatos, organizaciones empresariales y administraciones laborales¹⁹.

Puede ser definida como el valor jurídico de la validez de las relaciones laborales, en sentido amplio, imponiendo deberes de conducta como fundamento de las relaciones humanas y de las vinculaciones éticas, morales y normativas que ligan a los diversos actores del campo laboral.

4.1.1 Extensión de su contenido

4.1.1.1 Carácter ético de la Buena Fe laboral

La Buena Fe laboral tiene un importante sustrato ético. En el referido sentido lo han entendido nuestros tribunales superiores de justicia: "Entre las causales que invoca el actor , evidencia particularmente la del artículo 160 letra d) del Código del Trabajo, esto es: injurias proferidas por el trabajador al empleador, que tal como ya hemos dejado patente, la sentenciadora no ha establecido como un hecho acreditado, y resulta además ser una causal que se encuentra referido a una conducta ética inapropiada que atenta contra el deber de buena fe, lealtad y fidelidad,

¹⁹ MONTOYA MELGAR, ALFREDO. 2001. *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*. Madrid. Edit. Tecnos. p. 19.

propio de un vínculo laboral vigente, que de ser efectivo habría importado un incumplimiento a las obligaciones que le imponía el contrato de trabajo, el que sin embargo en conformidad a la norma que se dice vulnerada mantenía suspendido todos sus efectos"²⁰.

Sin perjuicio de que la buena fe sea un principio que informa todo nuestro ordenamiento jurídico, en la rama del Derecho del Trabajo, específicamente, cobra una importancia trascendental a raíz de la peculiaridad del vínculo contractual de carácter laboral.

La eticidad de la buena fe en el campo laboral admite tres acepciones:

i. Existe un contenido de carácter espiritual del contrato de trabajo que se condice y representa con la buena fe. Por tanto, existen obligaciones emanadas de la relación jurídico laboral, impuestas al trabajador, que infringen abierta y directamente la espiritualidad del instrumento contractual. Denominaremos a lo anterior como las "reglas del buen actuar"²¹.

²⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 1223/10 de 1 de diciembre de 2010., en autos caratulados "Thyssenkrupp Aceros y Servicio S.S.A. con Bustos Gonzalez Gabriel"

²¹ Lo anterior se relaciona estrechamente con la concepción objetiva de buena fe inserta dentro del Código Civil. El artículo 1546 establece: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

En subsidio de los deberes específicos que impone el contrato de trabajo al trabajador, aparece para el empleador, una garantía general de ejecución ideal del programa prestacional; esto es, aquella consagrada en el artículo 160 N° 7 del Código del ramo: "El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término una o más de las siguientes causales. N° 7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato". La afirmación precedente tiene un sustento lógico, dado que los deberes impuestos al trabajador, a raíz del contrato de trabajo, no son sólo los que precisamente las partes han convenido, sino que por el contrario, todos aquellos que emanan de la naturaleza del mismo.

Refuerza la postura antes descrita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago: "Por el contrario, el recurrente estima que se ha infringido el N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, además del artículo 7 del mismo, y artículo 1546 del Código Civil; señala que la última disposición contiene un principio y regla jurídica de general aplicación, pues los contratos deben ejecutarse de buena fe y por ende no solo obligan a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, porque por la ley y costumbre pertenecen

a ella; luego señala lo que el artículo 7 del Código del ramo dispone como definición del contrato de trabajo"²².

La jurisprudencia de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, agrega que "las partes, en virtud del contrato de trabajo, quedan obligadas al cumplimiento de ciertos deberes, que menciona, y que en la relación laboral debe haber un clima de confianza y buena fe.

Por eso, cuando la sentencia limita los alcances del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo solo a aquellas obligaciones expresamente contenidas en el contrato mismo y las referidas al ejercicio de la función laboral, excluyendo las que establezca su marco ético, importa infringir esa disposición legal, al imponer requisitos que la norma no contempla"²³.

ii. La reglas del buen actuar, obligan no sólo al trabajador, sino que por el contrario, atribuyen deberes éticos y de buena fe, también al empleador. Lo anterior adhiere a un sustrato de *ratio legis*, en cuanto el legislador repele las conductas que contravienen la buena fe del empleador.

El autodespido debe considerarse como la otra cara de la moneda dentro de los deberes de buena fe que rigen las relaciones laborales: "Las

²² Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 587/11 de 19 de diciembre del 2011, en autos caratulados "Ávila Carrasco María Angélica con Lan Airlines S.A".

²³ *Ibidem*.

relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de respeto, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe. Ante ciertas conductas del empleador, debidamente acreditadas, el legislador laboral autoriza al trabajador a poner término al nexo laboral, condenando a la contraparte al pago de las indemnizaciones legales"²⁴.

iii. Los deberes que impone la buena fe en su dimensión ética, son jurídicamente exigibles²⁵.

4.1.1.2 Carácter Jurídico de la Buena Fe Laboral

Coincide tanto la doctrina nacional, como la de Derecho Comparado, en el desafío que representa anotar un concepto de buena fe, en razón de la dificultad de extraer patrones comunes desde sus diversas materializaciones.

De allí que las menciones hechas al principio de la buena fe puedan ser catalogadas de ambiguas o poco definidas. Creemos que de lo anterior

²⁴ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4125/05 de 30 de noviembre del 2005, en autos caratulados "Frías Gómez, Peter Eladio con Empresa Méndez y Cartagena Ltda."

²⁵ GARCÍA VIÑA, JORDI. 2001. *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*. Madrid. Edit. Consejo Económico y Social. p. 30

deriva la falta de interés doctrinario por hacerse cargo de la delimitación de su contenido, del estudio de sus concretizaciones y de sus efectos.

Sin embargo, conteste está la ciencia forense en torno a la atribución del carácter de deber secundario de la buena fe, en cuanto a las conductas que impone su vigencia.

A lo largo de nuestro estudio aclararemos la falsedad del postulado anterior, en orden a apostar por la esencialidad de la buena fe dentro del contenido del contrato que une a empleador y trabajador, como también respecto de otras instituciones insertas en el marco del Derecho del Trabajo.

CAPÍTULO II

MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE LABORAL

1. Marco General

Las expresiones de la buena fe laboral adolecen de las mismas calidades que las manifestaciones de la buena como principio general y transversal a todo nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de que nadie se atreva a discutir el carácter de principio general del derecho, de la buena fe, no existe una norma imperativa, que por su jerarquía, la haga aplicable a todo nuestro sistema jurídico, lo que en épocas del positivismo fue resuelto por la jurisprudencia quien se atribuyó la facultad de filtrar el principio de la buena fe e introducirlo a lo largo de toda su interpretación judicial, teniendo como principal manifestación la Teoría de la Imprevisión.

Chile, como sistema legalista, necesitó una mención particular de la buena fe en el área laboral, para justificar la amplitud discrecional, sin alterar la seguridad jurídica.

De esta manera, el artículo 425 inciso 1° del Código del Trabajo establece, dentro de los principios formativos del procedimiento: "Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad". Por otra parte, el inciso 1° del artículo 430 del mismo cuerpo legal dispone: "Los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias".

Hemos de destacar, respecto de las normas anteriores, el inmenso y exclusivo carácter procesal con que cuentan, prescindiendo de la importancia substancial de la buena fe, toda vez que estemos convencidos del rol que juega la buena fe dentro de nuestro sistema jurídico. Primero, daremos por establecido que no existe diferencia entre el principio general de buena fe y la buena fe, por sí sola. Luego, y ante la no concluida tarea de antaño a la que se han avocado los autores para definir y delimitar el concepto de la buena fe, apoyamos la postura que sostiene que ésta es una institución compuesta por un elemento ético y otro de carácter jurídico, que complementados, equivalen a la validación de las actuaciones dentro de la

vida del derecho. Y como validación de dichas actuaciones, la buena fe aparece como lo que denominaremos "ratio bona fides", para identificarlo con un proceso de integración jurídica, que supera los límites de la hermenéutica legal y que se condice con aquellas normas no expresadas en la ley positiva, pero existentes dentro de nuestro sistema jurídico. La ratio bona fides, es la intención más profunda de nuestra cobertura legislativa, en pos de fundamentar y justificar las decisiones judiciales, no como un derecho judicial, sino que como la labor que persigue el móvil y finalidad más sublime de nuestro ordenamiento jurídico: la justicia. En atenuación directa al estricto formulismo, la buena fe, como la costumbre jurídica, no atentan contra la seguridad jurídica, sino que por el contrario, constituyen un homenaje a aquella²⁶.

Con todo, la buena fe está lejos de agotar su contenido y efectos en el ámbito procesal del Derecho Laboral, por lo que nos importe exponer las múltiples manifestaciones de la buena fe en el campo del Derecho del Trabajo.

²⁶ DEL CANTO, R. N, HERDENER, B. K y SALDIAS, T. K. 2013. *Costumbre Mercantil. Prácticas, Jurisprudencia y Doctrina*. Santiago. Edit. Librotecnia. p. 126

2. Ejecución del vínculo contractual

2.1 Íter contractual

El contrato de trabajo, dentro de las categorías contractuales, es uno de índole dirigido, en virtud del cual, el Estado ha intervenido, fijando un contenido mínimo de sus cláusulas, con el objeto de mitigar los indeseados efectos de los contratos de adhesión²⁷. La razón de la intervención legislativa, en la especie, a través del artículo 10 del Código del Trabajo, es la consideración de las normas que rigen la relación laboral como de orden público²⁸.

Al igual que en la rama del Derecho Privado, en el Derecho del Trabajo, la buena fe informa la conducta de las partes, durante todo el íter contractual. Lo anterior ha llevado a dar un trato unívoco al proceso de íter contractual gobernado por ideas de solidaridad, lealtad, transparencia, acceso a la información, idoneidad y conformidad. Entendiendo que la buena fe significa rectitud y honradez en los tratos y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el

²⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, 1998. *Los contratos. Parte General*. 2ª ed. t. II. Santiago, Edit. Jurídica de Chile. p. 162.

²⁸ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 2804/03 de 27 de mayo de 2004, en autos caratulados "Ingesur Limitada con Navarro Mansilla".

desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en el estadio de la celebración, interpretación y ejecución de los contratos²⁹.

2.1.1 Buena fe precontractual

La responsabilidad precontractual no ha sido tratada de idéntica forma (en los países en que se le ha dado tratamiento). Ejemplo de lo anterior, es el caso de Alemania, España y Portugal.

La etapa precontractual, quizás sea la menos estudiada en materia laboral³⁰. En el área civil, los deberes que la doctrina ha imputado a las partes durante la etapa de las negociaciones preliminares, son los de información y veracidad.

El contrato de trabajo es un pacto contractual como cualquier otro, sin perjuicio de las notas particulares que lo singularizan, en donde las partes serán siempre, el empleador y el trabajador.

El íter precontractual, en el área laboral, está constituido por una serie de actos, que se extienden mas o menos a lo largo del tiempo, y que configuran la formación del vínculo contractual, como la antesala de las

²⁹ MONSALVE-CABALLERO, V. y RODADO-BARRETO, D. 2011. La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo. Revista Universitas (122): 483-518.

³⁰ ERMIDA URIARTE, OSCAR. Ética y Derecho del Trabajo. Montevideo. [en línea] <<http://www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm>> [consulta:10-09-2013]

obligaciones que ligarán a ambas partes hasta su extinción e incluso más allá de la vigencia del contrato, a través de la responsabilidad post-contractual que, en ciertos y determinados casos, supedita a las partes en la observancia de la buena fe. La cadena de actos que precede a la celebración del contrato de trabajo, no tienen, por regla general, valor vinculante entre las partes. A diferencia de lo que acontece en el caso de otros contratos de derecho privado, en donde la etapa precontractual consiste en una serie de tratativas relativamente complejas en las que la voluntad de ambas partes se encuentra “todavía en movimiento”, el período precontractual laboral está, en la mayoría de los casos, destinado casi exclusivamente a que el empleador pueda elegir de entre los diversos aspirantes que se le ofrecen³¹. Dentro del citado contexto, aparece una obligación de rango constitucional y legal, para el empleador; esto es, el deber de no discriminación arbitraria.

La idea de discriminación y su respectiva proscripción, está presente de manera general en nuestro Derecho y persigue siempre el mismo propósito: la igualdad de todas las personas en los diversos ámbitos de la vida social. Al igual que en el resto de las ramas jurídicas, en el Derecho Laboral, la discriminación arbitraria significa, por una parte, tratamiento

³¹ GARMENDIA ARIGÓN, MARIO. 2003. *Derecho del Trabajo y Formación*. Montevideo. Cinterfor 2003. p. 32

desigual y, por otra, la ausencia de justificación, esto es, la carencia de una fundamentación objetiva y razonable que permita entender el porqué y la finalidad de la desigualdad.

De allí que la mencionada institución haya sido definida como: "Toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo u ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por objeto alterar o anular, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación"³².

Pero la obligación de no discriminación arbitraria en la etapa que antecede a la celebración del contrato de trabajo, no se encuentra desligada de la buena fe. El artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena prohíbe cualquier discriminación que no se funde en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. De lo anterior, es posible colegir que, dentro del proceso de selección y de acceso al empleo, el empleador puede discriminar entre los postulantes a uno o más cargos determinados, pero para validar su actuación discriminatoria debe actuar de buena fe; es

³² LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS. 1998. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago. Edit. Jurídica ConoSur. pp. 218-219.

decir, utilizando los criterios que el constituyente pone a su disposición para la elección de los candidatos idóneos para el trabajo y, sin lugar a dudas, en protección de su derecho a administrar libremente su empresa³³.

Alguna doctrina ha imputado el carácter de responsabilidad extracontractual a aquella que genera obligaciones precontractuales para las partes, mientras el contrato no se haya perfeccionado³⁴. "Mientras no haya consentimiento, no nacen obligaciones contractuales entre las partes, pues éstas tienen por antecedente necesario la voluntad de obligarse. Sin embargo, durante la negociación del contrato surgen para las partes deberes de cuidado. Si las partes regulan sus negociaciones mediante acuerdos en principio u otras convenciones preliminares, los deberes recíprocos devienen en obligaciones contractuales, en los términos de esos acuerdos. A falta de esos contratos, los deberes de cuidado que las partes deben emplear en la negociación están impuestos por el derecho, y no por la convención, de modo que la responsabilidad precontractual es extracontractual.

³³ A nivel legal, el artículo 2º del Código del trabajo especifica criterios de no discriminación laboral, siguiendo el modelo impuesto por el Convenio N° 111 de la OIT; esto es, especificando un conjunto de factores inadmisibles para establecer diferencias, exclusiones o preferencias.

³⁴ CONDE MARÍN, EMILIA. 2007. *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo, Un Estudio de la Buena Fe como Elemento de Integración del Contrato de Trabajo*. 1º ed. Madrid. Edit. La Ley. p. 157.

A pesar de su naturaleza extracontractual, la responsabilidad por incumplimiento de deberes de cuidado durante la negociación o conclusión de un contrato presenta analogías contractuales, en atención a la relación negocial que surge con ocasión de las tratativas contractuales. La oferta de contratar y la negociación contractual dan lugar a deberes de cooperación y lealtad. En otras palabras, no se trata de deberes de cuidado que se tienen respecto de extraños absolutos, sino de quienes han sido invitados a contratar o con quienes se negocia actualmente un contrato. Por eso, aunque en la etapa precontractual no existe consentimiento perfeccionado, ni hay deber jurídico de concluir positivamente la negociación, existe un contacto negocial que impone deberes de protección, de lealtad y de diligencia para evitar daños a la otra parte"³⁵.

No convenimos con lo anterior. Apuntemos primero que, debemos distinguir en todo contrato tres etapas, de las cuales las dos iniciales son necesarias, mientras que la tercera es eventual. Dichas etapas son:

- i. La de formación del contrato,
- ii. La de ejecución del mismo y,
- iii. La responsabilidad contractual derivada del incumplimiento.

³⁵ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1872-12 de 29 de diciembre de 2012, en autos caratulados "Jimenez Mira David con Armijo Cerda Antonio".

Como segundo elemento de argumentación, tomaremos la distinción que hiciera la doctrina respecto de la concepción de contrato como formación de la relación jurídica y como relación jurídica ya constituida³⁶.

Establezcamos que la responsabilidad precontractual debemos situarla en las primeras etapas anotadas y concebirla como aquella que causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación de un contrato³⁷. O como plantea un autor, desde la óptica del principio de la buena fe, "...todo aquel que en la fase de los tratos preparatorios de un contrato cree razonablemente que está prácticamente concluido o que se va a concluir, y, en atención a ello, emprende trabajos, realiza gastos o adopta cualquier tipo de disposiciones de los que se deriva un perjuicio, si el contrato no llega definitivamente a celebrarse, se halla amparado por la buena fe, puesto que, de alguna manera, se ha hecho tal idea por confiar en las palabras o en los hechos de la persona que hubiera podido ser su contraparte y que, en algún modo, con tal comportamiento, ha creado una suerte de apariencia"³⁸. Sin embargo, un sector importante de la doctrina, a

³⁶ LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE. 1998. *Los Contratos. Parte General*. 2ª ed. t. II. Santiago, Edit. Jurídica de Chile. p. 242.

³⁷ SAAVEDRA GALLEGUILLOS, FRANCISCO. 2004. La responsabilidad durante los tratos negociales previos. *Revista LEX ET VERITAS*. 2: 91 p.

³⁸ DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. 2001. *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato*. Madrid. Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina:165-186. En: ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. 2012. De la Responsabilidad Precontractual con especial énfasis en los Tratos Negociales Previos. [en

la cual adherimos, estima que la responsabilidad precontractual laboral, y en general la responsabilidad que precede a la celebración del contrato, es de índole contractual, por sobrepasar el genérico deber del *alterum non laedere*. "El alemán Rudolf Von Iherin reconocido como el creador y el impulsor del instituto de la Responsabilidad Precontractual, lidera la posición que afirma que la responsabilidad civil precontractual surge durante la elaboración del referido contrato o negocio jurídico, vulnerándose algo más que el deber general de no dañar al otro o *neaminem leadere*, sobre el cual gira la responsabilidad extracontractual, ya que el daño que se produce no es a una persona indeterminada, sino por el contrario, este se genera en una persona determinada, el tratante. Lo anterior no configura una limitación o concretización del *neaminem leadere*, al establecerse el deber de no dañar a una persona en específico, tal y como sucede en la responsabilidad contractual"³⁹.

Creemos que lo correcto es considerar presente a la responsabilidad precontractual, dentro de la etapa de formación del contrato; en síntesis, en

[línea] < <http://es.scribd.com/doc/28690653/Responsabilidad-Civil-Responsabilidad-Pre-Contractual>> [consulta: 10-09-2012]

³⁹ ARIAS HENAO, PATRICIA. 2011. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería. [en línea] <www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3957150.pdf> [consulta: 10-09-2012]

la mencionada órbita existe, por una parte, hechos o circunstancias que le restan o privan de eficacia al contrato⁴⁰ y, por otra, hechos o circunstancias que generan responsabilidad para el empleador o trabajador, en la medida en que sus deberes sean incumplidos. Lo anterior, es sin perjuicio de lo que expusiéramos como el deber general del empleador de no discriminar arbitrariamente entre los oferentes a un determinado cargo, sino en virtud de los criterios que el constituyente y el legislador han establecido. Aquello porque la fuente de esa obligación es legal o constitucional, si se quiere. En cambio, los deberes de información y veracidad, son esencialmente de rango convencional.

El artículo 1546 del Código Civil establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que las obligaciones que comprende tienen como fuentes: la convención, la ley y la costumbre. Claramente los deberes de información y veracidad no han sido instruidos ni por la ley ni por la convención de forma expresa. Sin embargo, la aplicación de la buena fe durante todo el íter contractual, acarrea como necesaria consecuencia, que las partes, esto es, empleador y trabajador, validen su intención expuesta,

⁴⁰ Referencia hecha a los vicios del consentimiento de derecho común, aplicables también al contrato de trabajo.

en orden a celebrar un contrato de trabajo, a través de una conducta honesta y leal⁴¹.

2.1.1.1 Deberes de información y veracidad

Analizada la etapa precontractual desde la perspectiva de la principal obligación que nace para el empleador y de la naturaleza de la responsabilidad que antecede al contrato, nos incumbe ahora, revisar cómo se traduce el deber de información y el de veracidad, en cuanto obligación común, respecto del trabajador y del empleador, en las tratativas preliminares.

La buena fe juega un rol integrador respecto de los derechos y deberes de las partes, tanto en la faz preliminar del contrato, como también en la etapa de ejecución del mismo. "Del principio de buena fe objetiva, considerado en su función integradora, derivan una serie deberes concretos implícitos, tanto en la fase precontractual como en la fase contractual, no

⁴¹ La locución responsabilidad precontractual ha venido a sustituir lo que la doctrina, acuñada por Ihering, denominada *culpa in contrahendo*. Lo anterior, como resultado de la aplicación de la ley del contrato y de la ley aplicable a la convención jurídica tipo, de que se trata en la especie, para solucionar los problemas suscitados en el marco de las relaciones preliminares entre las partes. "La diligencia contractual que Ihering postulaba era debida no solo allí donde el contrato había llegado a existir sino también en el *period statu nascendi*. Con el comienzo de las negociaciones, las partes están entrando dentro de una relación (cuasi) contractual que genera derechos y deberes". TOMÁS MARTÍNES, G. 2010. Naturaleza de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*) in the European Juridical Harmonization. *Rev. de Derecho (Coquimbo)* 17(1): 187-210

establecidos expresamente en la Ley. En la fase precontractual, la doctrina nacional pone de relieve, entre otros deberes, la lealtad en las negociaciones, la cual implica, entre otros, la no ruptura abusiva de la negociación en perjuicio de la otra parte; el deber precontractual de información y el deber de confidencialidad"⁴².

Con el deber de información que debe dirigir la conducta de buena fe de las futuras partes del contrato de trabajo, no nos estamos refiriendo a aquel consignado en el artículo 184 del Código del ramo, de naturaleza netamente contractual, situado en la etapa de ejecución de las obligaciones impuestas por la ley a las partes, derivado de su carácter de contrato dirigido. Por el contrario, hacemos alusión a un deber de información, diverso del ya señalado, que coexiste con el deber de general de buena fe en las tratativas preliminares y que es consecuencia directa de aquella.

Téngase presente que la buena fe opera dentro de éste ámbito en su faz objetiva, por permitir al juez aplicar criterios o parámetros fijos y

⁴² ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J y MADRID MARTÍNEZ, C. 2009. Proyecto Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. [en línea], Chile. <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/archivos/catedra_der_cont_informe_venezuela.pdf. [consulta:11-09-2013]

comparativos en cuanto a estándar de hombre razonable y no en cuanto a la convicción, creencia o fueron interno del sujeto⁴³.

Ahora bien, aplicados los presupuestos anteriores, tenemos que desde la perspectiva del trabajador, los deberes precontractuales se traducen en:

i. Informar acerca de las condiciones o situaciones, objetivamente relevantes para el acceso al trabajo o cargo. Así, el individuo que opta por el empleo deberá informar a quien lo ofrece, acerca de su estado de salud, sus experiencias técnicas o profesionales, y sobre su aptitud para el cargo. En general, la información que contiene los elementos de idoneidad y de experiencia para el empleo, estarán contenidos en el currículum del trabajador. Sin embargo, es de común ocurrencia que el futuro y eventual empleador u otra persona en quien delegue la tarea, realice una serie de actos de filtraje laboral, como entrevistas personales, pruebas o test técnicos y exámenes psicológicos.

ii. Informar con veracidad acerca de las circunstancias antes aludidas, toda vez que mediante esa información, el futuro empleador pueda ejercer

⁴³ La buena fe objetiva se aprecia en abstracto y la buena fe subjetiva se aprecia en concreto. GRAU G.,D, PARKER J., J y UZAL C., J. 2007. Confidencialidad de la información reservada en la relación laboral. Memoria para optar al Título de licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 46

su derecho a elegir al candidato más idóneo dentro del campo de sujetos dispuestos al empleo.

Desde la vereda del empleador, los deberes de información y veracidad consisten en:

i. Informar acerca de los elementos esenciales de la retribución al empleo y de las circunstancias que acceden a la misma; como también sobre la naturaleza de la prestación laboral. De esta manera, el oferente del empleo debe dar a conocer al o los postulantes, el monto remuneratorio, las fechas y formas de pago, las labores que implica la obtención de dicho monto, los plazos en que deban ejecutarse, los condiciones de comisiones y bonos de producción, si existieren, etc.

ii. Informar con veracidad sobre los elementos expuestos.

Finalmente, digamos que el futuro empleador tiene el derecho de recabar la información necesaria para cerciorarse de la capacidad e idoneidad de los postulantes al trabajo ofertado; sea de índole penal, disciplinaria e incluso financiera, si y sólo si, el cargo ofrecido consiste en la administración de dineros.

2.1.1.2 Deber de veracidad y derecho a mentir

De la lógica antes expuesta aparece que el deber de veracidad es una consecuencia directa de la obligación de información que significa para empleador y trabajador, negociar sobre las condiciones laborales que han de contenerse en el contrato de trabajo; pues mal podría mentirse acerca de un hecho o circunstancia no informada por una parte o no conocida por la otra. Sin embargo, la doctrina laboral de Derecho Comparado ha elaborado una tesis en cuanto a la extensión y excepciones del deber de veracidad en las negociaciones previas de índole precontractual.

Así las cosas, según expone el catedrático Oscar Ermida Uriarte, el postulante tiene como defensa o atenuante a la exigencia de un currículum vitae que debe hacer llegar al empleador o quien haga sus veces para efectos de la contratación, de forma escrita, el derecho a mentir. Creemos que si la mencionada doctrina resultara aplicable, el postulante tendría, a mayor abundamiento, el derecho a exaltar sus cualidades profesionales y personales, en cuanto resulten relevantes para el empleo⁴⁴.

El denominado derecho a mentir de un postulante a un empleo o cargo, puede ser expuesto desde 3 vertientes:

⁴⁴ ERMIDA URIARTE, OSCAR. 2006. Ética y Derecho del Trabajo. [en línea]. Montevideo. <http://www.upf.edu/iuslabor/012006/Latinoamerica.OscarErmida2.htm#_ftn38> [consulta: 10-09-2013]

- i. En contraposición al deber de información que carga al trabajador con el peso de exponer todas y cada una de las circunstancias relevantes para el empleo, si en alguna medida, pueden ser perjudiciales para la obtención de la vacante.
- ii. Restringiendo la extensión del deber de información. Para sistematizar lo anterior, clasificaremos la mencionada obligación de la siguiente manera:
 - a) Deber de información espontáneo. Corresponde a lo expuesto en el punto anterior, es decir, aquel en que el trabajador se ve obligado a revelar todas las circunstancias pertinentes y relativas a su capacidad o idoneidad para el empleo.
 - b) Deber de información provocado. Configura una atenuación del deber de información, en la medida en que el trabajador sólo se ve constreñido a informar al eventual empleador o al entrevistador en su caso, cuando éste o aquel dirigen preguntas relativas a los criterios, dentro del marco legal y constitucional, que consideren suficientes para optar por uno u otro candidato al cargo. En este caso, el postulante no podría excepcionarse de su deber de información y veracidad, sino en los casos en

que las preguntas sean referentes a su vida privada o aquellas que revelen un ánimo discriminatorio en el empleo⁴⁵.

iii. Derecho a mentir como quebrantamiento deliberado al deber de información y veracidad, siempre y cuando peligren:

a) El derecho a la intimidad del postulante. Es del caso que el trabajador, estaría revestido de la facultad de mentir, por ejemplo, acerca de sus inclinaciones sexuales.

b) Algún otro derecho fundamental del mismo.

Reafirma lo expuesto, una jurisprudencia colombiana de la Corte Suprema de Justicia: "Así las cosas, el contrato de trabajo no debe erigirse en un vehículo o instrumento para restringir postulados constitucionales, empero, existen derechos del empleador, por ejemplo, a la libertad de empresa, como del trabajador, a la información, que le es inherente por la simple circunstancia de ser ciudadano, y que no son absolutos en la medida en que el primero encuentra su límite, entre otras, en la dignidad del empleado, en tanto, el segundo, verbigracia, en la abstención del trabajador de hacer público algunas situaciones o datos propios e inmanentes a la

⁴⁵ El Código del Trabajo Francés reconoce del derecho de la mujer de no revelar su embarazo. MONTOYA MELGAR, ALFREDO. 2001. *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*. 1° Ed. Madrid. Edit. Tecnos. p. 71

actividad empresarial que por su connotación merecen en forma legítima, un respeto a su reserva"⁴⁶.

2.1.1.3 Dolo precontractual

En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los elementos engaño, fraude, falacia, como tipificadores del dolo son, por sí mismos, opuestos a la buena fe⁴⁷.

Sin embargo, advertimos que no toda falta de información o veracidad constituye o significa dolo en la etapa precontractual, por las razones que pasamos a exponer:

i. En aplicación del derecho común, sabemos que no todo dolo es susceptible de viciar el consentimiento, sino cuando cumple los requisitos de ser determinante y obra de alguna de las partes en el contrato. En lo que nos atañe, resulta irrelevante para nuestro estudio el dolo y los demás vicios del consentimiento, pues estamos por la hipótesis de que en materia precontractual existe responsabilidad por sobre un contrato de trabajo celebrado válidamente.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) de 23 de octubre de 2007. En: Bonila Marcas [en línea] < <http://www.bonila.com/Ultimas-Noticias/Noticias-Marzo-2008/excepcion-a-la-obligacion-de-lealtad-del-trabajador.html> > [consulta: 13 agosto 2013]

⁴⁷ *Fides bona contraria est fraude et dolo*. MONSALVE, V. op. cit. p. 34.

ii. Dentro de la línea argumentativa trazada en el punto anterior, fijaremos nuestra atención en los casos en que el dolo no vicia el consentimiento, pero genera efectos u obligaciones para las pre-partes.

Primero, en cuanto al dolo bueno, creemos que resulta absolutamente aplicable a la etapa precontractual laboral, cuando postulante o futuro empleador -en general será el primero- exageran sus cualidades personales para obtener la vacante o para incentivar el interés en la misma, respectivamente. Dentro de dicho contexto, si bien es cierto, el contrato de trabajo no adolece de un vicio de nulidad, si podría generar responsabilidad precontractual para el responsable de los perjuicios sufridos por el otro futuro contratante.

Luego, respecto al dolo incidental, vale decir que operaría en el sentido de no vedar la eficacia del contrato, pero si en cuanto el empleador hubiese contratado en condiciones menos onerosas. Un ejemplo explicará lo anterior. Si, infringido el deber de información y veracidad, el trabajador alude tener una formación técnica o profesional de que, en la realidad, carece, sin perjuicio de que no sea determinante para la obtención del empleo o cargo, y si, a la vez, el empleador valora dicha calidad para determinar la remuneración del sujeto, no habría vicio del consentimiento,

sino que infracción a la buena fe precontractual en relación al derecho de información.

2.1.1.4 Deber de secreto y confidencialidad

Dentro del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, aparecen como antecedente a la celebración del mismo, los deberes de secreto y confidencialidad. Esto, cobrará real importancia cuando las tratativas preliminares se vean frustradas o interrumpidas y no den lugar a la contratación.

De lo anterior, surge el postulado tendiente a afirmar que el deber de secreto, confidencialidad o reserva, es transversal a todo el íter contractual, dado que es una manifestación clara y precisa del principio de buena fe al que alude el legislador en el artículo 1.546 del Código Civil. De allí que su extensión sea la misma. Sin embargo, creemos que la envergadura del deber en comento, engruesa y estrecha sus márgenes en las diferentes etapas que distinguiéramos en la contratación. Así, en la etapa precontractual y postcontractual, la implicancia de la infracción al deber de secreto y confidencialidad, es consecencial al avance de las negociaciones

en que se ven en envueltas las pre-partes, en la medida en que empleador, trabajador o ambos, pueden llegar a conocer referencias, antecedentes, informes, historiales o cualquier dato que, de ser divulgado, lesionaría al otro contratante.

"Para que la buena fe precontractual imponga este deber de secreto es necesario que las informaciones hayan sido recibidas a causa y no simplemente con ocasión de las negociaciones, vale decir, que la parte que los descubre lo haga precisamente por haber entrado en conversaciones"⁴⁸.

Decimos que en la etapa contractual, el deber de confidencialidad, generalmente se inserta dentro del marco de las cláusulas expresas contenidas en el contrato de trabajo y su infracción no conviene a ninguno de los contratantes. Sin embargo, en el resto del íter contractual, cuando no hay un vínculo jurídico estricto que vincule a empleador y trabajador, estos deberes son difusos y se insertan sólo en la observancia de la buena fe⁴⁹.

Dicho de otra manera, a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una cláusula en que el empleador ha impuesto al

⁴⁸ VEGA ÁLVAREZ, TOMÁS. 2009. Responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. p. 12

⁴⁹ El deber de confidencialidad que debe dirigir la conducta de los sujetos en la etapa precontractual, cuya vulneración es conocida en el *Common Law* como *breach of confidence*, tiene consagración internacional, mediante los Principios de Unidroit, aplicables a la contratación civil y comercial. MONSALVE C., V. 2008. La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Salamanca, Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. p. 298

trabajador el deber de confidencialidad acerca de alguna información relativa a la empresa, le serán aplicables las normas relativas a la infracción de una obligación de no hacer, particularmente contenida en el artículo 1.555 del Código Civil. Por el contrario, a la responsabilidad derivada de la infracción al mismo deber en la etapa precontractual o postcontractual, le serán aplicables, además, las apreciaciones discrecionales de los jueces que resuelvan la contienda, en virtud de lo establecido en el artículo 24 y 1.546 del Código Civil, 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 342 letra d) del Código Procesal Penal, porque si algo no puede hacer el juez es modificar la ley del contrato. Las consecuencias prácticas de la infracción, en la etapa precontractual, al deber de confidencialidad, aparece como generadora de responsabilidad contractual, ya que, si bien es cierto, como señala alguna doctrina, no existe un vínculo contractual entre empleador y trabajador dentro del contexto de las tratativas preliminares, creemos que sí existe un pacto entre ambos, cuyo contenido es la buena fe. Betti explica el origen problemático de la figura así: “En el campo del derecho común se había visto, como también en el desarrollo de los tratos preliminares, era posible una culpa, consistente, por ejemplo, en ser reticente acerca de la materia del negocio, o en mantener ocultas

circunstancias que se oponían a la validez del contrato. Por eso se discutió largamente sobre el carácter de esta culpa, designada como *culpa in contrahendo*, que no se podía calificar como culpa contractual (imputable al deudor en cuanto no cumple exactamente la obligación), porque el contrato no había sido concluido todavía; pero tampoco podía calificarse como culpa extracontractual de una obligación de respeto y de conservación que incumbe a todos los miembros de la comunidad, puesto que era innegable que, entre los contratantes, existía ya una relación social por el solo hecho de haber iniciado las negociaciones"⁵⁰.

En particular, creemos que la doctrina ha confundido el pacto de buena fe que rige todas y cada una de las negociaciones preliminares y cuya lesión le da acción al sujeto lesionado para exigir indemnización de perjuicios en contra de quien le afectó en sus derechos, con aquel instrumento contractual que las partes han de suscribir, eventualmente; es decir, el contrato de trabajo propiamente tal. Y es que, ambas fuentes de obligaciones son de carácter contractual que imponen deberes específicos, respecto de una persona determinada, en donde empleador y trabajador son

⁵⁰ OVIEDO A., J. 2008. Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. En: SEMINARIO INTERNACIONAL: Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI: 22 de abril de 2008. Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad EAFIT y Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, Jornadas Colombo-Argentinas. p. 22

acreedores y deudores de obligaciones que sólo a ellos les atingen. Por otra parte, aun cuando ambos pactos comparten su naturaleza, son absoluta e irremediabilmente independientes uno del otro, sin perjuicio de que exista una relación de antesala y consecuencia, entre el trato preliminar y el contrato en sí. Empleador y trabajador cuando se avocan a sopesar y decidir si han de ligarse por el contrato de trabajo, no tienen deberes generales de cuidado respecto de cualquier persona, sino que tienen deberes y derechos recíprocos, medidos por la buena fe.

La responsabilidad precontractual, por quebrantar cualquiera de los deberes ya estudiados, genera responsabilidad aun cuando el contrato propiamente tal no llegue a celebrarse.

2.1.2 Buena fe contractual

"Uno de los pilares sobre los que descansa la relación entre empleador y trabajador es el de la confianza mutua entre las partes, presidiendo este vínculo la exigencia de buena fe, como principio rector y garante del efectivo cumplimiento de los contratos de trabajo. En efecto, y aunque se trata de una noción que planea sobre todo el Derecho del

Trabajo, cabe destacar la particular relevancia que adquiere el principio de buena fe precisamente en el ámbito del contrato de trabajo"⁵¹.

Sin perjuicio de la imposibilidad de delimitar la extensión del principio de la buena fe, es perfectamente posible sostener que el principio en comento se traduce en una serie de valores que exigen actuar rectamente, de forma honrada, sin intención de dañar u oscurecer las cláusulas acordadas, obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación⁵². Los principios son una clase de norma jurídica diferenciada de las reglas de conducta, independientemente de si son o no, recogidos expresamente por el legislador. De allí que habrá que sostener que el principio de la buena fe informa al ordenamiento jurídico más allá de si existe o no una norma de carácter legal que lo reconozca como tal ⁵³.

⁵¹ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, LUCÍA. 2003. Poder Disciplinario del Empresario y Límites al Principio Contractual de Buena Fe en Periodo de Vacaciones (a propósito de la STC 192/2003, de 27 octubre). España. [en línea] < <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2296/1/AD-8-54.pdf> > [consulta: 09-09-2013]

⁵² IRURETA, P. 2011. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Revista Ius et Praxis*(2): 133-188

⁵³ "Aquí la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones".

La buena fe contractual impone deberes de conducta a trabajador y empleador, en el seno del cumplimiento del contrato, aun cuando dichas obligaciones no estén escrituradas ni convenidas en el contrato de trabajo, toda vez que han de ser subsumidas dentro del contenido implícito del mismo. Digamos que en éste ámbito es donde cobra real importancia. Por tanto, cuando el legislador hace referencia a las obligaciones que emanan de la naturaleza del contrato⁵⁴, hace reseña implícita al deber general de buena fe. De esta manera, conjugemos el artículo 1.546 del Código Civil y el artículo 160 N° 7 del Código del ramo y tenemos que: El empleador puede terminar el contrato de trabajo, sin adeudar indemnización alguna al trabajador cuando éste infringe gravemente las obligaciones que impone el contrato; por lo que surge la pregunta ¿Qué obligaciones impone el contrato?. Y la respuesta aparece en el artículo 1.546 del Código Civil, de donde es posible extraer cuatro géneros o categorías de obligaciones que impone el contrato:

- i. Aquellas expresamente contenidas,
- ii. Aquellas que se derivan de su naturaleza,

⁵⁴ Artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo: "El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales. N° 7 Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato".

- iii. Aquellas introducidas por la ley, y
- iv. Aquellas introducidas por la costumbre.

A mayor abundamiento, y aun cuando pueda criticarse el siguiente argumento, por su carácter de circular, queremos insistir en la real existencia del principio de la buena fe en el ámbito contractual y, por ende, laboral. La buena fe puede situarse en todas y cada una de las categorías de obligaciones contractuales antes aludidas. Lo demostraremos.

Primero, en la ejecución del contrato debe observarse la buena fe, y por tanto, deben incluirse aquellas obligaciones que han sido expresamente convenidas por las partes en el contrato de trabajo⁵⁵. Lo anterior, porque al utilizar el legislador la expresión "no sólo", debemos interpretar a *contrario sensu* y a mayor abundamiento, que obligan también a lo pactado por las partes. Luego, las obligaciones derivadas de la costumbre, en materia civil, y según dispone al artículo 2º del Código Civil, sólo constituyen derecho en los casos en que la ley se refiere a ella, por tanto, los límites entre las obligaciones legales y aquellas de carácter consuetudinario son difusos. Por otra parte, tanto a las obligaciones legales como las consuetudinarias, las

⁵⁵ Artículo 1.546 del Código Civil: " Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

partes pueden hacer expresa referencia en el contrato, sobretodo si tenemos presente que en derecho privado el legislador sólo sule la voluntad de las partes. Específicamente en materia laboral, el legislador ha intervenido, en general, para establecer un contenido mínimo al contrato de trabajo, según se desprende del artículo 10° del Código del ramo, sin perjuicio de que las partes puedan pactar otras cláusulas o extender el mínimo legal de su contenido. Postulamos a que las obligaciones que emanan de la naturaleza del contrato son el género, y que las obligaciones legales y consuetudinarias son especies dentro de aquel, comprendiendo además, los principios generales del derecho, entre ellos, la buena fe. Todo lo cual puede ser sistematizado en el siguiente esquema:

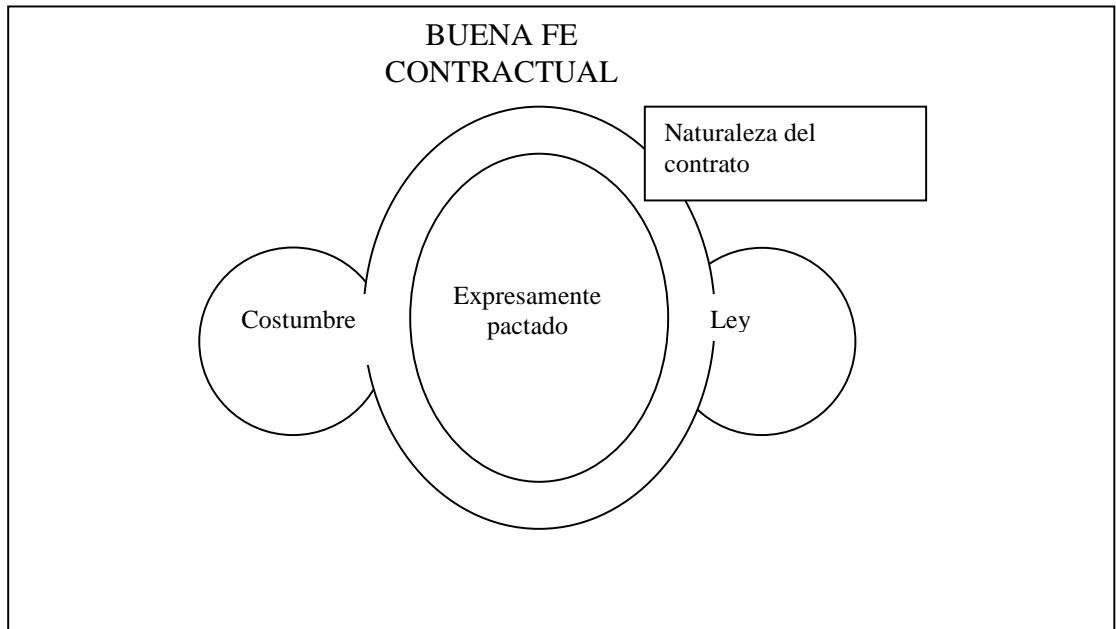


Tabla N° 1

6.1.3 Buena fe postcontractual

La responsabilidad postcontractual, es decir, aquella que surge una vez desvinculadas contractualmente las partes en el contrato, en el área laboral surgen ciertos deberes atribuibles a la Buena Fe, que calan todos los ámbitos del contrato de trabajo, incluso sus efectos una vez que éste deja de producirlos.

2.1.3.1 Deber de secreto o reserva

A éste deber ya hemos hecho referencia en el acápite dedicado a la buena fe precontractual, por lo que resulta aplicable lo ahí expuesto, salvo, claro, que en éste caso el deber de confidencialidad puede tener un contenido mucho más extenso, por cuanto las partes se han visto ya vinculadas y resulta lógico que hayan tenido acceso a muchas más información que aquella de que tomaron conocimiento en las tratativas preliminares.

2.1.3.2 Prohibición de competencia desleal o pacto de no competencia "postcontractual"

En cuanto a la no competencia, debemos distinguir dos situaciones. Primero, una cláusula facultativa contractual y luego, un pacto implícito no convencional.

La cláusula de competencia desleal (entiéndase como aquella que fue pactada por las partes en el contrato de trabajo) puede ser definida como: "Obligaciones negativas que son incorporadas habitualmente en diversas clases de convenciones, entre otras, compraventas de establecimientos

comerciales, contratos de distribución exclusiva, de trabajo y de prestación de servicios profesionales.⁵⁶

En cuanto a la obligación del trabajador de no desarrollar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador y que hubieran sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por éste, diremos que vulnera derecha y abiertamente la buena fe contractual, por cuanto el trabajador tenía perfecto conocimiento de la voluntad del empleador a la cual él adhirió, en orden a que ambos no explotaran el mismo giro. En este orden de ideas, desligado de lo anterior, el trabajador tiene el deber implícito derivado de la buena fe en su faz postcontractual, de no desarrollar el mismo giro o industria. En el primer caso, el empleador, si así desea que sea, debe estipularlo en el contrato. Respecto del segundo la doctrina laboral no está conteste, dado que un sector se inclina por la validez del pacto de no competencia restringido a la hipótesis en que el empleador sólo puede prohibir a sus dependientes, mientras se mantenga vigente la relación laboral, el ejercicio de labores que estén dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo. Una segunda postura sostiene que, por

⁵⁶ BANFI, C. 2012. Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*(19): 165-192

aplicación del artículo 160 N° 2 del Código del Trabajo, la obligación del trabajador se mantiene en la fase postcontractual⁵⁷.

Nuestra postura, diversas de las ya expuestas, dice relación con los efectos de todo contrato. Decir que existe el deber del trabajador de no desempeñar el mismo giro que el empleador, por extensión de la norma legal citada, es lo mismo que decir que el contrato de trabajo que se ha terminado, ha de cesar en sus efectos para algo y perdurar en los mismos para lo otro, como una suerte de ultractividad. Por lo anterior, y al igual que el contenido que le atribuyéremos a la buena fe precontractual, en el ámbito del pacto de no competencia desleal, creemos que existe un deber de buena fe que impulsa el cumplimiento del mismo, sin que pueda el empleador pactar en el contrato de trabajo una cláusula que prohíba al trabajador explotar la misma industria una vez que el contrato haya terminado, por cuanto vulneraría el precepto constitucional contenido en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental.

⁵⁷ ROSSI Asociados. 2008. Cláusulas de no competencia y confidencialidad en el ámbito laboral [en línea] <<http://www.rossiasociados.cl/4.pdf4.pdf>> [consulta: 24 septiembre de 2013]

2.2 Régimen de responsabilidad

Respecto de los efectos de las obligaciones generadas por el contrato de trabajo, analizaremos aquellos que se producen a propósito de la clasificación tradicional de los mismos.

En primer término, diremos que lógicamente en cuanto a las sumas que se deban empleador y trabajador, el acreedor de la respectiva prestación insoluta tiene el derecho a exigir el cumplimiento forzado de la misma. Luego, en cuanto a la indemnizaciones, cabe analizar dos puntos importantes. Primero, las referencias legales que llevan implícito el respeto a la buena fe y luego la naturaleza de dichas indemnizaciones.

Sin duda la vinculación mas clara entre la acreencia de indemnizaciones y la observancia de la buena fe en las relaciones entre empleador y trabajador son las normas relativas a los incrementos a que debe sujetarse el empleador, en el caso de invocar mal una causal de despido. De allí que podamos decir que el legislador sanciona la mala fe

del empleador y la sanción consiste, justamente, en los incrementos mencionados⁵⁸.

En un segundo plano, debemos advertir que las indemnizaciones a que hemos hecho referencia, no son las mismas a las que aludiéramos como efectos de las obligaciones. Claro está que, cuando el acreedor tiene el derecho subsidiario de exigir las indemnizaciones compensatoria y moratoria, es porque hubo un incumplimiento contractual del deudor, sin perjuicio de que por ser incumplimiento se haya infringido el artículo 1.546 del Código Civil. Creemos que además de las razones de equidad y de la fuerza obligatoria de los contratos, el que el legislador haya de presumir la culpa en materia contractual, probado el incumplimiento, se debe a que en definitiva, el cumplimiento, imperfecto, parcial o inexistente, carece de buena fe. En este orden de ideas, las indemnizaciones incrementadas por la invocación errónea o sin fundamento plausible de las causales de despido, constituyen netamente una sanción de carácter civil, no tan solo a la ausencia de buena fe, sino que derechamente a la mala fe del empleador.

Sobre la naturaleza de la responsabilidad en los periodos anteriores y posteriores al contractual, estése a lo dicho en el acápite 2.1.1.

⁵⁸ Referencias hechas a los artículos 168, 169, 170 y 171 del Código del ramo, como ejemplos.

2.3 Daño y buena fe

El daño puede ser definido, dentro de una concepción moderna, como todo detrimento o menoscabo que una persona sufre en su patrimonio, en sus afectos o en un interés legítimo⁵⁹.

Para establecer las vinculaciones entre el daño y la buena fe, realizaremos una exposición de los casos jurisprudenciales, de los perjuicios de que en forma recurrente pueden sufrir empleador y trabajador.

2.3.1 Daño y trabajador

Los daños que el empleador puede provocar al trabajador en ejecución del contrato, en innumerables casos dicen relación con accidentes del trabajo, a raíz de la infracción por parte de aquel, de las obligaciones de

⁵⁹ En el mismo sentido puede ser entendido como: "una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba". BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2010. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago. Edit. Jurídica. p. 220

seguridad que le empecen. La relación entre la referida infracción y el quebrantamiento del principio de buena fe laboral es evidente.

El artículo 184 del Código del Trabajo establece: "El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad de las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales". Y en conjunción con el ya tantas veces citado artículo 1.546 del Código Civil, es claro que el empleador no ejecuta el contrato de buena fe si no cumple con lo prescrito en el artículo 184 del Código del ramo, pues estaba obligado a aquello en atención a las obligaciones legales que forman parte vinculante en el contrato de trabajo.

Sobre lo mismo, nuestros tribunales han declarado: "Que, al respecto esta Corte ya ha decidido que la obligación de seguridad impuesta al empleador en el artículo 184 del Código de Trabajo, genera una responsabilidad legal y contractual, por cuanto ella es establecida por el legislador y surge una vez suscrito un contrato de trabajo, entre trabajador y empleador.

También ya se ha indicado que son elementos de dicha responsabilidad, la existencia del hecho dañoso, el resultado perjudicial y la relación de causalidad entre ambos, además del dolo y la culpa del empleador"⁶⁰.

Otro daño alegado recurrentemente por los trabajadores, respecto de su empleador, es el daño producido por el término del contrato de trabajo: "Si es el empleador quien incurre en incumplimiento grave, el trabajador tiene derecho a poner término al contrato de trabajo y a pedir las indemnizaciones con los aumentos correspondientes, por lo tanto, la naturaleza jurídica de las indemnizaciones y sus recargos reparan el daño producido por el despido o el incumplimiento grave que pueda motivar que el trabajador haga uso del derecho, invocando el auto despido o despido indirecto"⁶¹.

Sin embargo, y en lo que nos preocupa, los tribunales no han dado lugar a la indemnización producida por el daño en comento, cuando el trabajador hace referencia a los mismos hechos en que se funda su autodespido. "No es procedente la indemnización por un supuesto daño

⁶⁰ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 3143/10 de 7 de julio de 2009 [en línea] <<http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/mansilla-jose-ruperto-pineda-cia-ltda-60054131>> [consulta: 27 septiembre de 2013].

⁶¹ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1372/09 de 19 de mayo de 2009 [en línea] <<http://vlex.com/vid/57842047>> [consulta: 29 agosto 2013].

moral causado al trabajador por los mismos hechos que motivan el autodespido, ya que la existencia expresa y específica de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, compensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo. La indemnización por el daño moral concebida de manera distinta a tales resarcimientos y que pudo producir un autodespido laboral, carece de sustento en la materia. Deriva la ley de la pérdida del puesto de trabajo por causa ilegal una reparación del daño, con carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo perjuicio producido. Se presume que el mismo siempre se produce, tanto en el campo laboral como afectivo inmaterial"⁶². Lo anterior, dice relación con la justicia y la buena fe, toda vez que el trabajador fundamenta su acción indemnizatoria en oposición a la buena fe, en orden a solicitar se indemnicen el daño producido por los mismos hechos y por conceptos diversos.

En relación a la naturaleza de los daños que pueden ser producidos al trabajador, diremos que por regla general serán de carácter contractual, pues claro, estamos en el supuesto de que en ejecución del contrato de trabajo, el empleador deba responder por los daños producidos al

⁶² Sentencia Corte Suprema, ROL N° 3210/08 de 15 de julio de 2008 [en línea] <<http://vlex.com/vid/41118518>> [consulta: 29 agosto de 2013].

trabajador. Cuando no existe una norma laboral que prevé expresamente una indemnización para un determinado incumplimiento, se aplica supletoriamente el régimen de la responsabilidad civil contractual⁶³. Sin embargo, existen casos en que el empleador es responsable para con el trabajador, pero dentro del ámbito extracontractual, en la medida en que se infrinja un deber de cuidado, ajeno a las obligaciones de índole contractual. De igual manera habrá lugar a la responsabilidad extracontractual por los daños que el trabajador produzca a un tercero en su calidad de dependiente del empleador.

2.3.2 Daño y empleador

Los daños que puede padecer el empleador, que proceden del trabajador, dentro del marco del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo, habitualmente se producirán a raíz de la pérdida o deterioro de los bienes de la empresa. Sin embargo, el trabajador sólo deberá responder por los daños que ocasione a los bienes del empleador cuando actúe dolosamente con el propósito deliberado de

⁶³ MELLA MENDEZ, LOURDES. 2008. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: 22 de octubre de 2008. Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela. 81 p. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

causarlos (sabotaje, destrucción de un máquina en forma intencional) o con culpa grave, que importa la omisión de aquellas diligencias elementales destinadas a conservarlos. Los daños culposos u ocasionados por culpa simple están excluidos de la responsabilidad impuesta por dicha norma, ya que el empleador debe asumir el riesgo propio de su empresa. Lo anterior fluye de una interpretación a contrario sensu del artículo 58 inciso 8° del Código del trabajo: "En caso de robo, hurto, pérdida o destrucción por parte de terceros de los bienes de la empresa, sin que haya mediado responsabilidad del trabajador, el empleador no podrá descontar de la remuneración del o los el monto de lo robado, hurtado, perdido o dañado". Dicho de otro modo, existen 3 hipótesis a reconocer:

- i. Que los daños causados a los bienes del empleador sean consecuencia del dolo del trabajador.
- ii. Que los daños causados a los bienes del empleador sean consecuencia de la culpa del trabajador.
- iii. Que los daños causados a los bienes del empleador sean consecuencia de la culpa o dolo de un tercero.

Sin perjuicio de lo anterior, sólo en la primera hipótesis el empleador podrá accionar de perjuicios en contra del trabajador, toda vez que en su

actuar ha infringido el principio de buena fe que rige el contrato de trabajo y las relaciones laborales en general. Una forma de obtener el resarcimiento de los perjuicios que el empleador ha sufrido, es que el monto del daño sea descontado de las remuneraciones del trabajador o, por otro lado, que accione a través de un juicio ordinario en sede civil. Sin embargo, el empleador sólo podrá optar por la primera opción, cuando el trabajador haya actuado en infracción abierta a la buena fe, esto es, con dolo o culpa lata, y además, según dispone la norma antes citada, cuando sea responsable junto con un tercero de los daños materiales producidos en los bienes de la empresa.

A mayor abundamiento, el empleador puede despedir al trabajador, sin mediar indemnización alguna, según preceptúa el artículo 160 N° 6 del Código del Trabajo: "El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: N° 6. El perjuicio material causado intencionalmente a las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías". Refuerza nuestra tesis la expresión utilizada por el legislador "intencionalmente", por ser, justamente, una conducta opuesta a la buena fe laboral.

2.3.3 Buena fe y daño moral

Particular importancia tiene la buena fe laboral en el daño moral, por el marcado carácter ético jurídico de aquella, al que aludiéramos al principio de este trabajo.

Dentro de la etapa de ejecución del contrato, las vertientes que ha tomado el daño moral, y tal como destaca un autor, son las siguientes: "Encontramos muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del *ius variandi* o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa. Del mismo modo, puede afectarse la honra del trabajador cuando se le sanciona disciplinariamente en forma infundada, por ejemplo por falta de honradez, en virtud del poder de mando del empleador. Existe acuerdo en que el empleador no puede intervenir en la vida familiar, religiosa o política del trabajador, y que las libertades públicas tienen cierta proyección dentro de la empresa, consagrándose la denominada ciudadanía en la empresa. Producido un daño moral durante el contrato, procede pedir la reparación

del daño y es factible también solicitar el cese de las acciones que continúan provocando sus efectos en el tiempo. Además, durante la ejecución del contrato, puede producirse un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, donde expresamente la ley chilena contempla la reparación del daño moral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744. Esta responsabilidad es de naturaleza contractual, en caso de que el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora, claramente deducida del deber de seguridad que establece el artículo 184 CT⁶⁴.

3. Despido y buena fe

La ciencia forense ha estrechado los vínculos existentes entre el despido (o sus causales) y la buena fe laboral, denominando al fenómeno como "despido disciplinario".

El despido disciplinario puede ser definido como la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, cuando el trabajador ha incumplido el contrato en forma grave y culpable.

⁶⁴ GAMONAL, S. 2012. Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXIX):161-176.

Existe una discusión doctrinaria en torno al grado de culpabilidad o a la extensión de la intención del trabajador. Por una parte, una doctrina sostiene que no es necesario que el trabajador actúe con dolo, siendo suficiente para configurar la causal de despido el actuar con negligencia grave e inexcusable. Otra posición apunta por la conducta dolosa⁶⁵.

El elemento de la gravedad de la conducta atentatoria a la buena fe, ha sido introducido por nuestra jurisprudencia, en orden a apelar a la creación, por parte del empresario, de un estatuto de sanciones disciplinarias, en donde el despido ocupe la última posición. Así lo ha declarado nuestra Extma. Corte Suprema: " La jurisprudencia ha resuelto, reiteradamente, que para que exista la causal de falta de probidad se requiere que los hechos que la configuren y, por consiguiente, justifiquen el término de la relación laboral, deben reunirse dos requisitos copulativos, a saber: resultar nítidamente probados y revestir cierta magnitud, gravedad o significación.

Las relaciones laborales han de desarrollarse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente de buena fe y

⁶⁵ CONDE MARÍN, EMILIA. 2007. *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo, Un Estudio de la Buena Fe como Elemento de Integración del Contrato de Trabajo*. 1° ed. Madrid. Edit. La Ley. p. 383.

respetando el deber de fidelidad y lealtad que les afectan. Es por esta razón que ante ciertas conductas del trabajador, debidamente comprobadas, la legislación autoriza al empleador a poner término al vínculo contractual, sancionando al dependiente con la pérdida de las indemnizaciones que, en otro evento, le habrían correspondido"⁶⁶.

El artículo 160 del Código del Trabajo faculta al empleador para poner término al contrato, esto es, para despedir al trabajador, cuando éste incurre en alguna de las causales que el propio precepto establece. Todas ellas constituyen hipótesis de mala conducta del trabajador, es decir, importan una inobservancia de sus obligaciones contractuales o de la buena fe contractual.

Al ser causales subjetivas, no basta con que el trabajador incurra objetivamente en el comportamiento descrito en la causal, sino que, además, dicho incumplimiento debe ser susceptible de imputación subjetiva, esto es, atribuible a dolo o malicia del trabajador o, en su caso, a culpa o negligencia del mismo⁶⁷.

⁶⁶ Sentencia Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), de 23 de Julio de 2002. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGIDA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-254734470>

⁶⁷ PALAVECINO, CLAUDIO. 2010. Apuntes sobre la terminación del contrato de trabajo. [Apuntes de clase]. Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. p.6

3.1 Sanción a la mala fe del empleador que ha invocado en forma errónea una causal de despido

Además de las causales de término de la relación laboral, señaladas en el artículo 159 del Código del Trabajo, los artículos 160 y 161 contemplan otras, el primero relativo a lo que expusieramos como despido disciplinario y el artículo 161 relativo al despido por necesidades de la empresa.

- i. Sanción a la mala fe del empleador en relación a las causales del artículo 159 del Código del ramo: El artículo 168 letras a), b) y c) del mismo cuerpo legal establecen que el juez ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicio, aumentado en un 50%.
- ii. Sanción a la mala fe del empleador en relación a las causales del artículo 160 del Código del ramo: incremento del 80%, salvo que las causales fuera alguna de las contenidas en los números 1, 5 o 6 y el despido fuere declarado sin motivo plausible, el aumento es del 100%.
- iii. Sanción a la mala fe del empleador en relación a las causales del artículo 161 del Código del Trabajo: incremento del 30%.

El despido será declarado injustificado o más propiamente “indebido” cuando el empleador no acredite la causal alegada en su comunicación escrita o cuando el incumplimiento acreditado no sea culpable. Declarado un despido como injustificado, sus efectos no dicen relación con la nulidad del despido, sino que con la cuantía o extensión de las indemnizaciones que el empleador debe al trabajador. "El efecto del despido indebido es que el empleador queda obligado al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso a favor del trabajador, equivalente a la última remuneración mensual devengada. Esto, porque la ley entiende que el término del contrato de trabajo se ha producido por necesidades de la empresa (art. 168 inc. 4.º CT). Como, obviamente, el empleador no dio el aviso con treinta días de anticipación a que lo obliga el art. 162 inc.4.º CT, procede este pago. En virtud de la misma ficción legal, bajo el supuesto de que el contrato hubiese estado vigente un año o más, procede la indemnización por años de servicio convencional o, en su defecto, la legal (equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses prestados continuamente y con el tope de 11 meses). Además, la indemnización deberá pagarse con un recargo del 80%, según lo prescribe el art. 168 inc. 1.º letra c) CT.

Ahora bien, Si el empleador hubiere invocado causales especialmente graves (las de los números 1, 5 y 6 del art. 160 CT) y el despido es declarado, además de injustificado, carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización por años de servicio se incrementará en un 100% (art. 168 inc. 2.º CT).⁶⁸

En análisis de los preceptos citados y en la medida en que la buena fe funciona como elemento integrador en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que el legislador protege con supremacía el principio de la buena fe, en cuanto al despido, desde dos perspectivas:

- i. Primero, positiviza una serie de conductas que vulneran el artículo 1.546 y la buena fe en todo su contenido y expresión, en orden a facultar al empleador a poner término unilateralmente al contrato de trabajo y eximirse en su obligación de pagar indemnizaciones⁶⁹, por haber incurrido el trabajador en conductas opuestas a la buena fe y que, por demás, quiebran el clima de confianza que debe impetrar el clima laboral.
- ii. Segundo, por la relevancia de los efectos del despido disciplinario, el legislador previene el abuso o mal uso de las causales de que puede hacerse

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ Sin perjuicio de lo anterior, téngase presente que las remuneraciones insolutas y el pago del feriado proporcional son pagos a todo evento.

el empleador para poner término a un contrato de trabajo, esgrimiendo alguna de las causales señaladas por la ley. Esto porque, por pretender la vigencia de la buena fe contractual, no puede descuidar otros principios, como la justicia y la seguridad jurídica. De allí que, invocada erróneamente una de las causales de despido enumeradas en el artículo 160, el empleador se ve obligado a incrementar en el porcentaje señalado por la ley (80% o 100% según sea el caso) a las indemnizaciones que debe al trabajador.

3.2 Cláusula de aceleración en el incumplimiento del pago de las indemnizaciones debidas al trabajador

El Código del Trabajo contempla las siguientes indemnizaciones:

- i. Indemnización sustitutiva del aviso previo.
- ii. Indemnización por años de servicios.
- iii. Indemnización a todo evento.
- iv. Indemnización por reclamo del trabajador⁷⁰.

⁷⁰ Según el artículo 168 del mismo Código referente, si el contrato termina en forma injustificada, indebida o por aplicación improcedente, o por no haberse invocado una causa legal precisa, el reclamo judicial que el trabajador entable contra su ex empleador podrá generar el pago de la indemnización sustitutiva referida en el inciso 4º del artículo 162 y, además, la correspondiente a tantos años de servicio que el trabajador acredite, sea la del inciso 1º ó 2º del artículo 163 y con la única limitación del tope de los 330 días que corre para los trabajadores contratados desde el 14 de agosto de 1981, en adelante.

- v. Indemnización por despido indirecto.
- vi. Indemnización a los trabajadores de casa particular.
- vii. Indemnización compensatoria del feriado.

En lo que nos atañe y como una sanción a la mala fe del empleador en el pago de ciertas indemnizaciones, el legislador dispone en el artículo 169 del Código del ramo, que si el contrato termina por aplicación de la causal contenida en el artículo 161 inciso 1° del mismo cuerpo legal, el empleador deberá dar aviso al trabajador con 30 días de anticipación. El legislador califica este aviso como una oferta irrevocable de pago de las indemnizaciones por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo. De allí que el artículo 169 otorgue dos opciones al empleador para efectuar dicho pago:

- i. En principio, el empleador deberá pagar en un solo acto al momento de extender el finiquito.
- ii. Excepcionalmente, y solo mediando acuerdo entre las partes (ex empleador y ex trabajador), ratificado por la Inspección del trabajo, el pago puede fraccionarse según convención expresa.

Si las partes llegan a un acuerdo de pago fraccionado de las indemnizaciones citadas, significa que han vuelto a vincularse, de manera que la buena fe debe dirigir su conducta en el cumplimiento de dicho pacto y en las expectativas que tienen de la contraparte. Es por tal motivo, que el legislador sanciona la mala fe del empleador en el incumplimiento del acuerdo de pagos parcelados, desde dos perspectivas:

i. El simple incumplimiento del pacto hace inmediatamente exigible el total de la deuda. Lo anterior es expresión de una cláusula de aceleración impuesta al acreedor, por infracción a la buena fe al que debía sujetarse en el cumplimiento del pacto. Agrava lo anterior, la imposición de una multa de carácter administrativo.

Entendamos que tal es la importancia de la buena fe en este pacto, que el "simple" incumplimiento hace exigible el total de la deuda, lo que puede significar incluso el pago de la cuota correspondiente pero sin los intereses debidos o sin los reajustes correspondientes.

ii. Si el incumplimiento ya no es tan simple, sino que más bien es absoluto, el trabajador puede recurrir al juez competente, quien ordenará el pago de lo adeudado dentro del plazo que el mismo fijare, facultándolo el legislador a incrementar las indemnizaciones hasta en un 150%. De

Perogrullo resulta el repudio del legislador al quebrantamiento del pacto en oposición al principio de la buena fe.

4. Relación entre la responsabilidad del cargo y la buena fe

La responsabilidad que impone un cargo de trabajo determinado a un trabajador, también determinado, se encuentra estrechamente vinculada con la confianza que el empleador ha depositado en él y por ende, con la carga de observar una conducta de buena fe en el desempeño del cargo o empleo.

4.1 Grado de diligencia de los trabajadores de exclusiva confianza

Trabajador de exclusiva confianza puede ser conceptualizado como aquellos que ejercen labores que implican la administración de una empresa o de ciertos bienes de la misma, y que, en general, tienen facultades que importan comprometer el patrimonio de quien lo contrató. Sin perjuicio de nuestra tentativa por enmarcar a esta categoría de trabajadores dentro de un contexto definido, el carácter de exclusiva confianza de un empleo dimana directamente de la naturaleza misma de la función desarrollada. Dicho en otros términos, para reconocer si se está o

no en presencia de un cargo de la exclusiva confianza del empleador –más que a las atribuciones– resulta necesario atender al contenido del servicio prestado.

En ese orden de cosas, la Il. Corte de Apelaciones de Temuco ha declarado: "Que el diccionario de la Real Academia Española define "de confianza", en lo que aquí interesa, del siguiente modo: "Dicho de una persona: En quien se puede confiar". Confiar, por su parte, en las acepciones que resultan pertinentes al caso, es la acción consistente en "encargar o poner al cuidado de alguien algún negocio u otra cosa" y como "depositar en alguien, sin mas seguridad que la buena fe y la opinión que de el se tiene, la hacienda, el secreto o cualquier otra cosa". Ahora bien, y como es evidente, toda relación laboral importa, en mayor o menor grado, una relación de confianza entre el empleador y el trabajador.

En este sentido Thayer y Novoa en su Manual de Derecho del Trabajo han calificado la relación laboral como "una relación de comunidad jurídico-personal, basada en la fidelidad y la previsión"⁷¹.

⁷¹ Causa N° 102/2012. Resolución N° 21.908, de Corte de Apelaciones Temuco, de 31 de Mayo de 2012. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZADA NULIDAD. [en línea] <<http://vlex.com/vid/380189546>> [consulta: 30 agosto de 2013].

Del fallo citado es posible desprender que, si bien es cierto, todos los trabajadores están sujetos a la confianza del empleador, existen algunos que cuyo nivel de compromiso con los intereses de la empresa se ve exacerbado; estos son los trabajadores de exclusiva confianza del empleador.

Un autor señala que los elementos para identificar a un trabajador de exclusiva confianza son:

- i. Comprometer la responsabilidad del empleador,
- ii. Ser decisivo en la marcha o desarrollo de la empresa.
- iii. Tener acceso a los secretos de la contabilidad y a los programas económicos o la formas de realizarlos.
- iv. Compartir el secreto profesional o el secreto industrial.
- v. Cuidar de los bienes materiales del empleador puestos a su cuidado.
- vi. Realizar funciones que por su misma naturaleza no pueden encomendarse a cualquier persona sino solo en que se hace fe de su comportamiento y moralidad por el ejemplo que debe dar⁷².

⁷² NADAL SERRI, DANIEL. 2003. *El despido en el Código del Trabajo*. Santiago. Edit. Lexisnexis. p. 310.

Creemos que los mencionados elementos, si bien podrían caracterizar la exclusiva confianza en un trabajador, sólo son ejemplos de lo anterior y también, hipótesis independientes no copulativas.

La buena fe y el grado de diligencia que importa el desempeño del cargo o empleo para estos trabajadores configura una "especial posición al interior de la organización empresarial que deja en evidencia que ciertos trabajadores se encuentran muy próximos o cercanos al empleador, como si se tratase de una especie de *alter ego*⁷³ de éste. La concurrencia de esa confianza acentúa el carácter personalísimo del cargo, cuestión que obliga a que el trabajador ejecute conductas positivas que traspasan el mero deber de la prestación de trabajo. Ese es el caso, por ejemplo, del alto directivo, del trabajador de casa particular, o de toda persona que ha ingresado a la organización empresarial para dirigir y gestionar la empresa. También se suele incluir dentro de esta categoría a los trabajadores de empresas ideológicas y a los trabajadores que manejan recursos o valores del empleador.

En todos estos casos, el trabajador de exclusiva confianza se ve obligado a un deber mayor de buena fe que sea acorde con la posición que

⁷³ Del latín, entiéndase como "el otro yo".

se ocupa al interior de la organización creada por el empleador. De allí que si este trabajador vulnera la confianza en él depositada, o abusa de la misma, entonces se entiende que se ha incurrido en una modalidad cualificada de infracción a la buena fe"⁷⁴.

5. Buena fe y acuerdos básicos de confianza

El acuerdo básico de confianza o "ABC", es un pacto entre la empresa y la organización sindical, tendiente a fijar condiciones comunes de trabajo, dirigidas en general, a la estabilidad en el empleo.

Nuestra jurisprudencia, en reiteradas ocasiones, ha declarado que el acuerdo básico de confianza no es fuente de obligaciones para la empresa, aduciendo que: "El documento denominado Acuerdo Básico de Confianza, o ABC, no puede servir de base a las peticiones de la demanda subsidiaria, pues no es ni un contrato ni un convenio colectivo, y que jamás ha sido un acto jurídico creador de obligaciones entre la Compañía demandada y sus trabajadores. Agrega que lo concordado en ese documento se refiere a orientaciones, propósitos, aspiraciones e intenciones de las organizaciones

⁷⁴ IRURETA, P. 2011. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. Revista Ius et Praxis(2): 133-188.

sindicales y la Administración, sobre políticas de personal a desarrollar en la Compañía, pero que no producen un vínculo obligatorio ni se formularon con la intención de crear derechos y obligaciones jurídicamente exigibles entre las partes"⁷⁵.

Sin perjuicio de lo declarado por nuestros tribunales superiores de justicia, creemos en la validez del acuerdo o pacto básico de confianza, aun cuando no sea en su faz contractual, como fuente de obligaciones, sí como generador de expectativas en el actuar de la otra posición o postura. Existen dos entidades relacionadas, no por un vínculo contractual, pero sí por la confianza en la palabra empeñada. "A tal conclusión se llega además con la sola lectura del nombre, en el que se agrega a la palabra Acuerdo las expresiones Básico de Confianza, las que inducen a concluir que se ha puesto por escrito la conformidad de los partícipes en relación con las bases o sustentos de las actitudes que cada uno de ellos asumirá y espera respecto del otro. De ahí la voz confianza, proveniente de confiar, es decir, de

⁷⁵ Causa N° 199/2004. Resolución N° 160.574, de Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de Diciembre de 2004. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGIDA APELACIÓN. [en línea] <<http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/aguilar-starke-lorna-telecomunicaciones-30906907>> [consulta: 1 septiembre de 2013].

esperar con firmeza y seguridad que la contraparte adoptará ciertas actitudes en determinada materia"⁷⁶.

6. Teoría de los actos propios

La denominada Teoría de los Actos Propios, basada en la noción que a nadie le es lícito ir contra sus actos anteriores que expresan su voluntad y definen su posición jurídica en una materia determinada, y que se funda, en definitiva, en el principio más general de la buena fe, tiene plena cabida en el Derecho Laboral.

"Esta argumentación conduce casi invariablemente a reconocer validez a relaciones contractuales convenidas en su mayoría al margen de la legislación laboral y a desconocer el carácter consensual del contrato de trabajo, la presunción de laboralidad del artículo 8 inciso 1° CT., el principio de primacía de la realidad y, en especial, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el carácter imperativo y la especialidad de las normas que regulan las relaciones individuales de trabajo, todo lo cual termina sucumbiendo inexorablemente ante principios generales del

⁷⁶ Causa N° 2592/2008. Resolución N° 17.598, de Corte Suprema de Chile, de 1 de Julio de 2008. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA CASACIÓN FONDO. [en línea] <<http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/sindicato-nacional-interempresas-telefonos-41117358>> [consulta: 3 septiembre de 2013].

Derecho Civil, tales como la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual, que parecieran ser superiores para la Corte Suprema frente a los principios e instituciones del Derecho del Trabajo"⁷⁷.

No concordamos con lo anterior, por cuanto el principio de la buena fe es uno de aquellos insertos en nuestro ordenamiento jurídico, en general, y particularmente tiene reconocimiento en el área laboral, por lo es incorrecto afirmar que otras instituciones del Derecho Laboral son más importantes o tienen mayor preeminencia que la Buena Fe laboral.

6.1 Ausencia de voluntad laboral. Jurisprudencia

Una de las aplicaciones más frecuentes de la teoría de los actos propios en materia laboral, como contravención expresa al principio de la buena fe, es aquella en que un sujeto que presta servicios a honorarios para una empresa, alega tener un contrato de trabajo con ésta, transcurrido un periodo importante de tiempo. Así lo han entendido nuestros tribunales: "Las partes en forma libre, voluntaria y soberanamente pactaron una modalidad de servicios regida por el derecho común, ejecutándose los

⁷⁷ Causa N° 3991/2004. Resolución N° 23.372, de Corte Suprema de Chile, de 27 de Octubre de 2005. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA CASACIÓN FONDO. [en línea] <<http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-255180534>> [consulta: 3 septiembre de 2013].

servicios sin inconvenientes ni reparo alguno de parte de la actora, por más de ocho años y tan sólo al momento de su terminación, la demandante alegó la pretendida existencia de una relación laboral. La conducta de la actora constituye una infracción a la buena fe contractual y a la teoría de los actos propios que consagra el citado artículo 1546. Su pasividad en el tiempo es un indicio de la buena fe con que pretendía cumplir con el contrato a honorarios, el que ahora, desestima y desconoce, atentando contra la doctrina de los actos propios, la seguridad y la certeza jurídica"⁷⁸.

⁷⁸ Causa N° 259/2011. Resolución N° 43.609, de Corte Suprema de Chile, de 30 de Septiembre de 2011. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGIDA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-324419023>

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

1. Concepto

Empieza a recepcionarse en nuestro país una tendencia doctrinaria del Derecho Comparado conocida como la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. Se trata, en síntesis, de una técnica o práctica judicial en virtud de la cual es lícito a los tribunales, en ciertas ocasiones, ignorar o prescindir de la forma externa de la persona jurídica, para con posterioridad, penetrar en su interior a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el velo de la personalidad.

1.1 Jurisprudencia y ley

La Corte de Apelaciones de La Serena ha declarado: "Que uno de los grandes principios que informan el ordenamiento jurídico nacional es el de la buena fe. El principio de la buena fe no sólo se extiende al campo

sustantivo del derecho público y del derecho privado general representado por las normas del Código Civil, sino que también es una máxima esencial dentro del ámbito procesal. Siguiendo a la doctrina nacional, es posible afirmar, partiendo del mandato constitucional contenido en el artículo 1º inciso 4º del Código Político⁷⁹, que el principio de la buena fe ha pasado a ser un principio general del derecho chileno, una máxima jurídica aplicable a la esfera pública y a la privada, al ejercicio de potestades y de derechos subjetivos, al campo sustancial y procesal, reconociendo que... dicho principio tiene natural plenitud de cobertura en todo el ámbito del derecho nacional, con efectos obligatorios y vinculantes"⁸⁰.

La teoría del levantamiento del velo laboral y la buena fe son principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico. En el área del Derecho del Trabajo, la Ley 19.759 de reforma laboral incluyó la agregación de un nuevo inciso final al artículo 3º del Código del Trabajo, que ahora reconoce la posibilidad de que se infraccionen las normas que regulan las entidades a que refiere dicho artículo, es decir, se reconoce que

⁷⁹ La referencia hecha por la citada sentencia al texto constitucional, dice relación con el bien común como principio supremo de nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la Buena Fe es una de sus manifestaciones esenciales.

⁸⁰ Causa N° 10/2006, de Corte de Apelaciones de La Serena, de 29 de Marzo de 2006. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA APELACIÓN. [en línea] <<http://jurischile.blogspot.com/2006/08/principio-de-la-buena-fe-teora-del.html>> [consulta: 5 septiembre de 2013].

la identidad de la empresa puede infraccionarse. ¿Cómo puede violarse una definición dada por la ley? El nuevo inciso del artículo tercero no lo dice, pero parece aludir a la utilización de la denominación empresarial para dificultar la indagación sobre quién es realmente el empleador. Más ampliamente, parece alertar sobre la posibilidad de que la denominación empresarial puede obstaculizar el reconocimiento de derechos legales del trabajo⁸¹.

El artículo 507 del Código del Trabajo establece sanciones a la mala fe del empresario, en la medida en que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, a través de multas que deberá imponer el juez que conozca del asunto.

⁸¹ GAZMURI, C y LÓPEZ, D. 2005. Jurisprudencia judicial en algunos temas laborales [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-92830_recurso_1.pdf> [consulta 24 septiembre 2013]

2. Proyecto de ley "Multirut"

2.1 Iniciativa

El proyecto de ley denominado "Multirut" es una iniciativa que busca terminar con el uso de múltiples razones sociales con la finalidad de eludir las normas laborales y aquellas de carácter previsional.

2.2 Contenido

El Senador de la República don Gonzalo Uriarte declaró: "La Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado está próxima a despachar en particular el proyecto de ley que evite los abusos laborales derivados de la creación de diversos Rut dentro de una misma empresa, dando cumplimiento a una materia que forma parte del programa de Gobierno. Como se recordará, esta práctica implica muchas veces la vulneración de derechos laborales como la negociación colectiva o el pago de gratificaciones, los cuales se encuentran radicados en una empresa y ésta, es identificada por un Rut; es decir es fácil la creación de otro Rut

para burlar estos derechos contratando a los trabajadores bajo una identidad legal y dejando el patrimonio bajo otro Rut"⁸².

De perogrullo resulta recalcar el trasfondo ideológico del proyecto del ley en comento, toda vez que la buena fe en la observancia de las relaciones laborales es lo que denominamos "*ratio bona fides*" del proyecto.

2.2.1 Implicancias y prevenciones formuladas al proyecto

"El debate en la Comisión ha sido complejo y extenso, pero ha quedado de manifiesto que el Gobierno no está dispuesto a tolerar que los trabajadores vean disminuidos sus derechos por esta práctica, proponiendo y logrando la aprobación de algunas normas que contienen requisitos objetivos para determinar cuándo dos o más Rut son una misma empresa; hacia ello avanza el hecho de que debe tratarse de un mismo negocio, tener una propiedad común y una misma dirección laboral sobre todos los trabajadores de los diferentes Rut.

⁸² URIARTE, G. 2013. Multirut ¿Hacia dónde vamos? [en línea] < http://www.senado.cl/multirut-hacia-donde-vamos/prontus_senado/2013-01-03/173540.html > [consulta: 15 agosto 2013]

Sin embargo, el riesgo de arribar a una norma que rigidice en exceso la creación de empresas, está latente; en efecto, la oposición ha logrado aprobar en este mismo proyecto, otra redefinición de empresa, asimilándola derechamente a la dirección de un empleador; con ello, lo que se hace es simplemente sancionar a una persona natural o jurídica por tener dos o más negocios diferentes en los que aparece como empleador"⁸³.

Resulta indispensable esbozar el avance hacia un nuevo concepto de empresa, con la finalidad de hacer extensible la prohibición del multirut y evitar, a la vez, la creación descomunal de nuevas empresas. Así, el Derecho del trabajo ha considerado la empresa como centro de imputación normativa según la dimensión que ésta tenga⁸⁴. Por otra parte, puede ser definida como un régimen jurídico especial para el cambio de titularidad de la misma⁸⁵.

⁸³ *Ibíd*em

⁸⁴ Ejemplo de ello es el art. 203 del Código del Trabajo: "Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimentos a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo...".

⁸⁵ Ejemplo de lo anterior es el inciso 2° del artículo 4° del Código del Trabajo: "Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores".

Sin embargo, el proyecto del multirrut hace coincidir el concepto de empresa con el de persona natural o jurídica que dirige negocios propios, para efectos de imputarle la calidad de empleador.

CAPÍTULO IV

CONVERGENCIA DE LOS PRINCIPIOS LABORALES EN EL DE LA BUENA FE

1. Principio de la realidad

Otro método a través del cual la judicatura ha buscado derribar las barreras de los multirut y de la multiplicidad de razones sociales con finalidades evasivas es el principio de la realidad aplicable a los casos en que un empleador desconoce el vínculo contractual con un trabajador determinado, aludiendo que éste existe respecto de otro. Así, los trabajadores que se desempeñan en las sociedades Empresa Periodística La Tercera S.A, y Empresa Periodística La Cuarta S.A, solicitaron el pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, en orden a que ésta declarara si, a pesar de la división social de empresa Consorcio Periodístico de Chile S.A⁸⁶, aquellos mantenían un vínculo de subordinación y dependencia con el mismo empleador. La Dirección del Trabajo se pronunció en el siguiente sentido: "Del informe de fiscalización se sigue que la división jurídica

⁸⁶ COPESA

señalada no ha modificado ni alterado en ningún sentido la estructura de mando y subordinación efectiva de los trabajadores respectivos, la que se encuentra en los hechos en la misma situación que antes de la división empresarial.

En efecto, tal como señala el informe, y las propias declaraciones de los trabajadores entrevistados por la funcionaria, sus funciones continúan siendo las mismas, bajo las instrucciones de los mismos superiores, que la única diferencia la han percibido en las últimas liquidaciones de sueldo, en las que aparece como empleador la Cuarta S.A., por lo que todos declaran que su empleador es Copesa S.A. Lo anterior, viene corroborado por las declaraciones del Sr. Cristian Astudillo, Jefe del Departamento de Recursos Humanos de la empresa Copesa S.A., quien señala que se trata solamente de la constitución de dos razones sociales, pero que entiende que este cambio no debe afectar en ningún sentido los derechos y obligaciones que actualmente tienen los trabajadores, toda vez que la empresa continuará funcionando con la misma organización, la misma forma, medios y fines”⁸⁷. En el mismo sentido la Dirección del Trabajo ha declarado: "Las modificaciones totales o parciales, relativas al dominio, posesión o mera

⁸⁷Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo. 2005. Ord. N° 2376/65 [en línea] <www.dt.gob.cl/m/1620/articles-85393_recurso_1.doc> [consulta: 20 septiembre 2013]

tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o colectivos del trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores"⁸⁸.

La evasión al cumplimiento de las normas laborales y el quebrantamiento de los derechos de los trabajadores, ha de constituir siempre una violación al principio de la buena fe laboral.

2. Principio de continuidad laboral

En el desequilibrio de las relaciones suscitadas entre empleador y trabajador, pueden surgir conducta de mala fe del primero, aun contando con el consentimiento del segundo.

Una de las conductas descritas es la práctica nefasta de ciertos empleadores que disfrazan la continuidad de la relación laboral a través de finiquitos y contrataciones sucesivas, lo que ha sido repudiado por nuestra jurisprudencia: "Así, de la testimonial y confesional, resulta que los finiquitos solo fueron, en el presente caso, los documentos utilizados para

⁸⁸ Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo. 200. Ord. N° 1607/35 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-62886.html>> [consulta: 20 septiembre 2013]

ocultar, simular y desfigurar la autentica realidad, cual es la existencia de una relación laboral única y continuada... usando los finiquitos para eludir la presunción legal del artículo 159 N° 4 inciso 2° del Código del Trabajo". El mismo fallo agrega: "Conforme al principio de la Primacía de la Realidad, los numerosos contratos suscritos por la trabajadora con el mismo empleador, finiquitados por la misma causal, de vencimiento del plazo, solo pretendieron encubrir una realidad de permanencia laboral para eludir obligaciones consecuentes"⁸⁹.

El empleador actúa de mala fe al incurrir en la simulación de periodo en que el trabajador se encuentra vinculado efectivamente a su organización, en la medida en que existe una conciencia fraudulenta dirigida a rehuir las obligaciones derivadas de la continuidad de la relación laboral. Esa conciencia deliberada impugna la buena fe.

3. Irrenunciabilidad de los derechos laborales

⁸⁹ Causa N° 59/2013, de Corte de Apelaciones de Valdivia, de 12 de Julio de 2013. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA APELACIÓN. [en línea] <<http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/delgado-meneses-craciela-joel-maclovic-456598474>> [consulta: 9 septiembre de 2013].

El inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo dispone: "Los derechos establecidos por las leyes laborales, son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo".

La interpretación correcta del precepto citado es entender que los derechos laborales mantienen el carácter de irrenunciables sólo mientras esté vigente la relación laboral. Sin perjuicio de lo anterior, los mayores conflictos entre trabajador y empleador, aparecen por regla general, una vez terminado el contrato de trabajo. Lo anterior significa que si la relación laboral ha finalizado y el trabajador ha firmado en señal de aceptación, se opone a la buena fe que posteriormente alegue la irrenunciabilidad de sus derechos de carácter laboral.

En ese sentido la Extma. Corte Suprema ha afirmado: "Si el demandante firmó, ratificó y percibió los valores considerados en el finiquito, constituye una evidente vulneración al principio de la buena fe el hecho que posteriormente se retracte de la manera en que lo hizo, realice una declaración a la cual pretende darle el valor de reserva y posteriormente interponga una demanda"⁹⁰.

⁹⁰ Causa N° 3086/2010, de Corte Suprema de Chile, de 28 de Septiembre de 2010. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGE CASACIÓN FONDO. [en línea] <<http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-226090487>> [consulta: 13 septiembre 2013].

4. Buenas prácticas laborales

Una Buena Práctica Laboral es una iniciativa ejemplar que, apunta a generar condiciones laborales que favorezcan el buen clima y el aumento del rendimiento colectivo, se sustenta en valores y principios fundamentales de carácter laboral.

En promoción a la observancia de las buenas prácticas laborales y, como consecuencia directa, de la buena fe en el Derecho del Trabajo, la Dirección del Trabajo lanzó la iniciativa de fomentar la inscripción de las empresas con hasta 199 trabajadores, cuyos objetivos son asistir técnicamente a empleadores, colaborar para elevar el cumplimiento de la normativa laboral y promover el mejoramiento continuo de las relaciones al interior de la empresa. Los beneficios de dicho programa son la eximición de las fiscalizaciones de dicho órgano estatal, salvo denuncia expresa de infracción a la normativa laboral. La razón de dicha eximición no es otra que el cumplimiento de estándares valiosos de cumplimiento del contrato de trabajo de buena fe, por lo cual las inspecciones resultan innecesarias, en ese contexto.

En el área pública, existe un Código de Buenas Prácticas Laborales; instrumento que contiene directrices en materias relativas al acceso al empleo, retribución, promoción, formación, condiciones de trabajo, derechos maternales y parentales, conciliación de las responsabilidades laborales con las obligaciones familiares y la prevención y sanción del acoso sexual y laboral⁹¹.

⁹¹ Servicio Social-Gobierno de Chile. 2013. Código de Buenas Prácticas Laborales [en línea] Chile, Santiago < <http://www.serviciocivil.gob.cl/cbpl/inicio> > [consulta: 4 agosto 2013]

CAPÍTULO V

RELACIÓN ENTRE LA BUENA FE Y LA MEDIACIÓN LABORAL

1. Orden de Servicio N° 1 de la Dirección del Trabajo, "Crea y Ordena Sistema de Solución Alternativo de Conflictos Laborales Colectivos"

La mediación laboral puede ser definida como un proceso de solución alternativa y pacífica de conflictos, suscitados entre los actores laborales en el marco de sus relaciones recíprocas, con la finalidad de arribar a una solución extrajudicial que satisfaga los intereses de los involucrados en dicho proceso.

1.1 Objeto de la mediación laboral

La Orden de Servicio N° 1 de la Dirección del Trabajo de 30 de enero de 2001, persiguió como objetivo general institucionalizar en la Dirección del Trabajo, un sistema de prevención y solución de conflictos laborales colectivos, que contribuya al desarrollo armónico de las

relaciones laborales y a la promoción de una cultura colaborativa entre los actores laborales.

Aun cuando la buena fe no se hubiese consignado positivamente y erigido como uno de los principios formativos de la mediación laboral, es evidente que su gran brazo hubiese alcanzado a dicho fenómeno, toda vez que en la búsqueda de una solución pacífica, los involucrados sopesarán sus intereses, sin perjudicar al otro o sin pretenderlo, al menos, para lo cual deberán ofrecer o aceptar un acuerdo que atienda a las exigencias de las buenas prácticas laborales.

1.2 Principios de la mediación laboral

Uno de los principios que ha de regir la mediación de los conflictos laborales colectivos ante la Dirección del Trabajo, es la buena fe. "La actuación y participación de las partes debe encontrarse determinada por la buena fe, entendida ésta como el compromiso y disposición para con los principios y propósitos del sistema en el marco de la controversia que

activa el proceso. Ello supone el uso no doloso del mecanismo en situación de conflicto"⁹².

Establece la Orden de Servicio en estudio, una concepto de buena fe para efectos de la mediación laboral respecto de conflictos laborales colectivos. Sin embargo, las notas características del citado concepto, responden al contenido intrínseco del principio de buena fe, en términos generales. En tal sentido lo ha declarado la Dirección del Trabajo: "Un principio de la mediación, que también se hace extensible a los buenos oficios, es La Buena Fe.

Se entiende este instituto jurídico inserto en los Principios Generales del Derecho, como un modelo de conducta socialmente honesto y adecuado"⁹³. Y agrega: "La regla de la buena fe tiene la virtud de modelar la autonomía de la voluntad como fuente heterónoma que integra y corrige la voluntad de las partes con relación al efecto vinculante del acuerdo y en la determinación de la prestación debida".

⁹² Orden N° 1 de la Dirección del Trabajo, párrafo II N° 5. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-72212_recurso_1.pdf> [consulta: 15 septiembre 2013].

⁹³ PÉREZ, V. 2004. La mediación laboral en la Dirección del Trabajo Cinco constataciones desde la experiencia. En: SEMINARIO NACIONAL: La naturaleza del conflicto laboral y su impacto en la mediación: 2 y 4 de septiembre de 2004. Santiago, Dirección del Trabajo. p.5

La buena fe es un concepto que pretende salir del discurso para impregnarse en los actores laborales de la mediación colectiva"⁹⁴.

1.3 Rol de la Dirección del Trabajo en la Mediación Laboral

Tradicionalmente la Dirección del Trabajo, a través de sus inspecciones provinciales, ha desempeñado un rol fiscalizador de la vigencia y observancia de la normativa laboral. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Orden N° del respectivo Servicio, la Dirección del Trabajo aparece como una instancia en virtud de la cual, como tercero imparcial, en la búsqueda de la solución más idónea de los conflictos laborales de carácter colectivo.

El concepto de mediador puede ser delineado como "un operador de conflictos, cuya tarea está centrada en descubrir el verdadero problema que las partes deben resolver, luego de lo cual deben poner en juego múltiples recursos para conducir el proceso de mediación y facilitar el contexto apropiado para que los actores recuperen la responsabilidad que les cabe en

⁹⁴ *Ibíd*em

el conflicto y la capacidad de acordar respecto de todos aquellos temas en los que no están de acuerdo"⁹⁵.

En resumidas cuentas, la Dirección del Trabajo debe velar por el correcto desenvolvimiento del proceso de mediación, en orden a proteger una serie de relaciones jurídicas, en atención a razones de carácter moral o de tráfico social, a través de un instrumento de sumo eficaz para empleadores y trabajadores y cuya aplicación va en línea ascendente, tal como lo declara la Dirección del Trabajo: " Según datos de la Dirección del Trabajo (DT), entre 2002 y 2008 se pasó de un total de 270 mediaciones al año a 1.000, lo que representa un aumento de casi cuatro veces"⁹⁶.

Nos resta advertir que en los procesos de mediación privada, los mediadores también están llamados a moderar el acuerdo entre las partes, sujetos a la supremacía del principio de la buena fe laboral. La mediación laboral privada "se trata de una herramienta preventiva y se desarrolla con mediadores laborales en las compañías, ya sean internos o externos a ellas, y tiene como base fundamental la buena fe de las partes. Lo que supone que

⁹⁵ ARROYO, L. 2012. Avances y perspectivas de la mediación laboral en la Dirección del Trabajo [en línea] <www.dt.gob.cl/1601/w3-article-73771.html> [consulta: 21 septiembre 2013].

⁹⁶ FLORES, C y REYES, V. 2012. Aumenta la oferta de mediación laboral al interior de la empresa [en línea] <<http://www.estudiosdeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2010/02/aumenta-la-oferta-de-mediacion-laboral-al-interior-de-las-empresas.doc>> [consulta: 18 septiembre de 2013].

las partes cumplirán lo acordado. Si no es así, ellas tienen la alternativa de recurrir a la Dirección del Trabajo, como lo señala la ley⁹⁷.

⁹⁷ *Ibíd*em

CAPÍTULO VI

BUENA FE EN EL DERECHO EUROPEO

1. Buena fe en los derecho europeo

En el vasto espectro del campo europeo, la buena fe ha sido centro de atención de la doctrina contemporánea, por la transversalidad de su contenido.

De allí que nos preocupe sistematizar los principales aportes y focos de estudio de la doctrina europea en torno al principio de la buena fe.

1.1 Buena fe y lealtad

La doctrina española ha distinguido dos conceptos que hasta ahora habíamos obviado: lealtad y buena fe. Por una parte, la lealtad se ha identificado con el concepto romano que expusiéramos en el principio de este trabajo⁹⁸. En otros términos, la lealtad representa un deber de

⁹⁸ Véase en este trabajo. Acápites 1.1.1, Cap. I

abstinencia ante el perjuicio o daño al otro contratante. Por el contrario, la buena fe, implica una conducta de rectitud de carácter positiva⁹⁹.

En contrario, un autor argentino hace sinónimos los conceptos de lealtad con el de buena fe objetiva y restringe la buena fe al ámbito subjetivo: "La buena fe lealtad es aquella debida entre personas relacionadas jurídicamente, en especial en lo contractual y buena fe creencia o subjetiva a la creencia del sujeto de poseer legítimamente un derecho"¹⁰⁰.

No adherimos a la opinión antes dicha, pues creemos que la aplicación de la buena fe ensancha su contenido en ambas faces de su existencia intrínseca; es decir, en el ámbito objetivo y subjetivo, como una unidad que desemboca en un principio universal y que no puede desmembrarse con el objeto de crear una doctrina nueva. Sí coincidimos con la disciplina europea, principalmente porque dentro de sus postulados, se apuesta por exponer una de las manifestaciones de la buena fe, en general, en términos de decir que la buena fe puede ser concebida en una de

⁹⁹ MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. 2008. La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho (Barranquilla)* (30): 30-74.

¹⁰⁰ (Guillermo Borda). *Diario Judicial*. 2013. La buena fe. Sus relaciones con distintas ramas del derecho y particularmente con el Derecho Laboral <http://www.diariojudicial.com/contenidos/2006/03/10/noticia_0002.html> [consulta 25 septiembre de 2013]

sus acepciones como la ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el derecho, casos en los cuales la conducta de la persona es antijurídica, pero honrada y justa teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba¹⁰¹. La responsabilidad precontractual no ha sido tratada de idéntica forma (en los países en que se le ha dado tratamiento). Ejemplo de lo anterior, es el caso de Alemania, España y Portugal.

1.2 Buena fe in contrahendo

Otro de los aportes europeos a la sistematización de la buena fe en la contratación ha sido la elaboración de la teoría de la culpa *in contrahendo*, sustentada en un principio universal del cual se ha venido hablando, que impone a las partes que negocian un arquetipo de conducta social, de lealtad y de fidelidad¹⁰².

Antes de seguir con la ostentación de la temática en cuestión, nos es imprescindible advertir la que fuera nuestra postura personal en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Aludíamos en el

¹⁰¹ MONSALVE, V. 2008. La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho (Barranquilla)* (30): 30-74

¹⁰² *Ibídem*

acápites relativos a la buena fe en la etapa precontractual, a la consideración de un pacto cuyo contenido es, precisamente, la buena fe, independiente (pero tendiente) del contrato laboral en sí mismo. En este orden de ideas, creemos en la naturaleza contractual de dicha convención, por sobrepasar, además, el deber general de cuidado en las relaciones cotidianas que deben observar los hombres en sociedad.

Formulada la prevención anterior, decimos que la doctrina europea coincide con la nuestra al apreciar la buena fe en todas y cada una de las etapas de la contratación. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo de España: "La celebración del contrato de trabajo sujeta a las partes contratantes al mutuo deber de acomodar su comportamiento, a lo largo de todo el desarrollo de la relación laboral, a las exigencias que conlleva el principio básico de la buena fe"¹⁰³.

Sin embargo, con la expresión *culpa in contrahendo*, un autor español identifica las doctrinas que aluden a la responsabilidad precontractual como de carácter contractual o como un deber genérico de *alterum non laede*, por converger aquella en todo tipo de responsabilidad

¹⁰³ GARCÍA VIÑA, JORDI. 2001. *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*. Madrid. Edit. Consejo Económico y Social. p. 228

inicial, bajo la denominación "buena fe *in contrahendo*"¹⁰⁴, en donde se debe distinguir claramente:

- a) Bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima romana del "Alterum non laedere" y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno.
- b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto sino una activa de colaboración con los demás, encaminadas a promover su interés¹⁰⁵.

2. Derecho a la negociación colectiva de la Unión Europea

La negociación colectiva es un proceso de tratativas que incluye como protagonistas a los trabajadores, organizados generalmente a través de un sindicato, y a una empresa, con la finalidad de acordar condiciones comunes de trabajo, aplicables a todos los trabajadores que sean contratados por la empresa en cuestión, mediante un contrato colectivo de trabajo o acuerdos de general aplicación. Dejando a salvo lo anterior, existe en Derecho Comparado una apuesta por las negociaciones colectivas de

¹⁰⁴ op. Cit. p. 230

¹⁰⁵ op. Cit. p. 39

índole transnacional, que topa con la falta de regulación jurídica. El hito normativo que marca la apertura del denominado derecho al diálogo social y a la negociación colectiva en el marco del Derecho europeo fue el Acuerdo de Política Social (en adelante APS), anexo al Tratado de Maastricht de 1992¹⁰⁶, en virtud del cual el derecho de negociación colectiva transnacional se ha convertido en fuente de derecho comunitario, con vida propia y separada del diálogo social¹⁰⁷. Actualmente, el marco regulatorio —escaso pero existente— de negociaciones colectivas transnacionales está dado por dos instrumentos internacionales:

i. El Convenio N° 87, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado en 1948, expresamente consagra el derecho de las organizaciones sindicales a formular su programa de acción (art. 3,1). La doctrina coincide en afirmar que dentro de esa libertad de acción se encuentra una de las finalidades esenciales de los sindicatos: negociar las condiciones de trabajo y de empleo.

¹⁰⁶ El mencionado tratado marca una nueva etapa en la integración europea ya que permite la puesta en marcha de la integración política. Establece una Unión Europea formada por tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación policial y judicial en materia penal (JAI). El Tratado establece una ciudadanía europea, refuerza las competencias del Parlamento Europeo y pone en marcha la unión económica y monetaria (UEM). Además, la CEE se convierte en la Comunidad Europea (CE). Europa. Síntesis de la legislación de la Unión Europea. 2010. Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_es.htm> [consulta: 18 septiembre 2013]

¹⁰⁷ RICHTER, J. 2007. Apuntes sobre el derecho a la negociación colectiva transnacional en la Unión Europea. Gaceta Laboral (Maracaibo) 13(2): 2-24

ii. El Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en 1949, que obliga a fomentar y estimular la negociación colectiva, toda vez que se le considere como uno de los medios más idóneos para encausar el conflicto capital - trabajo y lograr la paz social. Esta obligación sujeta a los Estados, a las organizaciones sindicales y patronales¹⁰⁸.

Ambos, Convenios Internacionales de la OIT, se sustentan y tienen su conexión mas íntima con la buena fe que homogenizan el principio de la buena fe en las negociaciones colectivas transnacionales dentro de su sustrato básico: "La ratificación de estos dos convenios por todos los Estados de la Unión, permiten sostener que por lo menos hay una base común de principios y normas fundamentales que otorgan sustento jurídico a una negociación colectiva de ámbito europeo. Dentro de los principios generales, la irrenunciabilidad del derecho a la negociación colectiva, el carácter de derecho humano fundamental y la buena fe se expresan con claridad en esta regulación internacional"¹⁰⁹. A mayor abundamiento, la OIT declara que: "todos los Miembros tienen un compromiso, que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer

¹⁰⁸ *Ibíd*em

¹⁰⁹ *Ibíd*em

realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales"¹¹⁰.

3. Deber de colaboración y Derechos de Información y Denuncia.

El "*Whistleblowing*"

Dentro del campus de las obligaciones específicas que impone la buena fe, la doctrina europea ha conjugado una cadena de deberes en aquella que tiene como resultado el "*whistleblowing*"¹¹¹.

3.1 Deber de colaboración

En el marco del Derecho del Trabajo, el empleador o algún miembro de la empresa, puede tomar conocimiento de alguna evidencia de hechos o actos que podrían estimarse potencialmente irregulares, ilícitos o corruptos. Según la doctrina española, el deber de colaboración impone al trabajador el deber de cooperación en la entrega de información en la investigación

¹¹⁰ Declaración OIT. 1198. Principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo sobre el Convenio del derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (nº. 98)

¹¹¹ Entiéndase como denuncias de actos ilícitos en el seno de la institución financiera. Como *whistleblower*; aquel que suena el silbato (blow the whistle) o da la voz de alarma; aquel que es testigo directo de omisiones, actos ilegales o ilícitos de su empleador

que realiza la empresa, por lo que se ha aludido al proceso como "privatización del control de la criminalidad". Además, diferentes normas legales sustentan el derecho del empresario a obtener información laboral, como así también deberes de colaboración o investigación, incluso respecto a daños causados a la empresa por el propio declarante. Esta restricción a la libertad de declarar evita, en definitiva, una desnaturalización de la relación laboral¹¹².

3.2 Deber de información

Los trabajadores tienen el deber de información -de entregarla- en el seno de las investigaciones del empleador o del o los sujetos sindicados para dicha función.

El empleador se encuentra facultado para realizar investigaciones al interior de la empresa, siempre y cuando la investigación que esté destinada a corroborar o descartar la sospecha de un delito, y no que representen medidas preventivas orientadas a proteger su patrimonio o controlar a sus empleados mediante la obtención de información personal.

¹¹² MONTIEL, J. 2013. Sentido y alcance de las investigaciones internas de la empresa. Revista de Derecho (Valparaíso) 40: 26.

Del deber de información que tienen los trabajadores, se discute la suerte de dichos datos una vez finalizada la investigación, caso en el que puede ser utilizada en su contra, sobretodo cuando sopesamos su deber con su derecho a la no autoincriminación¹¹³. Dejamos abierta la interrogante, pero nos inclinamos por la proscripción de la utilización de dicha información para fines distintos de aquellos perseguidos por la investigación dentro de la empresa.

Finalmente, reiteremos que el trabajador debe informar —y para algunos declarar— sobre el conocimiento que tenga acerca de los hechos que se investigan, ante el empleador y los abogados de la empresa, siempre y cuando tengan información fiable¹¹⁴.

3.3 Deber de denuncia

Sin lugar a dudas, el deber de denuncia es el de mayor gravedad, por los bienes jurídicos que involucra su observancia. Es éste eslabón, el del deber de denuncia, el último en la construcción del: *Whistleblowing*, entendido como la fuerza promotora que conlleva el deber de denuncia, el

¹¹³ Del latín: "*Nemo tenetur nemo tenetur se ipsum accusare*".

¹¹⁴ MONTIEL, J. op. cit. p. 32.

de colaboración con la investigación interna y consecuente entrega de información al ente investigador. Los 3 deberes citados se unen en el *Whistleblowing* a través de la buena fe en la divulgación de la información.

En Inglaterra, dispone la Ley Modelo sobre Libertad de Información, creada por la organización no gubernamental Article 19, en su artículo 47 que " nadie podrá ser objeto de sanción legal, administrativa o laboral, independientemente de cualquier incumplimiento de una obligación legal o laboral, por divulgar información sobre un acto ilícito o información que revele grave amenaza para la salud, la seguridad o el medio ambiente, siempre que actúe de buena fe y en la creencia razonable de que la información era sustancialmente verdadera y revelaba evidencias de un acto ilícito o una grave amenaza para la salud, la seguridad o el medio ambiente"¹¹⁵.

¹¹⁵ SÁNCHEZ, F. 2010. La protección de denuncia de hechos de corrupción: La regulación del Whistleblowing en el Derecho Comparado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. p. 15

CAPÍTULO VII

BUENA FE Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT

1. Contextualización

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, fue adoptado el 27 de junio de 1989, en el marco de la Conferencia General de las Naciones Unidas. Nuestro país aprobó el citado instrumento internacional, formando parte integrante de la legislación nacional a partir del 15 de septiembre de 2009.

El Convenio se aplica a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Es el caso de los pueblos originarios de Chile. El convenio señala que se aplica a quienes descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en

la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales¹¹⁶.

El Convenio 169 estrecha sus vínculos con el principio general de la buena fe, desde dos perspectivas, una directa y la otra indirecta:

- i. Desde una arista general, a través del trámite de la consulta que ordena el referido Convenio.
- ii. Desde un ángulo particular; específicamente inserto dentro del área laboral, a través del principio de la no discriminación.

2. Buena fe y Derecho a la consulta

La consulta es una obligación impuesta a todas las autoridades públicas, y a los privados, en tanto tienen el deber de consultar a dichas comunidades en el procedimiento para la adopción de decisiones y medidas que pudieren afectar sus intereses, siendo un trámite que según lo dispone el mismo Convenio, debe ser ejecutado de buena fe, con suficiente

¹¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. 2012. Convenio 169 OIT. Resume el contenido principal del Convenio N° 169 de la OIT, que establece la consulta obligatoria a los pueblos originarios para medidas que les afecten [en línea] <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/convenio-169-oit>> [consulta: 27 septiembre 2013]

antelación al pronunciamiento final y mediante formas apropiadas¹¹⁷. En su artículo 6º, el Convenio establece un lineamiento sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales:

- i. La consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas;
- ii. Los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente;
- iii. Otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad¹¹⁸.

El trámite de la consulta debe ser ejecutado de buena fe, en términos de que sea efectiva y lo será en la medida en que la decisión de los involucrados incida realmente en la del resto.

¹¹⁷ ORTÚZAR, A. 2013. La buena fe y la consulta en el Convenio 169 de la OIT. [en línea] La Tercera en internet. 21 de julio, 2013. <<http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2013/07/895-533895-9-la-buena-fe-y-la-consulta--en-el-convenio-n-169-de-la-oit.shtml>> [consulta: 21 septiembre 2013]

¹¹⁸ OIT. 2013. Convenio No. 169 [en línea] Ginebra, Suiza <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>> [consulta: 21 septiembre 2013]

3. Buena fe y principio de no discriminación laboral

En el seno del Convenio 169, la OIT ha instado por el arraigamiento del principio de no discriminación, manifestado en una serie de planos, lo que excede a nuestro estudio, por lo que centraremos nuestro trabajo en el principio de no discriminación laboral.

La discriminación laboral ha sido definida como: "Todo acto u omisión que establece una diferencia no justificada entre empleados o candidatos a serlo en una organización y no es justificada la diferenciación cuando se aplican criterios no objetivos, por lo que se considera una actuación injusta. Esta injusticia, puede producirse en un proceso de selección, contratación, ascensos, asignación de tareas y puestos de trabajo, extinción de contratos de trabajo, retribución, trato personal, etc"¹¹⁹.

El artículo 20 N° 2 del Convenio 169 establece: " "Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

¹¹⁹ PORRET, M. 2010. La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos [en línea] Barcelona, España. <<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/44668/1/585238.pdf>> [consulta: 21 septiembre 2013]

- a) Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso.
- b) Remuneración igual por trabajo de igual valor.
- c) Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda.
- d) Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores".

Desde esta perspectiva, el puente central de comunicación entre el Convenio 169 y el Derecho del Trabajo es la prohibición de la discriminación¹²⁰. Y, en lo que expusiéramos al inicio de este trabajo, el principio de no discriminación arbitraria en materia laboral, se retroalimenta de la buena fe, en tanto el empleador puede discriminar entre los postulantes a uno o más cargos determinados o entre sus trabajadores, pero para validar su actuación discriminatoria debe actuar de buena fe; es decir, utilizando los criterios que el constituyente y el legislador ponen a su

¹²⁰ UGARTE, J. 2013. El Convenio 169 desde el Derecho del Trabajo. La discriminación laboral [en línea] Santiago, Chile < <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/05/Ugarte.pdf> > [consulta: 22 septiembre 2013]

disposición para la elección de los candidatos idóneos para el trabajo o función y, sin lugar a dudas, en protección de su derecho a administrar libremente su empresa.

CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo hemos dado por sentado muchos de los postulados a que da origen la aplicación del principio de la buena fe en la rama del Derecho del Trabajo. Pero el establecimiento de dichos postulados no ha quedado sin fundamento o respaldo, en la medida en que la connotación del principio objeto de nuestro estudio es riquísimo en consecuencias fácticas dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral.

La tentativa doctrinaria por definir lo que ha de entenderse por buena fe, parece inconveniente si tiene como finalidad limitar los alcances de sus materializaciones¹²¹. Conformada por una vertiente ética y jurídica y dentro de su gran función interpretativa e integradora del Derecho, el artículo 1.546 del Código Civil, recibe íntegra aplicación en el contrato de trabajo y desde allí se trazan un sinnúmero de lineamientos consecuenciales.

En primer término, la buena fe es el sostén de la existencia y exigibilidad de los deberes que surgen para empleador y trabajador en el

¹²¹ Eduardo Couture ha definido el término buena fe, como la calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón

marco de las tratativas preliminares, cuya naturaleza jurídica es el de responsabilidad contractual, como antecedente de obligaciones que no se tienen respecto de la sociedad en general, sino que en torno a una persona determinada, empleador o trabajador, según sea el caso, y que superan con creces las exigencias del "*alterum non laedere*". Por lo demás, el pacto de buena fe como antesala del contrato de trabajo, es uno de índole independiente de éste, pero con contenido propio, cual es el acatamiento del principio de buena fe en los deberes de información y veracidad, y en el deber de no discriminación arbitraria en la obtención del empleo o cargo.

Ahora bien, durante la ejecución del contrato de trabajo, la buena fe informa el cumplimiento de las obligaciones convencionales y legales que vinculan a trabajador y empleador, desde la perspectiva de la base axiomática de derecho común; esto es, el tantas veces citado artículo 1.546. Primero, porque eleva la buena fe como la forma o modo en que deben cumplirse las obligaciones laborales, esto ha de ser entendido como la esencia de la ejecución contractual laboral. Segundo, porque el contenido del contrato de trabajo puede clasificarse de la siguiente manera:

- i. Contenido convencional,
- ii. Contenido legal expansor y limitante del contenido convencional y,

iii. Contenido consuetudinario.

En todos y cada uno de los contenidos del vínculo contractual, la buena fe es la emperatriz de sus ramificaciones.

Luego, en la etapa postcontractual, la buena fe da origen a los deberes de secreto y reserva de la información de que empleador o trabajador hayan tomado conocimiento en el seno de la relación laboral y sirve de ancla al deber de lealtad entre aquellos respecto del pacto de no competencia postcontractual.

En el término de la relación laboral, la buena fe sigue teniendo importantes repercusiones pecuniarias, en la medida en que el trabajador incurra en alguna de las causales de despido señaladas en el artículo 160 del Código del ramo, perdiendo derecho a ser indemnizado y, por otra parte, como agravante de la responsabilidad del empleador en la invocación errónea o con manifiesta falta de fundamento de alguna de las causales de despido. De igual forma, como deudor moroso del pacto de pago parcelado de las indemnizaciones debidas al trabajador, el empleador ve caer el peso de la sanción a su conducta de mala fe, a través de la cláusula de aceleración y del incremento porcentual del saldo insoluto. Advirtamos que el origen de la cláusula de aceleración mencionada es de carácter legal,

pues en este caso, el legislador no la entregó como herramienta de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que la consignó en la ley. De allí que no tenga importancia en qué términos se redactó la cláusula de aceleración, si en forma imperativa o facultativa, en orden a determinar si las cuotas impagas son exigibles automáticamente o es necesario el requerimiento del trabajador, toda vez que el legislador haya previsto que se hará exigible el total de la deuda de forma automática.

Ante la desfavorable posición del trabajador ante el empleador y la empresa, aquel ha debido organizarse en agrupaciones sindicales tendientes a promover la protección y el fortalecimiento del trabajador en la determinación de las condiciones bajo las cuales ha de desempeñar sus funciones. Desde esa perspectiva, la buena fe alcanza a los acuerdos básicos de confianza, cuyo poder vinculante ha sido destruido por la jurisprudencia y al procedo de mediación ante la Dirección del Trabajo en los conflictos colectivos. Respecto de los primeros, insistimos en su validez como generador de expectativas en el actuar del otro y en que existen dos entidades relacionadas, no por un vínculo contractual, pero sí por la confianza en la palabra empeñada, simplificando la buena fe a su faz ética, no menos valiosa que la jurídica.

Creemos en la necesidad de incorporar los aportes europeos a la construcción doctrinaria de lo que queremos llamar una "Teoría de la Buena Fe", para que tal y cual cómo se construyó la Teoría del Acto Jurídico desde los aportes del Derecho Romano hasta los difusos articulados que configuraban su existencia, en torno a la buena fe se edifique la torre que la doctrina le debe. Es así como nos parece conveniente hacer hincapié en las instituciones del derecho transnacional a la negociación colectiva, el *Whistleblowing*, y del olvido de la culpa in contrahendo para dar paso a la buena fe in contrahendo, que es la que ha de presumirse, por lo que la atención erróneamente ha estado fijada en la culpa.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BARROS BOURIE, ENRIQUE: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2010.

BOETSCH GILLET, CRISTIÁN: *La Buena Fe Contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

CONDE MARÍN, EMILIA: *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo, Un Estudio de la Buena Fe como Elemento de Integración del Contrato de Trabajo*. Editorial La Ley, Madrid, 2007.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato*. Editoriales Dykinson, S.L. y Ciudad Argentina, Madrid, 2001.

DEL CANTO, N, HERDENER, K y SALDÍAS, K. *Costumbre Mercantil. Prácticas, Jurisprudencia y Doctrina*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2012.

GARCÍA VIÑA, JORDI: *La Buena Fe en el Contrato de Trabajo*. Editorial Consejo Económico y Social, Madrid, 2001.

LIZAMA, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS: *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1998.

LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE: *Los Contratos. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO: *La Buena Fe en el Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

NADAL SERRI, DANIEL: *El despido en el Código del Trabajo*. Editorial Lexisnexis, Santiago, 2003.

VARGAS CARREÑO, EDMUNDO: *Derecho Internacional Público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen el Siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

REVISTAS

BANFI DEL RÍO, CRISTIAN: *Breve revisión de la responsabilidad por interferencia de contratos del competidor en Chile*. Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, 2012.

GAMONAL, SERGIO: *Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el Derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Santiago, 2012.

IRURETA URIARTE, PEDRO: *Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno*. Revista IUS ET PRAXIS, Santiago, 2011.

MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR: *La Buena Fe como fundamento de los deberes precontractuales: una doctrina europea en construcción*. Revista de Derecho, Barranquilla, 2008.

MONSALVE CABALLERO, V y RODADO BARRETO, D: *La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo*. Revista Vniversitas, Bogotá, 2011.

MONTIEL, JUAN PABLO: *Sentido y alcance de las investigaciones internas de la empresa*. Revista de Derecho, Valparaíso, 2013.

RICHTER, JACQUELINE: *Apuntes sobre el derecho a la negociación colectiva transnacional en la Unión Europea*. Gaceta Laboral, Maracaibo, 2007.

SAAVEDRA GALLEGUILLOS, RODRIGO: *La responsabilidad durante los tratos negociales previos*. Revista LEX ET VERITAS, Santiago, 2004.

TOMÁS MARTÍNEZ, GEMA: *Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) in the European Juridical Harmonization*. Revista de Derecho, Coquimbo, 2010.

CONGRESOS Y SEMINARIOS

ADAME GODDARD, JORGE: *El principio de la buena fe en el Derecho Romano y los contratos internacionales y su posible aplicación a los contratos de deuda externa*. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, 15, 16 y 17 de septiembre de 2004.

MELLA MENDEZ, LOURDES: *La Responsabilidad Civil por daños en el Contrato de Trabajo*. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago de Compostela, 2008.

OVIEDO ALBÁN, JAVIER: *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. Seminario Internacional, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Colombia, 22 de abril de 2008.

PÉREZ, V: *La mediación laboral en la Dirección del Trabajo Cinco constataciones desde la experiencia*. Seminario Nacional, La naturaleza del conflicto laboral y su impacto en la mediación. Santiago, 2 y 4 de septiembre de 2004.

SENTENCIAS

Causa N° 1481/2002. Resolución N° 10.979, de Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), de 23 de Julio de 2002. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGIDA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-254734470>

Extma. Corte Suprema. 27 de mayo de 2004. Causa N° 2804-2003. Carátula: Ingesur Limitada-Navarro Mansilla

Causa N° 199/2004. Resolución N° 160.574, de Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de Diciembre de 2004. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGIDA APELACIÓN. Disponible en: <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/aguilar-starke-lorna-telecomunicaciones-30906907>

Causa N° 3991/2004. Resolución N° 23.372, de Corte Suprema de Chile, de 27 de Octubre de 2005. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-255180534>

Extma. Corte Suprema. 30 de noviembre del 2005. Causa N° 4125-2005. Carátula: Frías Gómez, Peter Eladio contra Empresa Méndez y Cartagena Ltda.

Causa N° 10/2006, de Corte de Apelaciones de La Serena, de 29 de Marzo de 2006. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA APELACIÓN. Disponible en: <http://jurischile.blogspot.com/2006/08/principio-de-la-buena-fe-teora-del.html>

Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral) de 23 de octubre de 2007. En: Bonila Marcas [en línea] < <http://www.bonila.com/Ultimas-Noticias/Noticias-Marzo-2008/excepcion-a-la-obligacion-de-lealtad-del-trabajador.html> > [consulta: 13 agosto 2013]

Causa N° 2592/2008. Resolución N° 17.598, de Corte Suprema de Chile, de 1 de Julio de 2008. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/sindicato-nacional-interempresas-telefonos-41117358>

Causa N° 3210/2008. Resolución N° 19.226, de Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), de 15 de Julio de 2008. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZADA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://vlex.com/vid/41118518>

Causa N° 1372/2009. Resolución N° 15.375, de Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), de 19 de Mayo de 2009. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZADA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://vlex.com/vid/57842047>

Causa N° 3143/2010. Resolución N° 21.938, de Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), de 7 de Julio de 2009. Movimiento: RESOLUCIÓN -

ACOGIDA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/mansilla-jose-ruperto-pineda-cia-ltda-60054131>

Causa N° 3715/2010. Resolución N° 31799, de Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), de 31 de Agosto de 2010. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGIDA CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-226091083>

Causa N° 3086/2010, de Corte Suprema de Chile, de 28 de Septiembre de 2010. Movimiento: RESOLUCIÓN - ACOGE CASACIÓN FONDO. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-226090487>

Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. 1 de diciembre de 2010. Causa N° 1223-2010. Carátula: Thyssenkrupp Aceros y Servicio S S.A. contra Bustos Gonzalez Gabriel

Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. 19 de diciembre del 2011. Causa N° 587-2011. Carátula: Ávila Carrasco María Angélica contra Lan Airlines S.A

Causa N° 102/2012. Resolución N° 21.908, de Corte de Apelaciones Temuco, de 31 de Mayo de 2012. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZADA NULIDAD. Disponible en: <http://vlex.com/vid/380189546>

Extma. Corte Suprema. 29 de diciembre de 2012. Causa N° 1872-2012. Carátula: Jimenez Mira David con Armijo Cerda Antonio

Causa N° 59/2013, de Corte de Apelaciones de Valdivia, de 12 de Julio de 2013. Movimiento: RESOLUCIÓN - RECHAZA APELACIÓN.

Disponible en: <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/delgado-meneses-craciela-joel-maclovic-456598474>

DOCUMENTOS EN LÍNEA

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, LUCÍA: Poder Disciplinario del Empresario y Límites al Principio Contractual de Buena Fe en Periodo de Vacaciones. España, 2003.

ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, J y MADRID MARTÍNEZ: *Proyecto Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Venezuela, 2009.

ARIAS HENAO, PATRICIA: *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual: una mirada a su regulación en Colombia, así como en otros países y la aplicación de la autonomía en negocios de ingeniería*. Colombia, 2011.

ARROYO, L: *Avances y perspectivas de la mediación laboral en la Dirección del Trabajo*. Santiago, 2012.

BORDA, GUILLERMO: *La buena fe. Sus relaciones con distintas ramas del derecho y particularmente con el Derecho Laboral*. Santiago, 2013.

ERMIDA URIARTE, OSCAR: *Ética y Derecho del Trabajo*. Montevideo, 2006.

FLORES, C y REYES, V: *Aumenta la oferta de mediación laboral al interior de la empresa*. Santiago, 2012.

GARMENDIA ARIGÓN, MARIO: *Derecho del Trabajo y Formación*. Montevideo, 2003.

GAZMURI, C, LÓPEZ, D y VERGARA, M: *Jurisprudencia Judicial en algunos temas laborales*. Santiago, 2005.

ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS: *De la Responsabilidad Precontractual con especial énfasis en los Tratos Negociales Previos*, Santiago, 2012.

ORTÚZAR, ÁLVARO: *La buena fe y la consulta en el Convenio 169 de la OIT*, Santiago, 2013.

PALAVICINO, CLAUDIO: *Apuntes sobre la terminación del contrato de trabajo*, Santiago, 2010.

PORRET GELABERT, MIQUEL: *La discriminación laboral y la gestión de la diversidad de los recursos humanos*, Barcelona, 2010.

ROSSI ASOCIADOS: *Cláusulas de no competencia y confidencialidad en el ámbito laboral*, Santiago, 2008.

SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO: *La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta*. Salamanca, 2004.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS: *El Convenio 169 desde el Derecho del Trabajo. La discriminación laboral*, Santiago, 2013.

URIARTE, GONZALO: *Multirut ¿Hacia dónde vamos?*, Santiago, 2013.

TESIS

MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR: *La ruptura injustificada de los tratos preliminares*. Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2008.

PARKER J., J y UZAL C., J: . *Confidencialidad de la información reservada en la relación laboral*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2007.

SÁNCHEZ, F: *La protección de denuncia de hechos de corrupción: La regulación del Whistleblowing en el Derecho Comparado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2010.

VEGA ÁLVAREZ, TOMÁS: *Responsabilidad precontractual en el perfeccionamiento de los contratos reales y solemnes*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Valdivia, 2009.