



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Una lectura de la precontractualidad laboral en Chile

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Emiliana Hidalgo Tirado

Profesores guía: Roberto Cerón Reyes y Lucía Planet Sepúlveda.

Marzo 2022

Introducción	3
Capítulo I. Revisión normativa y jurisprudencial relacionada con la precontractualidad laboral en Chile	6
I.I. Aproximaciones a la precontractualidad laboral desde el derecho civil ..	6
I.II. Normativa del Código del Trabajo y otros cuerpos legales relativa a la precontractualidad laboral	9
I.III. Libertad de trabajo y no discriminación	18
I.IV. Buena fe en el derecho del trabajo y su relación con la precontractualidad	21
I.V. Jurisprudencia administrativa y judicial relacionada con la precontractualidad laboral	22
Capítulo II. Una lectura crítica al estado de la regulación chilena de la precontractualidad laboral	34
Conclusiones	46
Bibliografía	48

Introducción

En términos del derecho laboral, la precontractualidad puede ser entendida como el conjunto de actos previos a la concreción del contrato de trabajo, con el fin de negociar, delimitar temas de discusión, etc. (Irureta, 2008, p. 50)

En el sistema jurídico chileno encontramos legislación que aborda la etapa precontractual del contrato de trabajo, por ejemplo, la prohibición de solicitar pruebas de embarazo (art. 194 del Código del Trabajo), la prohibición de exigir exámenes de VIH/SIDA (ley N° 19.779), o el artículo 2 inciso sexto del Código de Trabajo, que versa sobre la discriminación laboral en este ámbito. Estas normas buscan erradicar prácticas discriminatorias, dadas comúnmente en el mundo empresarial como consecuencia de situaciones culturales.

En este sentido, la Dirección del Trabajo ha reconocido que en la etapa precontractual se pueden dar situaciones de discriminación laboral, como se indica:

“En la etapa pre-ocupacional, que es la posterior a la oferta de empleo y previa a la celebración del contrato de trabajo, se plantea la situación de los requisitos y el acceso al empleo, fuente de diversos problemas referidos a discriminación. En esta etapa, se puede producir una de las formas más intensas y debatidas de discriminación, a través de los denominados test pre-ocupacionales como, por ejemplo, el test de embarazo que se les exige a algunas mujeres para acceder a un empleo.”(Castro, 2001, p.p. 8-9)

Sin embargo, al no existir una relación de subordinación y dependencia entre el postulante y el futuro empleador, no es del todo claro como la normativa laboral regula el ámbito precontractual, dado que no se cumplen los presupuestos básicos de un contrato de trabajo. Frente a este escenario, podemos encontrar jurisprudencia que reconoce la aplicación de principios del derecho laboral incluso en el ámbito precontractual, por un lado, y por el otro, jurisprudencia que descarta

cualquier tipo de competencia en la materia, además, tampoco existe un tratamiento uniforme por parte de la doctrina respecto de esta temática.

A diferencia del derecho del trabajo, en el derecho civil resulta ampliamente aceptada la protección del ámbito precontractual, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, así la profesora San Martín, comentando la sentencia de la Corte Suprema rol N° 1872/2010, del 2011 indica:

La sentencia comentada constituye una referencia obligada en responsabilidad precontractual, pues establece las directrices del máximo tribunal en la materia. En efecto, en ella se encuentran decantadas las discusiones doctrinarias más importantes en torno al argumento.

En tal sentido: a) señala que el fundamento de la responsabilidad precontractual es la buena fe; b) reitera que se trata de responsabilidad extracontractual; c) establece los requisitos de procedencia de la responsabilidad precontractual la cual, además de los requisitos propios de la responsabilidad civil, exige i) el quebrantamiento de la confianza razonable creada en la contraparte y ii) la falta de justificación en el retiro de las negociaciones; d) limita la cuantía del resarcimiento al interés negativo, pero incluye aquí el lucro cesante que sea consecuencia de la negociación frustrada. (San Martín, 2013, p.323).

En el área laboral, se protegen ciertos aspectos del ámbito precontractual, los cuales se enfocan en erradicar prácticas discriminatorias de etapas precontractuales. Estas disposiciones se encuentran en plena armonía con el principio de la buena fe (en términos similares a la protección civil), la libertad de trabajo (que establece límites a las potestades empresariales), y con el velo protector del derecho laboral.

No obstante, ninguna de las reglas de competencia del Código del Trabajo (arts. 420, 421, 485, 466) menciona expresamente que se contemplan excepciones

para situaciones fuera de las relaciones laborales (es decir, del ámbito precontractual), excepto el artículo 485 que las excluye. Considerando que las normas de competencia son de derecho estricto, surge la siguiente interrogante ¿la justicia laboral chilena es competente para conocer de estos asuntos?.

A la luz de la normativa y los principios recientemente mencionados aparece el cuestionamiento ¿Cómo debemos interpretar la legislación expresa respecto la discriminación dentro del ámbito precontractual? ¿Podemos interpretarla de tal manera que se entienda dentro de la competencia de los tribunales laborales?.

El objetivo general de la presente investigación corresponde a un análisis del ámbito precontractual, enfocado en situaciones de discriminación, del contrato de trabajo a la luz de la actual normativa laboral chilena.

La metodología por seguir será del tipo dogmática- jurídica, en este sentido, el profesor Tantalean caracteriza como aquella "... llamada también investigación formal-jurídica, formalista-jurídica, conceptual-jurídica, teórica-jurídica, o simplemente dogmática. Aquí se estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico- por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo." (Tantalean Odar, 2016, p.10)

Siguiendo la caracterización del profesor Tantalean, se trabajará con las fuentes formales del derecho: ley, jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho y resoluciones administrativas.

Primero se realizará una selección y recopilación de las fuentes atinentes al estudio particular (etapa precontractual del contrato de trabajo), posteriormente, un análisis comparativo entre éstas, para formar una vista panorámica de sus relaciones con el derecho laboral y finalmente se formulará una crítica de lo estudiado previamente.

Capítulo I. Revisión normativa y jurisprudencial relacionada con la precontractualidad laboral en Chile.

I.I. Aproximaciones a la precontractualidad laboral desde el derecho civil.

La precontractualidad es un tema poco explorado por la doctrina laboral y con baja densidad normativa en el Código del Trabajo (Irureta, 2008, p. 48). Dada esta situación resulta necesario indagar sobre los estadios previos al contrato en el ámbito civil para poder sustentar una teoría robusta respecto de los conceptos y del marco teórico que se requieren en la investigación.

En términos generales, no solo para el presente estudio, resulta necesario recurrir al derecho civil en materias en la cual el derecho laboral ha sido insuficiente para dar respuesta a las necesidades de los y las trabajadoras, como por ejemplo la teoría de responsabilidad (Fuenzalida, 2013, p.96).

Además de su pertinencia por la similitud de ciertas instituciones, el área civil tiene carácter supletorio para el derecho laboral (Irureta, 2008, p. 48) no solo en términos sustantivos, sino que también en términos procesales como se consagra expresamente en el artículo 432 del Código del Trabajo, o en otras disposiciones como por ejemplo a propósito de la carga de la prueba (Fernández, 2020, p. 284).

En síntesis, el derecho civil es un buen punto de partida para poder entender la etapa precontractual en términos laborales, no solo por su aplicación supletoria, sino que, además, por su trayectoria en el área precontractual.

Hugo Rosende¹ define las tratativas preliminares como: “(...) período en que las partes desarrollan una multiplicidad de conductas tendientes a conocer sus

¹El libro “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual” de Hugo Rosende es un clásico en materia de responsabilidad precontractual, que según el profesor Fueyo es un ineludible en estas materias, en sus palabras: “(...) el libro que he tenido el honor de prologar, está destinado al progreso efectivo de la materia de la responsabilidad precontractual, tanto en nuestro medio como en otros lugares. Su impacto positivo

puntos de vista respecto de un negocio que se proyecta, sin que por ello entiendan quedar obligadas.”(Rosende, 1979)En este sentido, importa resaltar la última parte “sin que por ello entiendan quedar obligadas”, ya que si bien en esta etapa aún no existe un vínculo contractual entre las partes, de estas relaciones negociales puede surgir responsabilidad (Picasso, 2014).

Dado que aún no existe un vínculo contractual en la etapa negocial, la responsabilidad derivada de daños causados en esta, se caracteriza por ser extracontractual, y además, se fundamenta en el quebrantamiento de la confianza razonable creada por la contraparte y la falta de justificación en el retiro de las negociaciones (San Martín, 2013, p.p. 317-324).

Si bien las partes son libres para terminar o no las negociaciones y no se puede obligar a los particulares a contratar (principio de libertad negocial), el límite de cualquier acto en la vida jurídica es la buena fe, es decir, los particulares no tienen una libertad absoluta e irrestricta para llevar sus negociaciones.

Como indica el profesor De la Maza, el hecho de que los particulares no estén obligados a concretar sus negociaciones, no implica que cualquier conducta sea socialmente aceptada. Si se determina que las negociaciones son importantes para un sano proceso contractual, entonces se deben proteger estos espacios y no permitir que algunos actos las destruyan; es ahí donde la buena fe entra en juego (De la Maza, 2006, p.136).

En síntesis, la justificación de que un particular tenga que resarcir a otro sin un vínculo contractual previo (responsabilidad extracontractual) radica en el principio de buena fe, que infunde toda la vida jurídica.

Si bien este principio no ha sido definido por la legislación, y tampoco lo ha hecho la doctrina con exactitud², una buena aproximación puede ser la que da el

seguramente será el que producen muy pocos libros a lo largo de muchos decenios. A mi juicio llegará a ser un clásico entre las monografías iberoamericanas” (Fueyo, a través de Rosende, 1979, p 12.)

²“(…)la conceptualización de la buena fe no puede establecerse en una definición, sino que estará dada por su asimilación con los valores que encarna y se identifican con ella. Así, debemos entonces quedar satisfechos con intentar dar luces acerca del contenido axiomático del principio, lo que nos permitirá determinar cuándo nos encontramos en presencia de buena o mala fe. Por lo demás, intentar una definición que abarque de manera

profesor Boetsch que lo relaciona con el concepto de “honradez” y “rectitud”.(Boetsch, 2011, p. 51)

La civilística realiza una clasificación de dos tipos de buena fe, que resulta útil para este estudio, ya que la doctrina laboralista también la adopta para explicar las tratativas previas del contrato de trabajo³.

Alejandro Guzmán identifica dos clases de buena fe (Guzmán, 2011, p.p. 11-23): En primer lugar, la buena fe objetiva, consagrada expresamente en el artículo 1546 del Código Civil, que se relaciona con un **actuar** bajo los parámetros de honradez y rectitud. En segundo lugar, define la buena fe subjetiva relacionada con el concepto de buena fe en materia posesoria (del artículo 706 del Código Civil), asociada con un estado mental, una **creencia** de estar actuando correctamente.

Manteniendo esta distinción, casi todo el desarrollo que se verá respecto de las tratativas precontractuales en materia laboral, ocupará el concepto buena fe objetiva para construir los planteamientos. El comportamiento que mantienen los negociantes, es decir, cuáles fueron las señales que le dieron a la contraparte, las diligencias que se hicieron, qué tan avanzadas se llevaron las negociaciones, serán indicios que se tomarán en cuenta para evaluar la responsabilidad.

En el mismo sentido, la Corte Suprema desde finales del siglo pasado reconoce la buena fe como fundamento de la responsabilidad, en un sentido muy similar a la jurisprudencia actual: “El retiro durante las tratativas contractuales es un derecho para las partes; pero ello no excluye la responsabilidad por los daños que se generen por aquel que se desiste sin causa o arbitrariamente. La buena fe es el fundamento de esa responsabilidad precontractual, pues las partes han de comportarse, durante las negociaciones, de modo honesto, veraz y leal con arreglo a la necesaria colaboración que exige una sana negociación” (Domínguez, 1996).

completa a la buena fe, haría perder a ella una de sus principales características, cual es su adaptabilidad a un sinnúmero de situaciones que se presentan en la vida jurídica” Boetsch, C. (2011). La buena fe contractual. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 50

³ Ver *infra* p 21.

En suma, gran parte de la doctrina (López Santa María⁴, Corral⁵, Rosende⁶, Ramos Pazo⁷ y otros) reconoce la buena fe objetiva como fundamento para poder reconocer el resarcimiento de daños en la etapa precontractual.⁸

I.II. Normativa del Código del Trabajo y otros cuerpos legales relativa a la precontractualidad laboral

Como se mencionó en la introducción, la etapa precontractual consiste en el conjunto de actos realizados previamente a la concreción del contrato de trabajo o relación laboral⁹. De este modo resulta pertinente analizar el inicio de esta para poder delimitar bien el foco de estudio¹⁰.

Para que exista un contrato de trabajo, basta el acuerdo de voluntades (artículo 7 CT), sin necesidad de escrituración (artículo 9 CT) o formalidades adicionales. Como indica Ghera a través de Gamonal (Contreras, S.G., & Moggia, 2012, p. 70) esta decisión legislativa pretende proteger a los trabajadores, y a su vez, evitar que los empleadores puedan zafar de sus obligaciones con la excusa de la no escrituración de contrato.

Como se mostrará más adelante, uno de los mayores problemas jurisprudenciales detectados, es la determinación de la existencia de la relación

⁴ López, J. & Eloriaga, F. 2017. *Los Contratos Parte General*. 6°ed. Santiago, Editorial Thomson Reuters p 295 y siguientes

⁵ . Corral, H. (2006). La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado III, pp. 187 – 226. P 190 y siguientes

⁶ Rosende, H. (1979). Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Precontractual. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso. p.p. 69 y siguientes

⁷ Ramos Pazo, René. (2006). *De la Responsabilidad Extracontractual*. 2°ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p 10.

⁸ “[Buena fe] Esta sugerencia de fundamento es la más reproducida, y ya ha sido referida en esta obra” (Barrientos, 2014, p. 6).

⁹ En Chile, relación laboral y contrato de trabajo son sinónimos, dado el carácter consensual de éste último, a mayor abundamiento véase, Contreras, S. G., & Moggia, C. G. (2012). *Manual del contrato de trabajo*. Tercera edición. Abeledo Perrot.

¹⁰ Como se verá en el apartado de jurisprudencia (ver *infra* p. 24-36) la distinción entre etapa precontractual y relación laboral, muchas veces puede ser tenue.

laboral, ¿dónde empieza ésta y dónde termina la etapa negocial?. Dado que la escrituración no es el factor determinante, y más bien existe un principio de primacía de la realidad¹¹, es decir, que se privilegia por las conductas realmente efectuadas, por sobre lo que se acordó en el contrato inicial (Lanata, 2010, p.107), muchas veces hay un área gris entre el fin del periodo de admisión (período precontractual) y el inicio de la relación laboral.

Siguiendo esta línea, tanto el Código del Trabajo, como la doctrina laboral, ha entendido que las relaciones laborales comienzan con el acuerdo de voluntades, sin necesidad de formalidades para entenderlo vigente y de la cual emanan todas sus obligaciones. Por tanto, todas las actividades previas al comienzo de la relación laboral, se entenderán parte de la etapa precontractual del contrato de trabajo.

Respecto de la regulación de la etapa precontractual, no existe un apartado especial en el Código del Trabajo, más bien encontramos algunos artículos que se refieren a eso a propósito de otras cuestiones. En primer lugar, tenemos el artículo **2 inciso sexto** que se refiere a la prohibición de discriminación, por las causales del inciso cuarto¹², en las ofertas de trabajo.

El primer antecedente de esta norma se remonta al Código del Trabajo de 1987, la disposición se encontraba en el inciso segundo del artículo 2: “Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión

¹¹ Al indicar Lanata: “Sin duda que en Chile se ha desarrollado la tendencia de privilegiar la relación de trabajo por sobre lo acordado por las partes. Clara manifestación de esta realidad es la norma contenida en el artículo 8° inciso 1°, según la cual “*Toda prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.*” Un rol importante ha jugado en esta materia la aplicación del principio de la primacía de la realidad, que implica precisamente que en caso de desacuerdo entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe estarse preferentemente a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” Lanata , G. (2010). Contrato individual de trabajo (4a. ed. revisada y actualizada). Abeledo Perrot.P. 107

¹² El inciso sexto prohíbe la discriminación en los términos estipulados en el inciso cuarto, es decir, prohíbe las discriminaciones en términos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal.

política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.”¹³.

Fue presentado por la Junta Militar, como parte del artículo segundo inciso segundo y despachada como ley sin ninguna alteración¹⁴. Aunque en la historia fidedigna de la ley no se exprese una justificación para su incorporación (por ser aceptada de plano por la comisión revisora), a la fecha en la legislación chilena ya se encontraba ratificado un Tratado de la Organización Internacional del Trabajo, que tiene disposiciones similares a las incorporada posteriormente en el Código del Trabajo de 1987.

Se trata del Convenio N°111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958, ratificado por Chile el año 1971. Este tratado se visualiza como el primer instrumento normativo que hace referencia a la etapa precontractual, respecto de la discriminación en el acceso al empleo.

El artículo 1 indica:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de

¹³ Artículo 2°, inciso 2°. Ley 18.620. (1987). Norma derogada.

¹⁴Historia de la Ley N° 18.620 Código del Trabajo. Informe de la Comisión Conjunta. Fecha 27 de abril, 1987. P. 596, en este caso el artículo propuesto por la Junta Militar, fue aprobado sin ninguna modificación.

empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

Como se desprende de la lectura del artículo (aún vigente), existen similitudes entre la redacción de este con el inciso segundo artículo 2 del Código del Trabajo de 1987, así como la última versión del artículo 2 inciso sexto, el cual fue incorporado por el artículo 1° N° 1, letra b) de la Ley N° 20.005, de 18 de marzo de 2005. Lo que perfilaría la interpretación que se debe dar al artículo 2, en el sentido de que preocupa al derecho laboral los actos realizados previos al contrato de trabajo.

Esta última modificación (2005), al igual que las anteriores, pretendía entre otras cosas, describir y proscribir las situaciones de discriminación, cautelando la libertad de trabajo¹⁵, tanto dentro de una relación laboral como en estadio anteriores, cuestión relacionada íntimamente con la garantía constitucional del artículo 19 N° 16¹⁶. Dado que si bien existe la libertad para organizar una empresa (y por ende los requerimientos de los trabajadores) conforme a los criterios que se estime pertinente, los límites de esto se relacionan con la prohibición de la discriminación arbitraria.

¹⁵ 1.7. Informe de Comisión de Constitución [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5620/>]

¹⁶ 16°.- La libertad de trabajo y su protección

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

En síntesis, tanto por la historia de la legislación nacional, como por la legislación internacional (que pudimos asociar por su similitud), se puede decir que el inciso sexto del artículo 2, tiene por finalidad proteger situaciones anteriores a las relaciones laborales.

En segundo lugar, se estudia el **inciso séptimo del artículo 2** que prohíbe la discriminación de postulantes a cargos por su situación financiera, salvo ciertos cargos como gerencias o similares. Este inciso fue incorporado al Código del Trabajo por la ley N° 19.812 (2002) que trataba la protección de la vida privada, específicamente los datos financieros y bancarios, la idea central era evitar que estos antecedentes pudieran medrar la reinserción laboral de personas desempleadas.

Si bien el proyecto original no lo contemplaba, en la cámara revisora del Senado se agrega la disposición con la opinión favorable de la Dirección del Trabajo, que argumenta que esta esta disposición iría en la misma línea del artículo 2, cautelando la libertad de trabajo y la prohibición de discriminación¹⁷.

Al igual que el inciso anterior del artículo 2, de una lectura literal se puede desprender la relación con el ámbito precontractual del contrato de trabajo, toda vez que el artículo versa sobre la protección de los datos financieros de los postulantes a empleos.

En último lugar, respecto de los artículos del Código del Trabajo que tratan expresamente sobre las tratativas precontractuales, se estudia el artículo 194 inciso 4°, que prohíbe condicionar la contratación de trabajadoras a la existencia de un embarazo.

¹⁷ Historia de la Ley N° 19.812. Segundo Trámite Constitucional: Senado. 2.1. Primer informe de Comisión de Constitución. Senado. Fecha 15 de abril, 2002. Informe de Comisión de Constitución en sesión 9. Legislatura 346. Boletín N° 2735-05. Vista en línea [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5947/>] [última vista 18-06-2021]

Este inciso fue incorporado al Código del Trabajo por la ley N° 19.591 el año 1998, con la intención de evitar situaciones discriminatorias en materia de género¹⁸, en este sentido, podemos ver como es que las discriminaciones arbitrarias afectan la garantía constitucional de la libertad de trabajo, en tanto estas se encuentran prohibidas por el artículo 19 N° 16 de la Constitución.

En suma, se observa que el punto común de las disposiciones que regulan expresamente situaciones precontractuales, lo hacen en torno a libertad de trabajo, específicamente, en su ámbito de prohibición de discriminación.

Respecto aspectos procesales de la investigación es necesario dilucidar si es que los tribunales laborales son competentes para conocer cuestiones de precontractualidad laboral, como lo son las relaciones precontractuales. En primer lugar, se caracteriza a los tribunales laborales (tanto Letras del Trabajo como Cobranza Laboral y Previsional), como tribunales especiales, que en oposición a los tribunales ordinarios, solo pueden ver cuestiones específicas delimitadas por la ley¹⁹.

¹⁸ Historia del Artículo único numeral 1 de la Ley N° 19.591. 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje. Fecha 29 de noviembre, 1995. Mensaje en Sesión 29. Legislatura 331. Boletín N° 17060-13. Vista en línea [<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6780/>] [última vista 18-06-21]

¹⁹ Siguiendo a los autores, Palomo, Cortés y Méndez, (2021) "(...) Esto, en esencia significa que tienen una regulación especial, más allá de las normas de carácter general propias del Código Orgánico de Tribunales, que en lo específico se encuentra recogida en el Código del Trabajo."

A mayor abundamiento, los mismos autores: "Como es conocido, la competencia general para conocer de todos aquellos asuntos de carácter civil, esto es, los no penales, corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, a menos que la ley los atribuya expresamente a otros tribunales."

De ahí que, cuando se crea un nuevo orden jurisdiccional especial, surge la necesidad imprescindible de precisar el ámbito sobre el cual ejercerán su potestad los nuevos tribunales. En cambio, respecto de los tribunales ordinarios, no es necesario determinar con similar precisión los asuntos sometidos a su conocimiento. Es suficiente con indicar que les corresponde el conocimiento de todos los asuntos civiles y de comercio y, con esto, tienen competencia para conocer cualquier clase de pretensión que no esté atribuida de modo expreso a otros tribunales (art. 45 del Código Orgánico de Tribunales). Por esta razón, cuando no existía un orden jurisdiccional laboral o de familia, estos asuntos eran conocidos por los Juzgados de Letras con competencia civil, aun sin una ley especial que los sometiera a su decisión.

Probablemente, por el mismo motivo, los Juzgados de Letras Civiles mantienen competencia para conocer de las causas del trabajo cuyo conocimiento no corresponda a los Juzgados de Letras del Trabajo y de Cobranza Laboral y Previsional (art. 45 N° 2 letra h del Código Orgánicos de Tribunales) refiriéndose específicamente a aquellos lugares que no sean territorio jurisdiccional de los Juzgados de Letras del Trabajo, en cuyo caso concen de estos asuntos los Juzgados de Letras con competencia en lo civil (art. 422 del Código del Trabajo). Surge de este modo el concepto de materia que corresponde a la naturaleza de la pretensión que se hace valer en el proceso y que no solo es un criterio para determinar el tribunal competente, sino que constituye el principal fundamento para la creación de órdenes jurisdiccionales especializados y de procedimientos especiales."

Como se desprende del tenor literal de los artículos relativos a la competencia de los juzgados del trabajo (artículo 420, 421, 485 y 496), ninguno menciona ni implícita ni explícitamente, la posibilidad que una persona en una situación precontractual pueda entablar alguna acción, por ende, en un primer análisis se puede decir que éstos no son competentes.

Existe una tendencia doctrinaria minoritaria que considera que los juzgados del trabajo son competentes para conocer de asuntos precontractuales, por ejemplo, el profesor Irureta, que considera que aquellos son aptos para conocer en general sobre estas cuestiones, ya que se relacionan directamente con la preparación del contrato de trabajo. (Irureta, 2008, p. 64)²⁰.

En el mismo orden de ideas, se encuentran autores como Palomo, Cortés y Delgado, que consideran que, respecto del procedimiento de tutela, los tribunales podrían conocer por discriminaciones descritas en el artículo 2 inciso 7^o²¹, por no excluirse expresamente (como sí se hace con el inciso sexto).

Sin embargo, se vislumbran ciertas incongruencias de las posiciones minoritarias (como la de Palomo, Cortés y Delgado), respecto de la forma de interpretar las normas procesales relativas a la competencia de los tribunales, ya que dada su naturaleza de normas de orden público, deben interpretarse

²⁰ En este sentido: "Los términos utilizados por este precepto [el artículo 420 del Código del Trabajo] deben interpretarse de manera tal que, dentro de la competencia propia de la jurisdicción laboral, cabe cualquier gestión preparatoria que se relaciona directamente con el contrato de trabajo. En este sentido, el pre acuerdo constituye un contrato de trabajo en potencia, razón por la cual el conflicto que eventualmente se suscitase sobre éste caería de lleno dentro del ámbito de los tribunales de trabajo. Pero cabe recalcar, también que la competencia de estos tribunales es aplicable no sólo al pre contrato, sino además a los denominados pactos accesorios o preliminares en cuya virtud las partes han negociado la celebración de un eventual contrato de trabajo." Irureta, P. (2008). Estudios previos al contrato de Trabajo: tratos preliminares y precontrato. En Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (coord.). Estudios Laborales. Santiago: LegalPublishing. p, 64.

²¹ En este sentido: "Por falta de una exclusión explícita y aunque pudiera verse relacionado íntimamente con el inciso 6º, también debieran ser contempladas dentro del ámbito de aplicación material los impedimentos para contratar originados por la existencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial; salvo en los supuestos que ello se aplicase para los casos de contratación de trabajadores que pudieran tener poder para representar al empleador como gerentes, subgerentes, agentes, apoderados y trabajadores que hubieran de ejercer funciones de recaudación, administración o custodia de fondos o valores" Cortez, G. Palomo, D. Delgado, J. (2021). Proceso Laboral. Legal Publishing. Libro en línea [<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2020%2F42879981%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=773a9d1999ae16318a94d9e3519f2d4b&eat=FA9D9372-2A8B-8428-4658-74D429715005&pg=&psl=e&nvgS=false>] [última visita 18-06-2021]

restrictivamente²², y los jueces solo pueden conocer de asuntos en los que la ley les faculta expresamente²³. En este marco, no tendría sentido que pudiesen conocer sobre asuntos en donde nada se dice, o en donde derechamente se excluye su competencia como en el procedimiento de tutela laboral.

Adicionalmente, respecto de la posición de Palomo, Cortés y Delgado, que indica que los tribunales podrían conocer sobre discriminaciones a postulantes a empleo, por asuntos económicos el artículo 485 del Código del Trabajo excluye la competencia sobre el artículo 2 inciso 7°, toda vez que en sus primeras líneas, éste empieza limitando su competencia a “(...)cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales”.

Así mismo, un grueso de doctrina descarta, en general, la aplicación de la tutela para cuestiones precontractuales, por el tenor literal de la norma que no las incluye expresamente. Además, se descarta la posición que incluye el inciso séptimo ya que dada la exclusión expresa del inciso sexto, se debería entender también el séptimo por su íntima relación, en esta posición encontramos Monteiro²⁴, Lanata²⁵ y Palavecino²⁶.

²² Corte Suprema, 25 de septiembre de 1970, RDJ, t. LXVII, sec. 1ª, p 409 a través de Romero Seguel, A. (2009). Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. p, 33.

²³ Romero Seguel, A. (2009). Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. p, 33.

²⁴ “El procedimiento especial de Tutela Laboral del artículo 485 del Código del Trabajo se utiliza solamente para vulneraciones de derechos fundamentales de origen contractual. No sirve para cuestiones pre-contractuales” Monteiro, R. (2020). La potestad jurídica de mando del empleador, la garantía de los derechos fundamentales en el trabajo y la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar. En Palomo, R.(Editor.), *GPS Laboral* (pp. 195-225). Santiago, Tirant Lo Blanch. p. 206.

²⁵ “Según lo dispone el artículo 485 inciso segundo, este procedimiento se aplica para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto, es decir, el derecho a que no se condicione la contratación de un trabajador a la ausencia de obligaciones de carácter económico financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales, ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno”. Lanata, G. (2011). Manual de Proceso Laboral. Santiago: Legal Publishing Chile. 2ª edición. p, 210.

²⁶ “[Respecto de la procedencia de la Tutela] También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo. 2° del Código del Trabajo, con excepción de aquellos precontractuales a que se refiere el inciso sexto de dicho precepto (ofertas de empleo discriminatorias).” Palavecino, C. (2014). El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador en Chile. *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago. vol. 5, n°9, 2014, p. 34.

Además de las normas del Código del Trabajo que se refieren al ámbito precontractual y a las que hablan de la competencia de los juzgados del trabajo, existen leyes administrativas que versan sobre el tema de este trabajo.

En el marco de la investigación, se detectan dos disposiciones relativas al ámbito precontractual y aunque que no pertenecen al Código del Trabajo, siguen la misma línea del artículo 2, en el sentido de que la finalidad de la legislación es evitar la discriminación arbitraria.

En primer lugar, tenemos el artículo 7° de la ley 19.779, que indica que no podrá condicionarse la contratación, permanencia o renovación del empleo a los resultados del examen de VIH/SIDA, y aunque para cierto personal (relacionado con el Ministerio de Defensa Nacional) podrá atender al reglamento interno, no podrá condicionarse su permanencia a esta condición.

En segundo lugar, tenemos el artículo 45 de la ley N° 20.422²⁷, que indica que, en los procesos de selección de órganos de la administración del Estado, se seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad.

En la misma línea que las disposiciones comentadas previamente, esta tiene el objetivo de erradicar prácticas discriminatorias en distintos ámbitos (acceso a la salud, empleo, etc), que afectan la vida e integridad de la persona²⁸.

Nuevamente, se pueden conectar estas disposiciones legales con la garantía de la Libertad de Trabajo en su vertiente protectora del trabajo²⁹, en un sentido

²⁷Se presenta el artículo 45 de la ley N° 20.420, que aunque establece obligaciones para la administración pública resulta pertinente para esta investigación, toda vez que desde la ley N° 21.280 (publicada el 9 de noviembre de 2020) el Fisco puede ser legitimado pasivo en el procedimiento de tutela laboral, en este sentido, cabe hacer el nexo entre la discriminación precontractual y la protección de ésta.

²⁸ Historia de la Ley N° 19.779 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Moción Parlamentaria. Moción de Fanny Pollarolo Villa, María Antonieta Saa Díaz, Ignacio Walker Prieto, Mariana Aylwin Oyarzún, Jaime Naranjo Ortiz y Vicente Agustín Sota Barros. Fecha 30 de abril, 1997. Moción Parlamentaria en Sesión 65. Legislatura 334. Boletín N° 2020-11. [Vista en línea] [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5990>] [última vista 18-06-2021]

²⁹ En este sentido, Martínez, P. (2020). Libertad de Trabajo y Constitución. Su reconocimiento y actualización en el Proceso Constituyente. En Camaño, E. & Varas, K (coords). (2020). *Trabajo y nueva Constitución*. (pp. 58-59). Santiago, Chile: DER Ediciones Limitada.

similar a las del Código, dado que buscan evitar criterios discriminatorios en los procesos de selección de personal.

I.III. Libertad de trabajo y no discriminación

La Libertad de Trabajo es una garantía fundamental consagrada expresamente en la Constitución Política de Chile en su artículo 19 N° 16, inciso primero.

Para la doctrina³⁰ la libertad de trabajo ha tenido un doble cariz, por un lado, las libertades tanto de contratación por parte del empleador como de elección de trabajo por parte de los postulantes a trabajo, y por otro, la protección del trabajo mismo (protección social del trabajo) (Gamonal & Guidi, 2020, p. 141). En este sentido, la profesora Martínez explica que esta garantía es la confluencia de una doble vertiente ideológica: la liberalización de la mano de obra, y al mismo tiempo la protección o limitación de esta libertad (Martínez, 2020, p.p. 58-59).

Esta garantía constitucional se nutre entonces de una tensión permanente entre dos fuerzas opuestas (Palavecino, 2013, p.80), por un lado, el deber del Estado de intervenir en la protección del trabajo, y por otro el deber del Estado de abstención en los asuntos privados. En este sentido, se ve que la normativa presentada anteriormente, es en parte un reflejo de este deber interventor del Estado dentro de las relaciones privadas, ya que si bien el futuro empleador tiene libertad para estipular las condiciones contractuales necesarias para el funcionamiento de su empresa, esta se encuentra al mismo tiempo limitada por la misma libertad de trabajo, en protección del postulante.

Con todo, es necesario aclarar que la protección al empleo, no implica la protección de la estabilidad laboral (Leitao, 2000, p.p. 27-28), o que el Estado deba

³⁰ En este sentido, los profesores Palavecino, Martínez, Gamonal & Guidi.

asegurar el trabajo (Aldunate, 1980, p.214); a propósito de la precontractualidad se debe interpretar la normativa previamente bajo el prisma de que el Estado debe cautelar que no se den situaciones discriminatorias en los procesos de selección, pero no caben acciones demandando un empleo (Leitao, 2000, p.p.37-38).

Si bien la doctrina trata separadamente el principio de discriminación y de libertad de trabajo³¹ para esta investigación resulta necesario un tratamiento conjunto haciendo especial énfasis en sus interacciones, dado que, conforme a las disposiciones del Código del Trabajo, los límites a la libertad de trabajo del empleador vienen dados por el principio de no discriminación (Irureta, 2013, p.392).

En este sentido, se reconoce la libertad de los particulares de la libre elección del trabajo y la libre contratación, lo que se enmarca dentro de lo que es la Libertad de trabajo del inciso primero del art 19 N°16, pero además esta libertad tiene que entenderse en armonía con los demás principios constitucionales, en este caso, el principio de no discriminación³² del mismo artículo, inciso segundo. Como plantea la doctrina constitucional, las garantías no son absolutas y deben ponderarse unas con otras ³³, así la libertad de trabajo debe entenderse en relación con el principio de la no discriminación.

Resulta conveniente recordar que el artículo 6° de la Constitución Política de la República indica: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, es decir, la constitución es una fuente de obligaciones, no solo para los agentes del Estado,

³¹ En este sentido, Gamonal, Sergio. (1998). Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda,

Irureta, Pedro. (2006). Constitución y Orden Público Laboral Un Análisis del art. 16 N° 16 de la Constitución chilena. En Irureta, Pedro (dir). (2006). Colección de Investigaciones Jurídicas N° 9. Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado,

Márquez Molina, D. A., & Henríquez Bugueño, C. M. (2010). La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: El procedimiento de tutela laboral.

³² En palabras del profesor Irureta: “(...) Y por otra, el empresario se encuentra facultado para elegir libremente a un trabajador concreto, que él considere más idóneo para los servicios que requiere la empresa, respetando por cierto los criterios de no discriminación y racionalidad que exigen la norma constitucional y el Código del Trabajo.”

³³ En este sentido véase: Alexy, Robert. (2004). Teoría del discurso y Derechos Constitucionales. Distribuciones Fontamara. P 78.

además para los particulares. Esto es lo que la doctrina ha denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales³⁴.

Adicionalmente, y dado que el empleador debe respetar las garantías constitucionales, se trae a colación el concepto de “ciudadanía en la empresa” relacionado con la idea de que los derechos fundamentales del trabajador se proyectan como un escudo frente a la posición desigual con el empleador.³⁵

Siguiendo con la idea, esta “barrera protectora” de derechos fundamentales, no solo se trata de los derechos propiamente laborales (como el derecho a huelga, remuneraciones, etc), sino también sobre los derechos que se han denominado como derechos inespecíficos, que aunque no nazcan propiamente de la relación laboral, el empleador debe respetarlos, como por ejemplo, el derecho a la vida y a integridad física.

En otras palabras, derechos laborales inespecíficos: “son aquellos derechos respecto de los cuales el trabajador es titular no en cuanto trabajador –como son los típicamente laborales– sino en cuanto ciudadano: se trata pues, de derechos de consagración constitucional que no son estrictamente laborales y que pueden ser ejercidos fuera del ámbito de la empresa (...)” (Melis & Sáez, 2009, p. 216).

Al analizar la doctrina, se desprende que tanto la finalidad de estas teorías como de la legislación laboral y constitucional es ampliar la eficacia de los derechos fundamentales y que es razonable concluir que las personas en procesos de selección al menos son acreedoras de los derechos laborales inespecíficos, como el derecho a la no discriminación, que si bien está consagrado en el artículo 19 N° 16 inciso segundo, también es una garantía que permea toda la Constitución (Irureta, 2013, p. 392), y por ende, todo el actuar de los privados, incluyendo a las empresas en busca de nuevo personal.

³⁴ Caamaño Rojo, E. (2010). La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27(1).

³⁵ Contreras, S. G., & Moggia, C. G. (2012). Manual del contrato de trabajo. Tercera edición. Abeledo Perrot P.196

I.IV. Buena fe en el derecho del trabajo y su relación con la precontractualidad

La doctrina laboral tiene un tratamiento muy similar al de la civil respecto del principio de buena fe, tanto en su caracterización, como en su relación con la protección de las tratativas precontractuales. En esta línea de ideas, la profesora Gajardo Harboe, al igual que Alejandro Guzmán,³⁶ también distingue entre una faceta subjetiva y objetiva del principio, en este sentido, se indica que en la dimensión subjetiva se relaciona con la intención de las partes al contratar, mientras que la dimensión objetiva se relaciona con la conducta visible de las partes, ambas facetas siempre vinculadas con una posición de honestidad y honradez (Gajardo Harboe, 2016, p.16).

Al igual que en la esfera civil³⁷, el profesor Irureta reconoce la aplicación del principio de buena fe en las relaciones precontractuales, indica que estos actos pueden ir desde simples conversaciones, hasta actos más complejos que se desenvuelven en negociaciones, pero que, sin embargo, nunca por sí solos constituyen un plano contractual *per se* (Irureta, 2011, p.p. 152-153).

Al igual que el profesor De la Maza³⁸, el profesor Gamonal reconoce que las partes no se encuentran obligadas a que las negociaciones terminen en un contrato de trabajo, sin embargo, la responsabilidad que surge de éstas viene del incumplimiento de deberes de comportamiento de buena fe, en este sentido:

Durante los tratos preliminares, la buena fe deja en evidencia la ejecución de deberes de comportamiento que se resumen

³⁶ Ver *supra* p. 8.

³⁷ Adicionalmente de la larga lista de autores mencionados en el apartado precedente (ver *supra* pp- 8), hoy en día es un hecho, tanto por jurisprudencia como por doctrina que las tratativas precontractuales son protegidas por el ordenamiento civil.

³⁸ Ver *supra* p 7.

básicamente en tres aspectos: confianza, corrección y cooperación. No es que se pretenda que, en virtud de la buena fe, las partes se entiendan obligadas a consumir un contrato que se encuentra en un mero estadio previo. Simplemente, lo que se pide es sujetar el actuar propio a actitudes de confianza, corrección y cooperación. (Irureta, 2011, p.p. 152-153)

En resumen, se observa un claro paralelismo entre el desarrollo doctrinario del principio de buena fe en el derecho civil y laboral, lo que lleva a inferir que es posible reconocer el deber de las partes de negociar los contratos de trabajo bajo este principio, por ende, se crea un espacio de protección laboral al ámbito precontractual, aun cuando no exista una relación de subordinación y dependencia.

Si se toma en cuenta tanto la historia de la legislación, como el principio de buena fe y la garantía de la libertad de trabajo, se puede vislumbrar una directriz común en todos esos aspectos estudiados: los privados no tienen libertad absoluta para actuar, por ende tampoco lo tienen en términos precontractuales, ya sea porque se proscriben las discriminaciones arbitrarias en todo ámbito, porque los actores de las negociaciones deben actuar de buena fe, o por la vertiente social de la libertad de trabajo. Pero ¿cómo se pueden aplicar estas limitaciones en los casos concretos?, en el próximo apartado veremos que los tribunales son reacios a fallar casos precontractuales, a pesar de toda la justificación que hay para ello.

I.V. Jurisprudencia administrativa y judicial relacionada con la precontractualidad laboral

Ideas generales del apartado de jurisprudencia

De la jurisprudencia administrativa revisada, todas reconocen el ámbito precontractual como un ámbito de protección laboral, tanto en relación con los derechos fundamentales involucrados (libertad de trabajo y no discriminación) como las disposiciones legales expresas del Código del Trabajo (artículo 2).

Respecto de la jurisprudencia judicial, se observa una marcada tendencia por parte de los tribunales laborales a declararse incompetentes para conocer sobre asuntos precontractuales, y el único fallo encontrado que toma en consideración las negociaciones previas, lo hacen en el marco de una causa en la cual existe una relación laboral, e interpretan el contrato de trabajo a la luz de las tratativas preliminares.

En este sentido, el comportamiento mayoritario de los juzgados de letras del trabajo se ve reforzado por la jurisprudencia de la Corte Suprema que reconoce que éstos son incompetentes para conocer de cuestiones extracontractuales, característica propia de las tratativas precontractuales y que se recoge así tanto por los tribunales, como por la doctrina mayoritaria estudiada en los apartados precedentes.

También es indiciario del funcionamiento de los tribunales laborales, el hecho de que en todos los casos de juzgados de letras del trabajo estudiados para esta memoria, los demandantes o bien solicitan el reconocimiento de la relación laboral, o parten del supuesto que existe una, pero en ningún caso se intenta algún tipo de acción, que tenga como argumento principal la prohibición de discriminación del artículo 2 inciso sexto o séptimo, u otra normativa relativa al ámbito precontractual.

Con todo, llama la atención esta desconexión entre la postura protectora de la Dirección del Trabajo respecto de las tratativas precontractuales, y la postura indiferente de los juzgados de letras del trabajo sobre la materia, ¿se protegen íntegramente los derechos de los postulantes solo con una multa al oferente infractor?. Sobre esta interrogante se ahondará en el siguiente capítulo.

Finalmente, las sentencias que acogen una visión amplia de la indemnización de perjuicios son sentencias que no tocan en profundidad el tema precontractual, más bien se limitan a acoger lo dicho por los litigantes o sentencias que no pertenecen a los tribunales laborales. Con todo, se observa una leve tendencia a recurrir a la buena fe para explicar las sentencias relacionados con las tratativas preliminares.

Jurisprudencia administrativa

En el marco de la búsqueda de **jurisprudencia administrativa** relativa a la precontractualidad laboral, se utilizó el motor de búsqueda de la página de la Dirección del Trabajo, entre los meses de abril y julio de 2021, con las palabras claves “precontractualidad” y “oferta de trabajo”. En este sentido, la mayor parte de las resoluciones encontradas tienen relación con la ley de inclusión N° 21.015.

Para introducir el razonamiento de la Dirección del Trabajo en la materia se presentará el ORD N°1617/25, que en buena medida engloba las consideraciones más relevantes que se repiten en otras resoluciones administrativas. En este se consulta si es que en las ofertas laborales resultaría discriminatorio poner como condición excluyente la discapacidad, en relación con la ley N° 21.015, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral.

Dado que la ley en comento indica que su objeto es la “igualdad de oportunidades”, el servicio entiende que las ofertas laborales tienen que enfocarse en la descripción del cargo o perfil requerido por la empresa, ya que cualquier otro requisito, que no se base en la capacidad o idoneidad para la ejecución o desarrollo de las funciones ofrecidas, podría constituir un acto de discriminación arbitraria³⁹.

Siguiendo la misma línea, se indica que conforme al artículo 19 N° 16 (relativo a la libertad de trabajo) las personas tienen derecho a la libre elección del trabajo y a la libre contratación, y que ambos procesos precontractuales deben hacerse en un marco libre de discriminación, idea que se plasma íntegramente en el artículo 2 del Código del Trabajo, haciendo una relación directa entre el precepto constitucional y el legal.

³⁹ La idea de que se considerará un acto de discriminación toda exigencia que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador para un cargo, se reitera a lo largo de los años dentro de la jurisprudencia de Dirección del Trabajo, a modo de ejemplo: el Ordinario N° 3840/194 de 2002, Ordinario N° 3712/39 del año 2012, y la Ordenanza N° 6245/47, del año 2018.

Teniendo en consideración la íntima relación del artículo 2 del código del Trabajo y 19 N° 16 de la Constitución, queda de manifiesto que la prohibición de discriminación, en cualquier etapa del iter contractual, es una situación que importa al derecho laboral, máxime si consagra normativa expresa respecto a la prohibición de discriminación en el ámbito precontractual.

Bajo este mismo argumento el Dictamen N° 698/16 Dirección del Trabajo razona respecto de una consulta sobre la legalidad de una oferta de trabajo en el que solicitan “edad máxima de 35 años”. Indica que este tipo de ofertas constituye un ilícito laboral por contravenir explícitamente el artículo 2, inciso sexto, que este no requiere una intencionalidad por parte del oferente para configurarse, y que debe ser sancionado con las multas administrativas contempladas en el artículo 477⁴⁰ del Código del Trabajo.

Resulta relevante mencionar que este dictamen sanciona la conducta discriminatoria con multa, sin embargo, no se toca el tema de algún tipo de compensación o reparación a los postulantes que pudieron verse afectados por este acto discriminatorio. En este sentido, se apunta la idea de que, al menos en sede administrativa, si bien se reconoce que la discriminación es un acto prohibido, los afectados o afectadas quedan “en tierra de nadie” para recibir alguna compensación.

Jurisprudencia judicial

En el marco de la búsqueda de **jurisprudencia judicial** respecto de la precontractualidad laboral, se utilizaron como motores de búsqueda: la base de datos de jurisprudencia del Poder Judicial, Vlex Chile y Tirant Latam Full, entre los meses de abril y julio de 2021, con las palabras claves de “precontractualidad” y “oferta de trabajo”.

⁴⁰ El presente dictamen data del año 2003, posteriormente el año 2006 se introduce una importante reforma procesal laboral en Chile, por ende, la numeración del dictamen respecto de las multas administrativas no corresponde con la actual.

Actualmente las multas administrativas se encuentran en los artículos 503 y 504 del Código del Trabajo.

Para facilitar el estudio de la compilación de jurisprudencia, se dividirán las sentencias encontradas de manera temática.

1. **Jurisprudencia que descarta la procedencia de acciones laborales por situaciones precontractuales:**

Se observa que las sentencias revisadas se alinean con la doctrina revisada en acápite anteriores respecto del inicio de la relación laboral⁴¹, así como con la doctrina mayoritaria respecto de las cuestiones de competencia⁴², determinando que al tratarse de cuestiones precontractuales el tribunal laboral es incompetente para conocer del asunto⁴³.

T-949-2015 Segundo Juzgado de letras del Trabajo de Santiago.

Los hechos en que se funda la causa constan en que Macarena Donosa deduce denuncia de tutela de derechos fundamentales con ocasión del contrato de trabajo, cobro de prestaciones laborales y daño moral contra GASCO.

⁴¹ En este sentido, la doctrina mayoritaria revisada en los apartados anteriores indica que un punto determinante en el inicio de la relación laboral son los indicios de subordinación y dependencia, comúnmente será la prestación efectiva de servicios para el empleador. Ver *supra* p. 10.

⁴² Ver *supra* p. 16.

⁴³ En un razonamiento similar, el Juzgado de Letras de Copiapó en casusa **RIT O-358-2017**, desestimó una demanda de remuneraciones, por determinar que dado que solo se logró acreditar un periodo precontractual, pero no subordinación y dependencia (considerando noveno), el tribunal no podía conocer del asunto.

En un razonamiento similar, el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, **RIT T-273-2017** el considerando décimo cuarto., el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso **RIT T-310-2015**, considerandos undécimo y duodécimo, 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago **RIT O-1169-2018**, considerando noveno, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama **RIT M-102-2017** considerando tercero y cuarto, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama **RIT O-69-2019**, considerando décimo cuarto y décimo quinto, el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, **RIT O-574-2010**, considerando octavo.

Un buen resumen de las consideraciones de los tribunales que no reconocen competencia en el ámbito precontractual se puede encontrar en el considerando undécimo del 2° Juzgado de letras del Trabajo de Santiago **RIT T-681-2016**: “UNDÉCIMO: Que, en atención a lo anterior, estimando que el conflicto entre las partes se produce todavía durante **la etapa precontractual, durante la formación del consentimiento para celebrar el contrato de trabajo propuesto, etapa respecto de la cual este Tribunal resulta incompetente para pronunciarse**, por así desprenderse del artículo 420 del Código del Trabajo, en relación en este punto a los artículos 2 y 485 del mismo cuerpo legal, por cuanto las partes no llegaron a adquirir propiamente el carácter de empleador y trabajador, sino que se encontraban aún en la etapa de formación del consentimiento que los llevaría a adquirir tales calidades, la que se vio interrumpida por la información entregada por el demandante, el Tribunal desestimaré tanto la denuncia contenida en lo principal del libelo de autos, como la acción subsidiaria, por carecer de competencia para pronunciarse respecto de aquella, así como en lo relativo a las restantes alegaciones de las partes.” [Énfasis agregado]

La actora fue invitada a postular al proceso de selección en la empresa GASCO. Al momento de la entrevista manifestó que tenía fuero maternal, al que todavía le quedaban 6 meses, situación con la cual la empresa no vio inconvenientes.

Aprobando todas las pruebas de selección se le informa que había quedado seleccionada para el cargo, se señaló su jornada de trabajo y sus funciones, y además la exigencia de que conjunto a presentarse a su nuevo puesto, presentara la carta de renuncia a su trabajo anterior en CHILECTRA.

Días previos a iniciar sus labores, la demandante se entera que está nuevamente embarazada, situación que comunica a la persona con la que había conversado previamente durante sus entrevistas de trabajo, y en ese contexto la actora indica que “deja el camino libre” para que la empresa decida si prefiere seguir con ella o no.

El día en que debe presentarse, la actora llega sin la carta de renuncia de su trabajo anterior y la empresa le comunica que agradecen su postulación, pero que no trabajarán con ella.

Respecto de los fundamentos del tribunal, la jueza determina que dado que la actora nunca logra acreditar que se presenta a su nuevo trabajo con la carta de renuncia correspondiente, así como tampoco presta servicios para la empresa, no se genera el vínculo laboral entre las partes, que se caracteriza por el acuerdo de voluntades, que no se concreta por la falta de un requisito, es decir, llegar con la carta de renuncia, y determinadamente la prestación efectiva de servicios (considerando décimo de la sentencia en comento).

La jueza reflexiona que nunca hubo una relación laboral, dado que nunca se configuró un vínculo de subordinación y dependencia por la falta de prestación de servicios efectivos, como tampoco contraprestaciones recíprocas (remuneraciones), solo reconoce una etapa de negociaciones preliminares. En este sentido, al no existir relación laboral, resulta inoficioso pronunciarse sobre todo lo demás, ya que el tribunal se declara incompetente (Considerando undécimo).

T-55-2017, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama

Respecto de los **hechos** de la causa, el actor denuncia vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y además solicita que se condene al pago de las prestaciones adeudas.

El demandante participa de un proceso de selección para trabajar en las dependencias de CODELCO Norte, en dicho proceso pasa los exámenes psicológicos (25 abril de 2017), tres días después (28 abril de 2017) resulta positivo a las pruebas de anfetaminas.

Además, los días 2 y 4 de mayo se le emite un pase de visita con motivo de una reunión en las instalaciones, asistiendo a inducciones que se efectuaron en las dependencias.

El día 5 de mayo de 2017, la gestora de recursos humanos, informa al demandante que no debe asistir a las faenas, puesto que no lo iban a contratar, ya que los resultados de los exámenes pre ocupacionales habrían arrojado positivo para anfetaminas

Respecto de los **fundamentos** del tribunal, la sentenciadora describe que el elemento determinante en un vínculo laboral es la subordinación y dependencia, y que esta puede materializarse de varias formas (por ejemplo, continuidad en los servicios, obligación de asistencia, cumplimiento de un horario, etc), pero que en el caso concreto no se demostró ningún hecho por el que pudiera hacer presumible una relación laboral.

A juicio de la sentenciadora, todas las actividades realizadas se enmarcaban en la fase precontractual, la cual se regula bajo la normativa del derecho común, no del derecho laboral (considerando decimotercero).

O-262-2017 Tercer Juzgado de Letras del Trabajo de Calama.

Respecto de los **hechos**, el demandante pide que se reconozca la relación laboral con CODELCO.

Después de un proceso de selección en donde se postulaba cargo de operador/mantenedor, CODELCO envía una oferta de trabajo al demandante, la que debía ser aceptada en un plazo de 72 horas, carta que el acepta en el plazo estipulado.

Sin embargo, el actor tenía una condena penal por robo de cobre, situación que esconde de sus antecedentes, razón por la cual CODELCO nunca escritura el contrato de trabajo con el demandante, como tampoco lo llama a prestar servicios efectivos.

Respecto de los **fundamentos** del tribunal, si bien existió esta carta de oferta aceptada por el actor, nunca se concretó el contrato de trabajo, en este sentido nunca se llegó a un acuerdo de voluntades (dados los antecedentes del actor), como tampoco se logró probar que el actor haya prestado servicios para la empresa.

En este sentido, la sentencia recalca la importancia de la efectiva prestación de servicios y el acuerdo de voluntades para la creación del contrato de trabajo, circunstancia que no procede en el caso concreto. Adicionalmente esta sentencia reconoce que, al encontrarse aún en una fase precontractual el caso debe analizarse bajo las reglas del derecho común, no del derecho laboral (considerando décimo tercero).

2. **Respecto de la buena fe y la competencia**

Rol N° C-682-2011 1° Juzgado de Letras de los Andes

Se encuentra una sentencia civil que resulta pertinente para la investigación por dos motivos, en primer término, reconoce la aplicación del principio de buena fe como un principio rector en todo el iter contractual, alineándose con la doctrina presentada previamente respecto de la materia⁴⁴. En segundo término, porque, aunque rechaza la demanda, se declara competente para conocer del asunto, a diferencia de las causas tramitadas en tribunales laborales estudiadas previamente.

⁴⁴ Ver *supra* p. 9.

Respecto de los **hechos** se abre una vacante de jefe de comunicaciones en CODELCO a la cual el demandante postula, dicho proceso fue llevado por la consultora Targett DDI, que le indica al demandante que el 5 de abril debía concurrir para someterse a exámenes pre-ocupacionales destinados a la detección de consumo de droga y de salud. Se le envió un correo el 12 de abril indicando que el actor “ya estaba dentro de la empresa”.

Posteriormente, y antes de entrar a trabajar, se detecta consumo de cocaína por exámenes de muestra de pelo, debido a eso nunca se firma un contrato de trabajo, a pesar de las comunicaciones previas, que dieron a entender que la persona ya tenía el puesto de trabajo.

El actor demanda lucro cesante y daño moral.

Respecto de los **fundamentos**, el tribunal razona que el actuar del postulante vulnera el principio de buena fe, toda vez que él era consciente de los requisitos para trabajar en el rubro de la minería, y que por ende, era del todo razonable no quedar en el puesto si es que a la fecha había consumido cocaína.

3. Respecto de la competencia de los tribunales labores y situaciones extracontractuales.

RoI N° 28.865-21, 9 de Julio de 2021, Corte Suprema.

En primera instancia (juzgado de letras del trabajo), se presenta una demanda reconventional que trataba sobre indemnización de perjuicios por responsabilidad **extracontractual**, la cual el tribunal rechaza. Ante la negativa se apela la sentencia, pero la Corte de Apelaciones confirma lo resuelto y por ende se eleva un recurso de queja, el cual es rechazado por la Corte Suprema.

Esta sentencia resulta relevante para la investigación ya que reconoce que las cuestiones extracontractuales no pueden ser vistas en sede laboral, toda vez que al no tratarse de asuntos suscitados entre empleadores y trabajadores no

pertenecen al ámbito laboral, y por ende, tampoco a los tribunales especializados en estas materias. (considerando séptimo).

Este fallo se complementa con la caracterización de la responsabilidad derivada de las tratativas precontractuales, que se define como extracontractual. En este sentido, tanto la doctrina civil (infundida en las directrices de la Corte Suprema)⁴⁵ como la doctrina laboral⁴⁶ se han mostrado contestes en este punto, alineándose con la sentencia revisada.

4. **Respecto del valor de las tratativas contractuales**

RIT O-7189-2018 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

El señor Sanhueza demanda a Corporación Nacional del Cobre, los **hechos** en los que se funda la demanda constan en que en la oferta de trabajo realizada al demandante se describía un cargo para dirigir las actividades de construcción del Proyecto 7ª Etapa Caren (que por la carta Gant debía durar al menos tres años), por la cual ofrecían una serie de condiciones bastante favorables, que llevan al demandante a dejar su trabajo anterior y tomar el nuevo puesto.

Una vez firmado el contrato de trabajo, se plasman las condiciones estipuladas en la oferta (remuneraciones, jornadas, etc) excepto la mención expresa del cargo de dirección del proyecto en específico, por ende, tampoco un plazo determinado conforme a las necesidades de este. Pasados siete meses de trabajo, se despide al señor Sanhueza argumentando necesidades de la empresa.

El **fundamento** de la sentenciadora recae en que quebranta la buena fe el hecho que la demandada haya puesto término al contrato solo siete meses después de su inicio y sin que terminara el proyecto para el que había sido contratado el actor. Adicionalmente, argumenta que la empresa no puede actuar en contra de sus

⁴⁵ En este sentido, ver *supra* p. 4.

⁴⁶ En este sentido el profesor Irureta: "En segundo término, estos tratos preliminares pueden ser generadores de una especial responsabilidad en caso de incumplimiento, como es la llamada *culpa in contrahendo* o *la responsabilidad extracontractual*" en Irureta, P. (2008). Estudios previos al contrato de Trabajo: tratos preliminares y precontrato. En Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (coord.). Estudios Laborales. Santiago: LegalPublishing p.52

propios actos, en tanto se acreditó que durante las negociaciones le prometieron estabilidad laboral. (Considerando séptimo)⁴⁷.

Si bien en la causa se configura una relación laboral, lo relevante para la investigación se relaciona con que la magistrada da valor a las tratativas preliminares aunque no se hayan plasmado en el posterior contrato de trabajo. Además, el reconocimiento de la relación del principio de buena fe con las tratativas preliminares en un sentido similar al tratamiento doctrinario, trabajado en apartados anteriores⁴⁸.

5. **Respecto de un entendimiento amplio de la indemnización de perjuicios**

O-1201-2019 Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco⁴⁹.

Respecto de los **hechos**, el demandante, cargador de la fábrica ROSEN, sufre un accidente del trabajo, en donde pierde un 41% de su movilidad, demanda auto despido y daño moral.

Respecto del **fundamento** del tribunal, aunque el caso no se trate de una situación precontractual, el demandante argumenta que la indemnización por daño moral debe ser entendida ampliamente, y que conforme a la Constitución, la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil, sea precontractual, contractual o extracontractual. Argumento que valida la sentenciadora en el considerando décimo tercero. De todas formas, la sentencia no ahonda en el reconocimiento amplio de la reparación de perjuicios.

6. **Respecto del reconocimiento del inicio de la relación laboral**

⁴⁷ “Que se tuvo por establecido en consecuencia que la demandada ejecutó actos propios, en la oferta y en el desarrollo de la prestación de servicios, que demuestran que el actor tendría estabilidad laboral mientras durara la obra”.

⁴⁸ Ver *supra* p. 21.

⁴⁹ En el mismo sentido la sentencia O-209-2019 del Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arena, concede indemnizaciones por daño moral en donde la demandante razona en torno a la obligación amplia de reparación de perjuicios.

O- 256-2012 Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Respecto de los **hechos**, CANON envía una oferta de trabajo a la señora Díaz (demandante), la cual acepta y envía el documento en señal de aceptación. El día 2 de noviembre de 2011 concurre a las dependencias, se le presenta a la jefatura, sus compañeros de trabajo y el lugar donde desempeñaría su trabajo.

Sin embargo, el mismo día se le envía un correo adjuntando una carta en la cual se señala que se desiste de la oferta de trabajo, firmada por la gerente de recursos humanos.

Respecto a los **fundamentos** de la sentencia, dado que la prueba de CANON fue confusa, se prefieren las declaraciones de la demandante, entendiéndose que sí hubo actos de subordinación y dependencia al obedecer instrucciones de la empresa. En este sentido, la sentenciadora considera que sí hubo una relación laboral, dado que se puede desprender que la demandante obedece instrucciones del empleador generando una relación de subordinación y dependencia (considerando noveno).

Esta sentencia resulta relevante por dos cuestiones, en primer lugar, porque aumenta el conjunto de sentencias que acoge la revisión doctrinaria minoritaria explicada, respecto del inicio de la relación laboral.

En segundo lugar, la sentencia es relevante porque aunque fácticamente se parece mucho a las sentencias anteriores (por ejemplo **T-55-2017, Juzgado de Letras del Trabajo de Calama**), en donde se observan personas en proceso de inducciones, en este caso el tribunal sí se declara competente y resuelve el asunto, la diferencia es que en este caso el tribunal determina que existe una relación laboral. Lo que lleva a concluir que la prestación efectiva el reconocimiento de la relación laboral es un elemento determinante para que los tribunales laborales puedan declararse competentes para conocer de estos asuntos.

Capítulo II. Una lectura crítica al estado de la regulación chilena de la precontractualidad laboral

Del estudio doctrinario y jurisprudencial realizada en el acápite anterior se desprende una dicotomía, por un lado, existe protección por parte de la legislación laboral y la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo de la etapa precontractual, y por ende a los postulantes a empleo, y por otro, están las normas procesales que impedirían a los tribunales laborales conocer sobre estos asuntos.

En este escenario surge la siguiente interrogante ¿se tutelan íntegramente los derechos de las personas en fases precontractuales cuando los tribunales laborales se declaran incompetentes para conocer del asunto? La posición de este trabajo es que no, por cuatro motivos:

1. Porque no es acorde con la finalidad inicial de la ley procesal laboral.

El antecedente legislativo previo a la actual ley de procedimiento laboral se remonta a la ley N° 18.510 del año 1986. Algunas de sus características consistían en: primacía de la escrituración (aunque algunos actos minoritarios fuesen orales), un juez poco proactivo a la hora de decretar diligencias oficiosas (aunque existía holgura probatoria), y una estructura orgánica similar al de los tribunales civiles: un secretario, un juez, y funcionarios de secretaria.⁵⁰

El año 2000 se conforma el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional⁵¹, del cual las propuestas que surgen de este son un insumo esencial para la reforma que dejará la ley N°20.087,⁵² que crea la jurisdicción laboral que tenemos hoy en día.

⁵⁰ Palomo, Cortés y M. 2. Apuntes sobre el proceso laboral contemporáneo

⁵¹ Palomo, Cortés y M. 2. Apuntes sobre el proceso laboral contemporáneo

⁵² Historia de la Ley N° 20.087. 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje. Fecha 22 de septiembre, 2003. Mensaje en sesión 2. Legislatura 350. p.4

Dicho Foro diagnostica los procedimientos laborales, y el principal problema detectado es la falta de equidad y efectiva vigencia del derecho, esto debido a la lentitud del sistema procesal, tanto para tener una sentencia definitiva, como para obtener el cumplimiento de estas una vez resueltas (Foro para la reforma de la Justicia Laboral y Previsional, 2001, p.19).

Con los insumos del foro se presenta el proyecto de la actual ley donde, entre otras cosas, se pretendía dar “efectividad al derecho sustantivo”⁵³. Como se indica en el mensaje presidencial, la legislación laboral depende de un efectivo procedimiento para poder concretarse, y en ese sentido era necesario robustecer los mecanismos de tutela y protección jurisdiccional⁵⁴.

La idea del proyecto de dar accesibilidad a la justicia laboral es sumamente importante dentro de la investigación, ya que apunta específicamente a la hipótesis planteada, referida a que no se puede dar una íntegra tutela a la etapa precontractual, considerada como relevante por el mismo Código del Trabajo y el organismo administrativo del ramo, si es que no existen mecanismos procesales idóneos para conocer del asunto.

Otro ejemplo del intento de la reforma por ampliar el acceso a la justicia se relaciona con la idea de la gratuidad⁵⁵, en este sentido (y relacionado con el diagnóstico del Foro), es que se enmarca la accesibilidad de la justicia laboral para

⁵³ En este sentido la profesora Lanata comenta: “El proyecto buscaba posibilitar a los justiciables un mejor acceso a la justicia, no sólo en cuanto a la cobertura de los tribunales sino también en lo relativo a la forma en que se desarrollaban los actos procesales que conformaban el procedimiento laboral.

Se trataba, pues, de materializar en el ámbito laboral el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone no sólo el acceso a la jurisdicción, sino también que la justicia proporcionada sea eficaz y oportuna.” Lanata, G. (2011). Manual de Proceso Laboral. Santiago: Legal Publishing Chile. 2ª edición. p, 12.

⁵⁴ Historia de la Ley N° 20.087, Fecha 22 de septiembre, 2003. Mensaje en Sesión 2. Legislatura 350.

⁵⁵ En este mismo sentido Palomo, Cortés y M: “Respecto del procedimiento, el Foro Laboral declaraba su “preferencia por la oralidad”; la necesidad de contar con un proceso regido por la inmediación y que fuera concentrado, acelerado, gratuito y que, en la medida de las necesidades, dispusiera de mecanismos que asegurasen el acceso igualitario a la justicia. De este modo, se sentaron las bases para la creación de las Oficinas de Defensa Laboral que, con un carácter profesional y especializado, no solo contribuyesen a la promoción de la justicia gratuita, sino que además esta lo fuera con adecuados estándares de calidad.” Palomo, Cortés y M. 2. Apuntes sobre el proceso laboral contemporáneo

el trabajador,⁵⁶ por eso es que se crean las Oficinas de Defensa Laboral, ligadas a la Corporación de Asistencia Judicial, donde se ofrece asistencia gratuita.

Si se analiza la versión original que se presentó en el informe de la comisión de trabajo y previsión social (Boletín N° 3.367-13), se observa que la tutela laboral no excluía ninguna situación de discriminación del artículo 2⁵⁷. Sin embargo, dentro de su tramitación, la misma comisión por unanimidad de los presentes⁵⁸ acuerda poner la excepción del inciso sexto dentro de las excepciones de competencia⁵⁹.

Las razones fueron principalmente que la legislación fuese clara respecto de que la tutela se utilizara para cuestiones suscitadas dentro de la relación laboral, y que no se utilizara como una vía “rápida” de acción de protección⁶⁰. Si bien la redacción que llegó a la comisión circunscribía la competencia “dentro de la relación laboral”, agregaba que “También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 de este Código”, lo que abría

⁵⁶ Lanata, G. (2011). Manual de Proceso Laboral. Santiago: Legal Publishing Chile. 2ª edición. p. 26. “El acceso a la justicia no debe ser oneroso para el trabajador, por razones obvias que no ameritan mayor explicación.

El mensaje presidencial al referirse al tema, señaló que la gratuidad en el acceso a la justicia, se garantiza al establecer que toda actuación, trámite o diligencia del juicio, realizada por funcionarios del tribunal será gratuita para las partes.”

⁵⁷ “Artículo 502.- El procedimiento contenido en este párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de la normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º inciso primero, 4º inciso primero, 5º en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º inciso primero, 12º inciso primero y 16º en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refiere el inciso anterior resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, no se podrá impetrar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos.”

⁵⁸ La Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores Canessa, Parra, Prokurica y Ruiz De Giorgio

⁵⁹ Segundo informe de Comisión de Trabajo. Senado. Fecha 17 de octubre 2005. Informe de Comisión de Trabajo en Sesión 42. Legislatura 353. Boletín N°3.367-13. Página 392.

⁶⁰ “En tal sentido, se concordó en que el catálogo de derechos fundamentales apuntaba a establecer límites a la potestad reglamentaria del empleador, siendo la sentencia natural en estos casos revertir la medida que dio origen a la denuncia. Asimismo, se precisó que las causas ventiladas por este concepto deben necesariamente provenir de la relación laboral, dejando fuera los aspectos que más bien se relacionan con materias que sin duda son de conocimiento del recurso de protección propiamente tal”. Segundo informe de Comisión de Trabajo. Senado. Fecha 17 de octubre 2005. Informe de Comisión de Trabajo en Sesión 42. Legislatura 353. Boletín N°3.367-13. Página 452 y 453.

la posibilidad de interpretar que en los casos de discriminación del artículo 2 podría entenderse como incluidas las situaciones precontractuales descritas en el inciso sexto, pero únicamente aquellas fundadas en situaciones discriminatorias.

En síntesis, se muestra una brecha no menor entre el espíritu inicial de la ley procesal laboral (que incluía todas las discriminaciones descritas en el artículo 2) y el modelo en que se estructuró respecto de la etapa precontractual del contrato de trabajo (excluyéndolo expresamente del procedimiento de tutela laboral).

A pesar de que la historia de la ley pretende dar accesibilidad a la justicia laboral, finalmente se termina excluyendo la competencia de los juzgados del laborales respecto de asuntos que están protegidos por el mismo Código del Trabajo, como lo son las discriminaciones arbitrarias dentro de la etapa precontractual.

2. Porque no es acorde con el carácter tuitivo de la legislación laboral.

Aunque en el ámbito precontractual no exista una relación de subordinación y dependencia que configure una relación laboral propiamente tal, es necesario hacer presente que es el empleador quien elige al personal de su empresa en razón de sus poderes de dirección⁶¹, facultades que tienen fundamento constitucional (libre iniciativa económica)⁶², y que lo posiciona en una relación desigual de poder frente al postulante al empleo (en una situación muy similar a la del empleado con el empleador) dado que es el empleador es quien tiene la palabra final de la contratación, y no un libre acuerdo de voluntades.

En este sentido, la legislación laboral chilena ha pretendido hacerse cargo de las discriminaciones precontractuales precisamente porque, aunque no hay un vínculo laboral, sigue habiendo una posición desigual entre las partes. Situación que

⁶¹ Contreras, S. G., & Moggia, C. G. (2012). Manual del contrato de trabajo. Tercera edición. Abeledo Perrot. p. 90 y siguientes

⁶² Contreras, S. G., & Moggia, C. G. (2012). Manual del contrato de trabajo. Tercera edición. Abeledo Perrot. p. 90 y siguientes

es completamente coherente con el principio tuitivo del derecho del trabajo que según el profesor Gamonal “(...) se fundamenta en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador. Esta carencia de libertad –por la necesidad de trabajar– es la causa inmediata de la desigualdad de los empleados y explica la protección del derecho del trabajo”⁶³.

Cabe recordar que en opinión de una parte de la doctrina, el contrato de trabajo es un contrato de adhesión⁶⁴, lo que implica que una de las partes, generalmente la más poderosa económicamente, presenta a la otra el contenido prescriptivo del acuerdo, en términos que la otra únicamente pueda aceptarlos o rechazarlos.⁶⁵ Entendiendo el nulo o escaso poder negociador del postulante a empleo, resulta del todo coherente la intervención del derecho laboral en este tipo de situaciones máxime si es que hay garantías constitucionales involucradas, como el derecho a no discriminación.

Como indica el profesor Arion Sayão Romita, a través del profesor Gamonal, en Brasil, la proyección de derechos constitucionales en las relaciones entre privados (eficacia horizontal) se utiliza para interpretar las cláusulas generales de contratos entre particulares y para limitar las asimetrías de poder en los contratos de trabajo (que los caracteriza como contratos de adhesión).⁶⁶

Sin duda no es una idea nueva que el derecho laboral protege situaciones que escapan de la relación laboral en términos estrictos, como indica el profesor Gamonal, “Däubler destaca que el derecho laboral no sólo protege al trabajador, sino que también cumple una “función pacificadora”, a fin de “garantizar la situación social existente”. En este sentido, el derecho laboral se caracteriza sufrir constantes

⁶³ Gamonal Contreras, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458. P 427

⁶⁴ En este sentido, la Corte Suprema, desde antaño reconoce este carácter, rol N° 6053 de 30.01.1995: “el hecho de que en el contrato de trabajo, que es de adhesión, se haya puesto una cláusula que da especial gravedad a los atrasos, considerando graves a los que no tendrían naturalmente ese carácter, no puede dar lugar a un despido que se estime justificado, pues es el Tribunal el que debe calificar la gravedad o levedad de los atrasos”

⁶⁵ De la Maza Gazmuri, I. (2019). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas¿ Por qué el Estado y no solamente el mercado?. *Revista chilena de derecho privado*, (1).P.109

⁶⁶ Gamonal, S. (2018). De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana. *Latin American Legal Studies*, 3, 1-28.P.9

modificaciones en pro de ampliar su área de protección (Gamonal, 1998, p.p. 15-16)⁶⁷.

Al igual que la seguridad social, que se preocupa del ser humano en cuanto tal más allá de las relaciones de subordinación y dependencia⁶⁸, el carácter tuitivo del derecho laboral, se preocupa principalmente de la protección de la parte menos fuerte de un contrato, que para perfeccionarse requiere de esta etapa previa, en donde también existe la disparidad de poder, y en este sentido, el principio también permea.

Finalmente, ya desde la tramitación del proyecto de ley que modificaba el artículo 2 del Código del Trabajo, y agregaba el inciso séptimo, respecto de las discriminaciones económicas en la etapa precontractual, algunos parlamentarios se pronunciaron en el hecho de solo una multa podría resultar insuficiente para cautelar el tipo de discriminaciones que se quieren evitar con este inciso⁶⁹.

3. Porque es preferible que la legislación laboral se vea en sedes especializadas.

A estas alturas de la investigación ha quedado suficientemente claro que para el derecho laboral chileno las cuestiones precontractuales están protegidas expresamente por el Código del Trabajo, al menos en su relación con la libertad de

⁶⁷ Gamonal, Sergio. (1998). Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p.15 “Con el transcurso de este siglo, el derecho laboral ha ido ampliando su ámbito de cobertura, como ocurre con ciertos trabajadores independientes que a pesar de su situación se encuentran en un status de debilidad similar al trabajador subordinado, a los trabajadores del sector público y, desde la década de los ochenta, a algunos tipos de “trabajo flexible”. Por ello algunos autores postulan que ya no es lo característico del trabajo regulado por el derecho laboral la “subordinación”, sino la “ajenidad”, noción menos precisa que la anterior pero que permite dar cuenta de la expansión realizada”

⁶⁸ Gamonal, Sergio. (1998). Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 22, 23, 24,25.

⁶⁹ Historia de la ley N° 19.628. 3.1. Discusión en Sala. Fecha 06 de junio, 2002. Diario de Sesión en Sesión 4. Legislatura 347. Discusión única. Se aprueban modificaciones. “Por eso considero adecuado el artículo 2° incorporado por el Senado, en virtud del cual se introduce un inciso sexto, nuevo, al artículo 2° del Código del Trabajo, que dispone que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones económicas. Sin embargo, no se considera una sanción especial para el empleador que no cumpla con esta disposición, sino sólo la establecida en el artículo 477 de dicho Código, es decir, una multa de una a veinte unidades tributarias mensuales. Ojalá que este caso sea considerado entre los más graves, porque los empleadores que discriminan al momento de contratar a sus trabajadores, cualquiera que sea la razón que esgriman, deberían ser objeto de las sanciones más altas dentro de determinada escala”.

trabajo y la no discriminación. Sin embargo, como también se mostró, los tribunales laborales son reacios a conocer de estos asuntos, dejándolos para el conocimiento de los tribunales civiles con competencia general.

Pero ¿por qué es preferible que las cuestiones precontractuales laborales se ventilen en sedes del trabajo y no en tribunales ordinarios civiles? Porque como se mencionó en el apartado anterior, en las relaciones precontractuales se mantiene la desigualdad de poder que fundamenta la intervención de una rama especial y no del derecho civil. Situación que traspasa a la discusión sobre el procedimiento laboral, esta falta de igualdad entre las partes también justifica una justicia especializada (Lanata, 2011, p.1).

Aunque se discuta en la doctrina, al menos para la profesora Lanata el procedimiento laboral se infunde de los principios del derecho del trabajo (Lanata, 2011, p.1), dado que tiene que hacer frente a una realidad material diferente de lo que presupone el proceso civil.

Así se vislumbra que en términos procesales la parte trabajadora (o en el caso de estudio, la parte que postula a un empleo) también tiene brechas para poder desarrollar el procedimiento en términos de igualdad respecto del empleador o futuro empleador.

Gamonal describe tres desventajas dentro del proceso laboral entre empleador y trabajador (Gamonal, 2016), que en el caso del presente trabajo se harán extensivas a la situación precontractual, en primer lugar una deficiencia económica, que impediría acceder a asesoría de calidad, en segundo lugar una deficiencia temporal, ya que para el trabajador o postulante, percibir las indemnizaciones tiene urgencia de carácter urgente y alimentario, y en tercer lugar, una deficiencia en términos probatorios, ya que sus compañeros de trabajo u otros postulantes, no tendrán incentivos para declarar en contra del empleador, además del hecho de que mucha documentación necesaria para el juicio se encuentra en manos del empleador.

Todas estas situaciones caracterizan la realidad material del procedimiento laboral, y por eso la legislación intenta hacerse cargo, por ejemplo, al momento de disminuir la dosis probatoria en la tutela laboral, al crear audiencias concentradas y orales, y al darle mayores facultades oficiosas al juez de la causa, entre otras⁷⁰.

Dadas las consideraciones previas, la solución que han dado los tribunales de letras del trabajo en materia de competencia de cuestiones precontractuales, resulta inequitativa toda vez que el procedimiento civil no es suficiente para responder ante la diferencia de poder entre las partes, como dice el profesor Gamonal: “El Derecho del Trabajo nace desde la insuficiencia del derecho civil para dar una solución equitativa a las relaciones de subordinación y dependencia (Gamonal, 1998, p.20).

Finalmente, hay evidencia contundente en que el procedimiento civil, por la forma en la que se estructura actualmente, es de difícil acceso económico para la mayoría de la población (Riego & Lillo, 2015, p.p.49-50)⁷¹, y lento para dar solución efectiva a los conflictos planteados (Castillo, 2015, p.334).

A mayor abundamiento, según estadísticas del INE (Instituto Nacional de Estadísticas, 2019, p.p. 12-21), de las causas ingresadas el 2019 a los tribunales de letras civiles (1.685.290) el 69.2% terminaba el mismo año en primera instancia

⁷⁰En este sentido el profesor Palavecino indica: “En este punto es oportuno advertir que la reforma procesal laboral chilena responde, en buena medida, a la queja secular y -me atrevería a decir- universal contra la lentitud de los procesos. De igual manera que el principal objeto de esta reforma ha sido obtener para los trabajadores justicia rápida -o, como algunos prefieren decir- justicia *oportuna*. Para los laboristas dar un satisfactorio cumplimiento a este anhelo de celeridad se justifica, todavía más que en otros ámbitos, en el presupuesto de que el crédito laboral tiene en muchos casos un carácter alimentario y, por ende, urgente” Palavecino, Claudio. (2015). La reforma procesal laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal. En Palomo, Diego (Director). (2015). Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente. Santiago Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago. P. 152

⁷¹ “Existe bastante consenso en que el proceso civil presenta problemas de acceso y que resultan excluidos muchos casos, en especial los de grupos sociales más vulnerables. También parece claro que las causas civiles se demoran más de lo que nos parece razonable. Si se pretende superar ese problema parece necesario contar con un conocimiento mucho más preciso acerca de las causas de esa demora excesiva”
Riego, C., & Lillo, R. (2015). ¿ Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: aportes para la reforma. *Revista chilena de derecho privado*, (25), 9-54. Pp.49-50

(1.266.929), mientras que en los tribunales de letras del trabajo ese porcentaje ascendía a un 95.2% con 365.340 ingresos y 376.697 egresos.

En suma, no solo resulta más adecuado al espíritu laboral, sino que también más eficiente dejar que cuestiones de relevancia laboral como lo son las discriminaciones en materia precontractual, se vean en tribunales especializados al efecto.

4. Porque va en contra de la tutela judicial efectiva y el principio de reparación integral del daño.

El derecho de tutela judicial efectiva es un derecho que se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República (relacionada al 19 n° 3), en tratados internacionales⁷², y que además se complementa dogmáticamente con el desarrollo de organismos internacionales⁷³.

Como indican Molina y Henríquez el derecho de tutela judicial efectiva es "(...) aquel derecho que tiene toda persona a obtener tutela judicial efectiva de sus derechos e interese legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión" (Márquez & Molina, 2010, p. 44). Como se mencionó en el apartado anterior, los tribunales civiles no son adecuados para el conocimiento de cuestiones circunscritas al área laboral, y en este sentido, no es posible cautelar adecuadamente los intereses lesionados en etapas precontractuales del contrato de trabajo, si es que se conocen en estos tribunales⁷⁴.

⁷²Como indican Márquez y Henríquez, los tratados internacionales de los que emana la garantía son: la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.1, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, artículo 10. (Márquez & Henríquez, 2010, p.43)

⁷³ Como indica el profesor Palomo: "El Pacto de San José de Costa Rica Con todo, estimamos, la Convención ya en sí misma constituye una contribución a la dogmática nacional del derecho a la tutela judicial desde el momento que incorpora derechos y garantías procesales no directamente reconocidos en nuestra Carta Fundamental, y aporta nuevas perspectivas de interpretación de derechos y garantías sí reconocidos en el texto de la Carta Fundamental." (Palomo, 2002)

⁷⁴ Palomo Vélez, D. I. (2002). Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: Casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi. *Ius et Praxis*, 8(2), 261-298.

El libre acceso a la jurisdicción (en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de la persona) es como se ha dicho por la doctrina española "la primera consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la prestación jurisdiccional". Con todo, de la mano de la consagración de este derecho

La Corte Suprema, razonando en torno a la tutela judicial efectiva, y su relación con la aplicación de la tutela de derechos fundamentales a trabajadores de la administración del estado (antes de la existencia de la ley N° 21.280⁷⁵), indica que la voluntad protectora no es algo propio del derecho del trabajo, sino que de todo el derecho procesal contemporáneo, y todas las instituciones deben entenderse bajo este prisma, que un aspecto fundamental de la tutela judicial efectiva es el acceso a la justicia, y en este sentido, que para darle efectividad a las garantías constitucionales, era necesario darles un cauce procesal adecuado, y entonces permitir la aplicación del procedimiento para defender los derechos de los trabajadores del Estado.⁷⁶

En la misma línea del razonamiento de la Corte Suprema, esta investigación sostiene que un postulante a un trabajo que se encuentra en una situación propia del procedimiento de tutela laboral (viendo vulneradas sus garantías fundamentales) y que debe recurrir a un tribunal civil, representa una vulneración a la garantía de tutela judicial efectiva.

Como parte de la tutela judicial efectiva se encuentra la directriz de que se debe realizar los procesos en el tiempo más breve posible en atención a todas las circunstancias del caso (Palomo, 2002, p.17), y en este sentido, los tribunales civiles no pueden funcionar con la celeridad propia de los procedimientos laborales, desatendiendo de facto los intereses legítimos de las partes de una negociación previa a un contrato de trabajo (intereses protegidos expresamente por el código del ramo)

de acceso a los tribunales, debe entenderse necesariamente - el derecho de libre acceso al proceso. Así se ha señalado que el proceso "es el camino necesario y obligado para obtener una resolución jurisdiccional, de tal forma que si el órgano judicial prescinde totalmente de él, ello comporta ya una denegación de tutela judicial efectiva"

⁷⁵ Esta ley de noviembre del 2020 faculta expresamente a los tribunales laborales para conocer del procedimiento tutela de Derechos Fundamentales respecto de funcionarios públicos, zanjando una disputa entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

A mayor abundamiento véase: Martell Quinteros, J. P. (2021). Evolución y análisis jurisprudencial relativo a la aplicación de las normas sobre tutela de derechos fundamentales en los funcionarios públicos.

⁷⁶ Año 2020 Rol N° 1.540-2019.- Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema considerando décimo.

Siguiendo esta línea, no se satisface la tutela judicial efectiva solamente con que exista un procedimiento, sino que este debe servir a los intereses de los afectados como indica Márquez y Henríquez: “En otras palabras, la tutela judicial efectiva sólo es posible si el legislador establece los cauces necesarios para obtenerla, pudiendo tomar en consideración diversos intereses constitucionales y legalmente atendibles. De este modo, las normas procesales son como modeladoras del sistema político del que emanan y de las finalidades a las que sirve” (Márquez & Henríquez, 2010, p.48).

Finalmente, respecto de la reparación integral, la profesora Lanata la define como el “(...) principio que forma parte del sistema general de reparación del daño y de acuerdo al cual el límite de ésta es precisamente el perjuicio, es decir, debe indemnizarse todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio” (Lanata, 2018, p.290). En este sentido la Corte Suprema ha tenido un rol de ampliar las posibilidades de indemnizaciones, razonando en base a este principio.

A modo de ejemplo, en causa rol N° 6879-2016, la parte denunciada aducía que no procedía el pago de indemnizaciones por daño moral, pues según lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo para que proceda, se requiere que se de en el marco del despido, situación que no ocurre en la especie.

En este sentido la Corte falla utilizando el principio de reparación integral, dándole más prioridad que al texto expreso, como se indica: “Esta forma de interpretar las normas no es justificada ni convincente [respecto de los argumentos del empleador], dado que no es posible derivar la exclusión de la indemnización del daño moral bajo el entendimiento que sólo procede indemnizar daños que se encuentren previstos en forma expresa en la ley laboral. **Esta forma de comprender el asunto significaría una infracción a un principio fundamental de la responsabilidad civil que se sustenta en la reparación integral de los daños que se les ocasionan a las víctimas. Llevaría al absurdo de impedir la reparación de los daños no contemplados de manera particular por la ley laboral a pesar que se satisfagan las condiciones de procedencia de la**

indemnización. Principio que tiene un respaldo constitucional en el artículo 19 n°1 de la Carta Fundamental, pues de qué valdría la garantía del derecho a la integridad física y síquica si no pudiese ejercerse una acción indemnizatoria que pretenda retrotraer a la víctima, en la medida de lo posible, a la situación más cercana a aquella anterior a la vulneración de su derecho mediante la respectiva indemnización.” [énfasis agregado]

Analizando el razonamiento de la sentencia se vislumbra la importancia del principio, incluso que puede sostener un fallo en contra texto expreso de la ley laboral, en pro de dar soluciones más equitativas a los trabajadores.

En este sentido, si es que la corte no hubiese concedido la indemnización, el trabajador, también hubiese tenido la posibilidad de reclamar perjuicios en sede civil, pero claramente iba a haber una vulneración de la reparación integral del daño si es que en el mismo tribunal laboral no se resuelve respecto de los perjuicios sufridos.

Si se trae el razonamiento a la materia de estudio de este trabajo, se vislumbra como se vulnera el principio de reparación integral si es que una situación protegida y amparada por el derecho laboral, tiene que hacerse valer en sede civil, llevaría a una situación “absurda” como comenta la misma Corte Suprema.

Conclusiones

La etapa precontractual del contrato de trabajo se encuentra protegida por la legislación laboral por varias fuentes normativas: en primer lugar existen normas expresas al respecto que versan en su totalidad respecto de situaciones discriminatorias a los postulantes de empleos (como por ejemplo el artículo 2 y 194 del Código del Trabajo, entre otras). Los cuales apuntan a las discriminaciones arbitrarias, que al igual que en ámbito civil, vienen limitadas por el principio de la buena fe, la cual aspira a actos jurídicos razonables y honrados.

En segundo lugar el principio de buena fe y las garantías constitucionales de libertad de trabajo y no discriminación vienen a reforzar el espíritu de la legislación expresa, en el sentido de que se debe intervenir en este tipo de relaciones, dada la disparidad de poder entre ellas, aunque no haya un contrato de trabajo perfeccionado de por medio.

Por otro lado, se describe una tendencia jurisprudencial de los juzgados de letras del trabajo a negar su competencia para conocer sobre asuntos precontractuales, argumentando texto expreso del código del ramo, que por su forma restrictiva de redacción, no deja mucho margen de acción, dejando “de manos atadas” a los jueces. Cuestión que es completamente contradictoria con la demás legislación laboral, que reconoce plenamente la importancia de estos asuntos para el campo laboral.

Esta situación es conflictiva toda vez que hay una desprotección de la legislación laboral, pasando a llevar su carácter tuitivo, además de la historia de la misma legislación dado que uno de los grandes propósitos de la reforma procesal laboral era dar mejor accesibilidad a la justicia.

Además, crea soluciones ineficientes respecto de la solución de los conflictos, dado que los juzgados más apropiados para conocer de los asuntos de precontractualidad laboral son los juzgados de letras del trabajo, ya que fallan

conforme a los principios protectores del derecho del trabajo, que como se explicó, también son aplicables para situaciones previas a la contratación propiamente tal.

Adicionalmente, al desatender los principios laborales también y pasa por alto la tutela judicial efectiva, toda vez que un tribunal debe mirar con un prisma de igualdad una situación en donde la misma ley reconoce su carencia, afectando las garantías de un proceso justo.

Finalmente, las situaciones de discriminación que se pueden dar en ámbitos precontractuales laborales están protegidas por el derecho nacional (dado el texto expreso del Código del Trabajo y otros cuerpos normativos) y por ende, sí son cuestiones que se deberían conocer dentro de la justicia laboral. Sin embargo, como ya se vio en apartados anteriores, éstos no pueden por la redacción restringida de las normas, sin embargo, se vislumbra un llamado de atención a los y las legisladores para que la protección de este segmento de la población pueda tener más que declaraciones de intención, o sea, que tenga posibilidades reales de reclamar sus derechos.

Bibliografía

Alexy, R. (2004). Teoría del discurso y Derechos Constitucionales. Distribuciones Fontamara.

Aldunate, L. B. (1980). La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público*, (28), p. 207.

Barrientos, R. (2014). la responsabilidad precontractual y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno. p. 6.

Boetsch, C. (2011). La buena fe contractual. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 50.

Castro, J. (2001). Discriminación en las relaciones laborales. Boletín Dirección del Trabajo N°146/2001. Doctrina, estudios y comentarios.

Castillo, J. (2006). Problemas de acceso a la justicia civil en Chile. Silva P., JP; García G., JF; y Leturia, FJ, eds. Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil. Santiago, Chile: Fundación Libertad y Desarrollo y Pontificia Universidad Católica de Chile, 313-335. p.334.

Contreras, S. G., & Moggia, C. G. (2012). Manual del contrato de trabajo. Tercera edición. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.

Contreras, S. G. (2016). El principio de protección en el nuevo procedimiento laboral chileno. Disponible en [<https://editorialbomarzo.es/el-principio-de-proteccion-en-el-nuevo-procedimiento-laboral-chileno/>] Última vista: 08-11-2021.

Corral, H. (2006). La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado III.

Cortez, G. Palomo, D. Delgado, J. (2021). Proceso Laboral. Legal Publishing. Libro en línea [<https://proview-thomsonreuters->

com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2020%2F42879981%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=773a9d1999ae16318a94d9e3519f2d4b&eat=FA9D9372-2A8B-8428-4658-74D429715005&pg=&psl=e&nvgS=false] [última visita 18-06-2021].

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 3ª edición.

Domínguez, C. (1996). Comentarios de Jurisprudencia. 1. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Retiro de las negociaciones preliminares. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 199, año LXIV (En-Jun, 1996).

De la Maza Gazmuri, I. (2019). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?. *Revista chilena de derecho privado*.

Fernández, R. (2016). *El poder disciplinario del empleador*. Santiago, Chile: Thomson Reuters. Libro en línea [<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2016%2F41957011%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=2b67f8a54856258e40460aa20d68ee70&eat=&pg=&psl=&nvgS=false>]

Fernández, R. (2020). *La prueba en el proceso laboral*. Tirant lo Blanch.

Fuenzalida, G. L. (2013). La aplicación del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4(7), 73-96. p. 96

Gajardo Harboe, M. (2016). Buena Fe y Derecho del Trabajo. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(2), pp. 15-31. doi:10.5354/0719-7551.2016.43049

Gamonal Contreras, S., & Guidi Moggia, C. (2020). Tutela de derechos fundamentales en el contexto del derecho del trabajo.

Gamonal Contreras, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458.

Gamonal, Sergio. (1998). Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda. p. 20

Gamonal, S. (2018). De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana. *Latin American Legal Studies*, 3. pp. 1-28.

Gazmuri, C. (2005). La reforma a la justicia laboral. Contenidos, implicancias y perspectivas para una modernización de las relaciones laborales. En Ensignia, J. (ed.) (2005). Mitos y realidades del mercado laboral en Chile. Santiago, Chile: Friedrich Ebert Stiftung.

Guzmán, Alejandro (2002). La buena fe en el Código Civil de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 N° 1. pp. 11-23.

Historia de la Ley N° 18.620 Código del Trabajo. Informe de la Comisión Conjunta. Fecha 27 de abril, 1987.

Historia de la Ley N° 19.812. Segundo Trámite Constitucional: Senado. 2.1. Primer informe de Comisión de Constitución. Senado. Fecha 15 de abril, 2002. Informe de Comisión de Constitución en sesión 9. Legislatura 346. Boletín N° 2735-05. Vista en línea [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5947/>] [última vista 18-06-2021].

Historia del Artículo único numeral 1 de la Ley N° 19.591. 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje. Fecha 29 de noviembre, 1995. Mensaje en Sesión 29. Legislatura 331. Boletín N° 17060-13. Vista en línea [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6780/>] [última vista 18-06-21].

Historia de la Ley N° 19.779 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Moción Parlamentaria. Moción de Fanny Pollarolo Villa, María

Antonieta Saa Díaz, Ignacio Walker Prieto, Mariana Aylwin Oyarzún, Jaime Naranjo Ortiz y Vicente Agustín Sota Barros. Fecha 30 de abril, 1997. Moción Parlamentaria en Sesión 65. Legislatura 334. Boletín N° 2020-11. [Vista 18-06-21].

Historia de la Ley N° 20.087. 1. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje. Fecha 22 de septiembre, 2003. Mensaje en sesión 2. Legislatura 350.

Instituto Nacional de Estadísticas. (2019). Estadísticas Judiciales 2019. [https://www.ine.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusi%C3%B3n/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales-2019.pdf?sfvrsn=25a4f678_2] Fecha de consulta: 10-11-2021.

Irureta, P. (2008). Estudios previos al contrato de Trabajo: tratos preliminares y precontrato. En Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (coord.). Estudios Laborales. Santiago: LegalPublishing

Irureta, P. (2011). Vigencia del principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno, *Ius et Praxis* [online], vol.17, n.2, pp.133-188. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200007>.

Lanata, G. (2011). Manual de Proceso Laboral. Santiago: Legal Publishing Chile. 2ª edición.

Lanata, G. (2010). Contrato individual de trabajo. Santiago: Abeledo Perrot. 4ª edición. revisada y actualizada.

Lanata Fuenzalida, G. (2018). Vías jurídicas para obtener la reparación del daño causado a la víctima de acoso laboral en Chile. *Ius et Praxis*, 24(2), 263-302. p.290

Leitao Alvarez-Salamanca, C. (2000). La libertad de trabajo en sus dimensiones de libre elección y contratación, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. (Tesis de grado, Universidad de Chile). Recuperado de https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/fulldisplay?vid=56UDC_INST:56UDC_IN

ST&search_scope=MyInst_and_CI&docid=alma991000076529703936&lang=es&context=L.

López, J. & Elorriaga, F. (2017). *Los Contratos Parte General*. Santiago, Editorial Thomson Reuters. 6° edición.

Martínez, P. (2020). *Libertad de Trabajo y Constitución. Su reconocimiento y actualización en el Proceso Constituyente*. En Camaño, E. & Varas, K (coords). (2020). *Trabajo y nueva Constitución*. pp. 47-62. Santiago, Chile: DER Ediciones Limitada.

Márquez Molina, D. A., & Henríquez Bugueño, C. M. (2010). *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo: El procedimiento de tutela laboral*. p48

Melis, C & Saez, F. (2009). *El contrato individual de trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing.

Monteiro, R. (2020). *La potestad jurídica de mando del empleador, la garantía de los derechos fundamentales en el trabajo y la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar*. En Palomo, R.(Editor.), *GPS Laboral*. Santiago, Tirant Lo Blanch. pp. 195-225.

Novoa, Patricio (presidente). (2001). *Bases Fundamentales para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional*. Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional. P 19. Disponible en [<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1031>]. Fecha de consulta: 04-11-2021.

Odar, R. M. T. (2016). *Tipología de las investigaciones jurídicas*. *Derecho y cambio social*, 13(43), 10.

Palavecino, C. (2013). *La Libertad de Trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura*. *Revista Laboral Chilena*, 8(219), 79-83.

Palavecino, C. (2014). El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador en Chile. *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago. vol. 5, n°9, 2014, p. 34.

Palavecino, Claudio. (2015). La reforma procesal laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal. Palomo, Diego (Director). (2015). *Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente*. Santiago Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Palomo Vélez, R. I. (2008). Fundamentos de Derecho Laboral. *Ius et Praxis*, 14(2), 659-665.

Palomo Vélez, D. I. (2002). Aportación de la Convención Americana de Derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: Casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi. *Ius et Praxis*, 8(2), 261-298.

Picasso. (2014). La responsabilidad pre y post contractual en el Proyecto de Código Civil de 1998. A través de Barrientos, R. O (2014). La responsabilidad precontractual y su reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno.

Ramos, R. (2006). *De la Responsabilidad Extracontractual*. 2°ed. Santiago, Editorial Lexis Nexis, pp. 6-13.

Riego, C., & Lillo, R. (2015). ¿ Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile: aportes para la reforma. *Revista chilena de derecho privado*, (25), 9-54. Pp.49-50

Rosende, H. (1979). *Algunas Consideraciones sobre la Responsabilidad Precontractual*. Santiago, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Sánchez-Rodas Navarro, C. (2001). Responsabilidad patrimonial por incumplimiento del precontrato de trabajo: Sentencia del TSJ de la Rioja (Lex Nova J 2723). *Temas Laborales: Revista Andaluza de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 60, 261-271.

San Martín Neira, Llian. (2013). Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones. Revista Chilena de Derecho. Santiago, vol. 40 n°1, pp. 317-324

Thayer, W. Novoa, P. (2010). Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Romero Seguel, A. (2009). Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Ugarte, J. (2018). Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo. Santiago, Chile: Thomson Reuters. Libro en línea [<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2017%2F42141255%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=084f546e08448ad35512e7699ccaa41c&eat=DA9F0E40-B489-F0BD-01AD-744FE29D2706&pg=1&psl=&nvgS=false>] [última vista 08-07-2021].

Jurisprudencia administrativa

Ordinario N° 3840/194 de 2002.

Ordinario N° 698/16 de 2003.

Ordinario N° 3712/39 de 2012.

Ordinario N° 1617/25 de 2018.

Ordinario N° 6245/47, de 2018.

Jurisprudencia judicial

Corte Suprema Rol N° 6879-2016, Año 2016.

Corte Suprema Rol N° 1.540-2019, Año 2020.

Corte Suprema Rol N° 28.865-21, Año 2021.

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-574-2010.

1° Juzgado de Letras de los Andes Rol N° C-682-2011.

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RITO- 256-2012.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso RIT T-310-2015.

2° Juzgado de letras del Trabajo de Santiago RIT T-949-2015.

2° Juzgado de letras del Trabajo de Santiago RIT T-681-2016.

Juzgado de Letras de Copiapó en casusa RIT O-358-2017.

Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, RIT T-273-2017.

Juzgado de Letras del Trabajo de Calama RIT M-102-2017.

Juzgado de Letras del Trabajo de Calama RIT T-55-2017.

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT O-1169-2018.

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago RIT O-7189-2018.

Juzgado de Letras del Trabajo de Calama RIT O-69-2019.

Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco RIT O-1201-2019.