



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**LIMITACIONES DE LA FACULTAD DE DESPIDO DEL EMPLEADOR  
A LA LUZ DE LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD DE  
TRABAJO COMO GARANTÍA DEL TRABAJADOR**

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

**CECILIA SANDOVAL CARRASCO**

**Profesor Guía: María Cristina Gajardo Harboe,**

**Santiago, Chile**

**2017**

## **AGRADECIMIENTOS**

*A Niebla y Clara.*

## ÍNDICE

<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>v</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>10</b>
1.    Marco Conceptual .....	10
2.    Presentación.....	15
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>DEL CONTENIDO JURÍDICO-INSTRUMENTAL DEL CONTRATO DE</b>	
<b>TRABAJO.....</b>	<b>18</b>
1.    Introducción al capítulo .....	18
2.    Contenido patrimonial del contrato de trabajo .....	21
3.    Contenido ético-jurídico .....	22
4.    Contrato de trabajo y su contenido jurídico-instrumental .....	24
5.    Efectos del contenido jurídico-instrumental.....	26
5.1    Cuadro sinóptico .....	26
5.2    Potestad de mando .....	26
5.2.1    Poder de dirección .....	28
5.2.1.1    Reglamento interno y sus efectos jurídicos-instrumentales.....	32
5.2.2 <i>Ius variandi</i> .....	33
5.2.3    Poder disciplinario.....	35
5.2.3.1    Requisitos del ejercicio del poder disciplinario .....	40
a)    Derechos Fundamentales de los trabajadores.....	40
b)    Tipificación .....	41
c)    Irretroactividad .....	42
d)    Prescriptibilidad o perdón de la causal.....	42
e)    Presunción de inocencia .....	44
f)    Proporcionalidad .....	44
6.    Fundamentos laborales-constitucionales del poder disciplinario empleador....	46
7.    Conclusiones al capítulo.....	50

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ASPECTO BIDIMENSIONAL DE LA LIBERTAD DE TRABAJO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL ..... 52

1.	Introducción al capítulo.....	52
2.	Conceptualización .....	54
3.	Libertad de trabajo y protección al trabajador.....	64
3.1	Contenido y alcances de la libertad de trabajo desde la perspectiva del trabajador .....	64
3.2	Libertad de trabajo y principio protector .....	73
3.2.1	Concepto.....	73
3.2.2	Efectos de la regla indubio pro operario en el ámbito sustancial de la libertad de trabajo.....	79
3.2.3	Principio de estabilidad relativa en el empleo.....	84
4.	Libertad de contratación y protección al empleador .....	88
4.1	Ideas preliminares .....	88
4.2	Contenido y alcance de la libertad de contratación .....	89
5.	Orden público económico .....	94
6.	Conclusiones al capítulo.....	100

## CAPÍTULO TERCERO

### COLISIÓN DE LAS DIMENSIONES DE LA LIBERTAD DE TRABAJO ANTE EL DESPIDO DEL TRABAJADOR ..... 102

1.	Introducción al capítulo.....	102
2.	Libertad de trabajo del trabajador: <i>Rights as trumps</i> .....	105
2.1	<i>Over-inclusive</i> en el posicionamiento de los hechos tutelados por el derecho 105	
3.	Libertad de contratación en su faz negativa y la facultad de despedir .....	109
3.1	Conceptualización.....	109
3.2	Libertad de trabajo y despido disciplinario.....	116
3.2.1	Falta de probidad .....	116
3.2.2	Incumplimiento grave de las funciones que impone el contrato .....	120
3.2.3	Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio .....	125
4.	Libertad de trabajo del empleador y despido injustificado .....	132

5.	Libertad de trabajo en su faz negativa y los poderes empresariales de rango constitucional.....	138
6.	Superfluidad e ineficacia de la facultad de despido del empleador.....	145
7.	Conclusiones al capítulo.....	150
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>		
<b>LA LIBERTAD DE TRABAJO DEL EMPLEADOR EN EL DERECHO COMPARADO Y LOS PRINCIPIOS LABORALES.....</b>		
1.	Introducción al capítulo.....	155
<b>PRIMERA PARTE</b>		
<b>ANÁLISIS COMPARADO DE LA FACULTAD DE DESPIDO ..... 164</b>		
2.	La relación laboral indefinida y la libertad de contratación en su faz negativa en el concierto comparado. Referencia a algunas legislaciones .....	164
2.1	La facultad de despido en el ámbito europeo .....	164
2.1.1	Reino Unido y la facultad de despido sujeta a la racionalidad.....	168
2.1.2	Francia y la causa real y seria del despido .....	171
2.1.3	España y la disminución de los costes del despido .....	173
2.1.4	Italia y la inexistente facultad de despido.....	179
3.	La libertad de contratar en el derecho norteamericano .....	184
3.1	Alcances del principio laboral estadounidense del <i>employment at will</i> .....	189
3.1.1	Excepciones a la regla del <i>employment at will</i> .....	199
<b>SEGUNDA PARTE</b>		
<b>LA FLEXIBILIDAD LABORAL, PRINCIPIO DE ESTABILIDAD Y PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DE EMPLEO ..... 201</b>		
4.	Flexibilidad externa del mercado laboral .....	201
5.	Principio de estabilidad laboral .....	204
5.1	El principio de estabilidad laboral y el despido.....	210
6.	Principio protector de la fuente de empleo y su armonización con el principio de flexibilidad laboral.....	213
7.	Conclusiones al capítulo.....	220
<b>CONCLUSIONES..... 223</b>		

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La libertad de trabajo garantizada por nuestra Carta Magna, en el numeral 16 del artículo 19, reconoce una doble esencia, cual es la de asegurar que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador<sup>1</sup>.

En efecto, la libertad de trabajo del empleador comprende la libertad de contratación, teniendo como limitación la de no discriminar arbitrariamente, sino en base a la capacidad o idoneidad personal y la limitación impuesta por el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, en base a los derechos fundamentales del trabajador.

Dicha libertad del empleador adopta dos manifestaciones. Una positiva, consistente en que éste se encuentra facultado para decidir si contrata o no a un postulante a un cargo o empleo. Y una negativa, que se traduce en la facultad del empleador de despedir a un trabajador, sujeto sólo a las limitaciones legales y aquellas derivadas del sistema de estabilidad relativa en el empleo. Si dicha libertad colisiona con la libertad de trabajo – distinta del derecho al trabajo– del trabajador, no puede presuponerse el triunfo del segundo bajo cualquier respecto, dentro del respectivo juicio de ponderación que realice el tribunal.

---

<sup>1</sup> Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 199, celebrada el 7 de abril de 1976, pp. 13-17.

Sin embargo, a partir de un análisis jurisprudencial concienzudo es posible advertir la superfluidad e ineficacia del derecho fundamental laboral del empleador a elegir libremente quien ingresa y permanece en su organización empresarial.

Aun desde el ámbito doctrinario es fácil identificar voces que sólo dotan de contenido a la libertad de trabajo bajo el prisma de una garantía establecida en favor del trabajador. Así, desde un estadio incipiente de referencias bibliográficas de la citada garantía constitucional, la doctrina señalaba:

*“En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del Trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado”<sup>2</sup>.*

Por su parte, el profesor José Luis Cea conviene en lo siguiente:

---

<sup>2</sup> BULNES ALDUNATE, Luz. 1980. La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público (28): p. 215.

*“Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor”<sup>3</sup>.*

Otrora, en el año 2011, el Tribunal Constitucional expresaba:

*“Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida”<sup>4</sup>.*

Finalmente, dentro de nuestras muestras –hasta el momento aisladas pero indiciarias– cabe traer a colación una sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago, del

---

<sup>3</sup> CEA EGAÑA, José Luis. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías. Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 427.

<sup>4</sup> Sindicato Interempresas de Conductores N° 4 Flota Talagante con Bravo Miranda, Domingo y Otros Empresarios: Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 1852-2010, de 26 de julio de 2011, recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, considerando séptimo.



año 2014, en que confirma la interpretación del tribunal *a quo*, quien acogió la demanda de tutela por vulneración de la libertad de trabajo respecto de un trabajador que fue despedido a las 2 semanas de vigencia de la relación laboral. En la especie, la argumentación de los jueces de la instancia, es “curiosa” por decirlo menos, al ultra-moralizar las relaciones laborales y coartar la libertad de contratación del empleador, aun cuando la legislación laboral lo faculta expresamente para ello. El tribunal crea una suerte de libertad de trabajo “*over-inclusive*” en la protección del trabajador; argumentación que hace depender esencialmente dicha libertad –tal y como reconoce expresamente el tribunal de alzada–, del “contexto” de la situación sometida a su decisión. Para una mejor inteligencia citaremos el fallo en comentario:

*“En efecto, el actor trabajó en el cargo de Gerente de Operaciones durante siete años en una empresa y ante ello, el demandado le propone cambiarse a la suya del mismo rubro, en la misma función y es despedida por ésta antes de cumplir dos semanas de contratada, sin ni siquiera justificarlo, lo que vulnera manifiestamente su derecho a la libertad de trabajo consagrado en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República. Si bien a los gerentes se les puede despedir sin señalar motivo según la ley, en este caso, conforme al contexto lo requería. En la sociedad actual el respeto de los derechos fundamentales es esencial y ello se alcanza actuando con fundamento o justificación suficiente. En la especie, el actor dejó su trabajo anterior, el que podía seguir ejerciendo y en que se había especializado académicamente, para avocar su esfuerzo a un nuevo empleador que lo atrajo a ello, lo que exigía razones para su despido frente a un escaso tiempo de labores, lo que si bien el citado artículo 161 no lo requería, el caso específico lo*

*ameritaba, por haber dejado un trabajo anterior con todos sus beneficios, siendo atraído para ello, lo que revela que tal decisión no tenía otro objetivo de privarlo de su derecho al trabajo, cuyo contenido no está descrito en el ordenamiento jurídico, pero que al menos comprende la facultad de toda persona a trabajar si lo desea, lo que patentemente se ha impedido con el injustificado y raudo actuar del demandado, situación que conlleva falta de respecto al contenido esencial del derecho al trabajo en el sentido ya referido. No es la oportunidad del despido lo que se reprocha sino de un contexto que revela la clara intención de privar del derecho al trabajo. Finalmente cabe señalar que la proporcionalidad del despido no emana objetivamente de la norma legal que lo autoriza, toda vez que no es un principio estático sino que dinámico que se debe efectuar del análisis de los argumentos vertidos y que en este caso no ha sido posible valorar por haberse omitido”<sup>5</sup>.*

De forma clara, el tribunal de alzada se aleja de la interpretación ajustada a los elementos que la ley pone a su disposición en la misión de determinar el sentido y alcance de los preceptos legales y constitucionales. Prescinde la Corte, de las normas de hermenéutica legal contenidas en la ley sustantiva (artículos 19 al 25 del Código Civil) y, especialmente, de las notas de la Comisión Constituyente en relación a la libertad analizada, todo de lo cual nos haremos cargo en el presente estudio a efectos de redelinear la libertad de contratación del empleador como la garantía laboral de que es titular.

---

<sup>5</sup> Aros con Express Santiago Uno S.A.: Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 1234-2013, de 6 de enero de 2014, recurso de nulidad, considerando cuarto.

## INTRODUCCIÓN

### 1. Marco Conceptual

El contrato de trabajo es la institución axiomática a través de la cual se urden los mecanismos de sistematización de las relaciones laborales, objeto de estudio del Derecho Laboral.

La convención del trabajo, definida a propósito del artículo 7° del Código del ramo, constituye una fuente *sui-generis* de efectos contractuales que exceden del ámbito puramente patrimonial y que abren paso al estudio de los diversos contenidos que es posible distinguir en él.

En términos generales, cabe apuntar que en todos los contratos patrimoniales de carácter bilateral –dentro de los cuales cabe posicionar el contrato de trabajo– va envuelta la promesa de cumplimiento de lo pactado. De allí que ciertas doctrinas liberales hayan esbozado la teoría del “*contrato como promesa*”, teniendo como principal precursor al insigne civilista Charles Fried, cuya dogmática fue para nosotros traducida por Pablo Ruiz Tagle<sup>6</sup>. En su virtud, aparece expuesta la doctrina de considerar que todo contrato lleva envuelta una promesa, delimitada por la expectativa del otro contratante, en orden a cumplir lo prometido, haciéndose responsable del

---

<sup>6</sup> RUIZ-TAGLE, PABLO. 1996. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 34.

incumplimiento; derivado todo aquello del contenido moral del contrato y de la aplicación general de la buena fe contractual.

Así las cosas, el autor antes referido sostiene:

*“La obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino en el respeto a la autonomía individual y en la confianza. Ambas también son fundamento de la institución de la promesa (...). Un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos -morales- para que otro tenga la expectativa de que será cumplida”<sup>7</sup>.*

Adhiriendo a la consideración del contrato como promesa<sup>8</sup>, nos resta advertir la refulgencia con que se manifiesta el contenido extra-patrimonial de todo contrato, cuando dicho contrato, es uno de índole laboral. Lo anterior, porque el contrato de trabajo tiene un sustrato bivalente, de carácter ético y jurídico. Desde la perspectiva de la eticidad, el contrato de trabajo tiene una naturaleza connaturalmente especial, tal y como lo ha señalado la doctrina laboralista:

---

<sup>7</sup>Op. cit. p. 30.

<sup>8</sup> N.B. que no nos referimos al contrato “de” promesa, sino que al contrato “como promesa”. Ahora bien, la diferencia entre el contrato de promesa y el contrato como promesa, aparece latente. La promesa de cumplir lo prometido es omnicomprendensiva de todo contrato, y no requiere de los supuestos positivos exigidos por el legislador, en el artículo 1554 del Código Civil.

*“El contrato de trabajo por su especial naturaleza, tiene alcance patrimonial, que se distingue de lo que la doctrina ha denominado contenido ético jurídico. La relación entre las partes no solo comprende la obligación del trabajador de prestar el servicio convenido y la obligación del acreedor de remunerarlo, pues los contratantes conforman una comunidad jurídica personal. El contrato de trabajo tiene, además del económico, un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas y entre estas obligaciones ético-jurídicas de responsabilidad del empleador, cabe destacar, entre otros, el deber de ocupación efectiva y adecuada y, en general, el de protección al dependiente y respetar su honra y dignidad personal. Las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de respeto, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe”<sup>9</sup>.*

En general, nuestra doctrina afirma que el contenido del contrato de trabajo está integrado no sólo por lo que expresamente en ellos hayan convenido las partes, sino que, por el contrario, también se encuentra configurado y determinado en su extensión, por

---

<sup>9</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. Corte Suprema, 30 De Noviembre De 2005. Frías Gómez, Peter Eladio Con Empresa Méndez Y Cartagena Ltda. (Casación En El Fondo). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (2): 993-997, diciembre 2005.

las cosas que emanan de su naturaleza, o que por la ley o la costumbre se entienden pertenecerle, según establece el artículo 1546 del Código Civil<sup>10</sup>.

El citado argumento no pierde de vista las particularidades del Derecho del Trabajo, en donde la cuestión debe ser analizada dentro del marco de las obligaciones de las partes en el contrato individual de trabajo, esto es, empleador y trabajador. Sobre éste último respecto debe tenerse en consideración la naturaleza jurídica supra o extra patrimonial, que entre nosotros ha sido propuesta:

*“El contrato de trabajo es una convención peculiarísima, sui géneris, sin cabida en las nomenclaturas contractuales del derecho común, sin posibilidad de ser asimilado a éstas y sin que valga la pena o convenga el esfuerzo de intentar o lograr la asimilación”<sup>11</sup>.*

El fundamento de lo anterior, radica en que en toda relación laboral es posible distinguir tres grandes tipologías de contenidos.

La primera se refiere a la naturaleza jurídico-instrumental de la relación de trabajo, que comprende el poder de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador.

---

<sup>10</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2011. Vigencia del Principio de Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno. Revista Ius et Praxis (2): 133-188.

<sup>11</sup> ESCRÍBAR MANDIOLA, Héctor. 1944. Tratado del Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Zigzag. S.A., p. 338.

Luego, la relación laboral comprende un contenido patrimonial, relativo a la obligación del trabajador de prestar los servicios personales convenidos en la convención de trabajo y la obligación del empleador de remunerar dichos servicios.

Finalmente, es posible advertir la presencia de un contenido de carácter ético-jurídico como consecuencia del hecho de que la relación de trabajo no se restringe a las obligaciones patrimoniales derivadas del perfeccionamiento del contrato que vincula a las partes, sino que es omnicomprendivo de un profundo contenido moral, cuyas manifestaciones jurídicas se denominan “obligaciones ético-jurídicas”.

Pues bien, dentro del contenido jurídico-instrumental, decíamos que se incluyen los deberes de obediencia del trabajador, reflejo de la potestad de mando del empleador. En términos teóricos, resulta evidente que el trabajador debe cumplir con las obligaciones impuestas y comprendidas en la relación laboral que lo vincula con el empleador, dentro del contexto de la buena fe objetiva que grava a todos los instrumentos contractuales. Empero, esto no es tan claro en términos prácticos. Resulta necesario delimitar los alcances, eficacia, manifestaciones, jerarquía y mecanismos de protección de la potestad de mando del empleador, en el ejercicio del ámbito del derecho fundamental de la libertad de trabajo del cual es titular.

## **2. Presentación**

El presente trabajo de memoria se construirá a partir del estudio conceptual y normativo de la libertad de trabajo, desde las perspectivas del trabajador, pero con especial énfasis en el contenido y extensión de dicha garantía como una libertad del empleador, misma que escuda las diversas formas de reclamación del despido –sea mediante demanda de tutela laboral, sea mediante demanda de despido injustificado–, en pos de evitar que “cualquier cosa” sea admitida como límite a la vulneración de la libertad de trabajo del trabajador.

El objetivo propuesto se alcanzará a través del análisis de la literatura existente en torno a nuestros tópicos; a través de la exposición de los criterios jurisprudenciales que sustentan los paradigmas del derecho laboral tutelar, en desmedro de la protección jurídica que merece el empleador en la organización de su empresa y; mediante el análisis de los lineamientos generales importados desde el derecho comparado.

Téngase presente que, sin perjuicio de las referencias analíticas y comparativas que se hagan a la libertad empresarial, según advertimos con antelación, la estructura argumentativa se dirigirá a través de las líneas laborales de la libertad en las relaciones de trabajo.

Las fuentes de las sentencias nacionales que formarán parte del presente estudio se remitirán a la jurisprudencia judicial emanada de los tribunales superiores de justicia



como de los Juzgados de Letras del Trabajo, además de revisar la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, con particular concentración en un espacio temporal correspondiente a los últimos cinco años de producción jurisprudencial.

Con todo, incluiremos referencias de derecho comparado en torno al tratamiento de la libertad de trabajo en tribunales extranjeros y, específicamente, recurriremos al método comparado con la finalidad de exponer los amplios márgenes con que la facultad de despido ha sido concebida en el derecho anglosajón. En el citado contexto, la libertad de contratación aparece reforzada desde la perspectiva de ambas partes de la relación de trabajo, por la regla del “empleo a voluntad” (*at-will doctrine*) que, aun mitigada por algunas leyes federales que prohibieron ciertos despidos disciplinarios (v.gr. Ley de Empleo Justo de 1941), deja al albedrío de las partes la duración y eventual terminación del vínculo laboral<sup>12</sup>. En tal sentido, el despido es un derecho conferido al empleador pero que, sin embargo, tiene ciertas limitaciones genéricas que tornan justificado o injustificado el despido, y que la doctrina del *common law* ha categorizado como: una buena causa (*good cause*), una mala causa (*bad cause*) y ninguna causa (*no cause*)<sup>13</sup>.

Así las cosas, un análisis comparado en torno a los elementos configurativos del despido y de las limitaciones que dan forma a la libertad de contratación del empleador,

---

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, el Código Laboral de California (California Labor Code), en su artículo 4º, Sección N° 2922, establece: “*Un empleo, sin fecha de término específico, puede ser finalizado a voluntad de cualquiera de las partes, previa notificación de la otra. Empleo con fecha de término especificado significa un empleo por un periodo superior a un mes*”. (“*An employment, having no specified term, may be terminated at the will of either party on notice to the other. Employment for a specified term means an employment for a period greater than one month*”). La traducción es nuestra.

<sup>13</sup> MUHL, Charles J. 2001. The employment-at-will doctrine: three major exceptions. *Monthly Labor Review*: pp. 3-11.

a partir de una tradición jurídica que hace convivir la libertad contractual y uno de los índices de desempleo más bajos en el marco internacional, nos reportarán los argumentos necesarios para justificar la necesidad de relectura de la forma en que la garantía constitucional del empleador a la libertad de contratación, ha sido arrinconada en nuestro medio.

Sin perjuicio de lo antes anotado, nos parece necesario prevenir que el método comparado, será siempre auxiliar en nuestra investigación y se dispondrá de sus bondades en función del método dogmático principal.

La estructura formal de nuestro estudio, constará de cuatro capítulos de desarrollo. El primero estará dedicado al estudio del contenido jurídico-instrumental del contrato de trabajo, con especial profundización en torno al poder disciplinario del empleador. El segundo capítulo se dedicará al estudio del aspecto bidimensional de la libertad de trabajo, como derecho fundamental laboral. El capítulo tercero expondrá los cánones y directrices presentes en el análisis jurisprudencial de los fallos emanados de los tribunales de justicia, en donde éstos han debido resolver cuestiones anexas a la facultad de disciplinaria dentro del ámbito laboral. Finalmente, se dispondrá el cuarto capítulo para el estudio de la fisionomía de la libertad de contratación, desde la perspectiva del empleador en el derecho comparado, especialmente en el derecho estadounidense, así como las limitaciones que configuran la facultad de despido del empleador, a la luz de la doctrina del “empleo a voluntad” y de los principios laborales que informan el desarrollo de la facultad de despido en el marco comparado.

**CAPÍTULO PRIMERO**

**DEL CONTENIDO JURÍDICO-INSTRUMENTAL DEL CONTRATO DE**

**TRABAJO**

**1. Introducción al capítulo**

El contrato de trabajo es la convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia o subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada. En otros términos, tal pacto constituye un acto jurídico bilateral.

Para la formación del consentimiento, esto es, para nacer a la vida del Derecho, es necesario el concierto de voluntades que en él participan, tanto del trabajador como del empleador, lo que desencadena su carácter consensual. El denominado principio de la autonomía de la voluntad que se traduce, en materias de derecho privado, en la libertad para realizar todo aquello que no esté prohibido, en el Derecho Laboral se encuentra restringido.

De allí que las partes no son libres de auto-dotar al contrato de trabajo del contenido que emane de sus voluntades, sino que se encuentran restringidas por las

limitaciones impuestas por la legislación tutelar del trabajo y por aquellas que se desprenden de la naturaleza misma de la convención laboral.

Lo anterior implica que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada en el campo laboral y en el de las relaciones de trabajo, empero, esto no significa que el legislador o juez puedan, legítimamente, vaciar de contenido derechos fundamentales que corresponden a las partes de la vinculación laboral.

Ahora bien, la dogmática nacional ha sostenido uniformemente que el contrato de trabajo tiene, al menos, tres contenidos:

- i. Un contenido patrimonial
- ii. Un contenido ético-jurídico y,
- iii. Un contenido jurídico instrumental, que constituye el marco basal de nuestro estudio, por lo que nos dedicaremos con mayor profundidad a su desarrollo.

Por tanto, pueden distinguirse diversas tipologías de contenidos dentro del contrato de trabajo. Pero dichas categorías no son jerarquizables, es decir, ningún contenido es “súper-poderoso” por sobre el resto, puesto que todos configuran la esencia del contrato de trabajo. A mayor abundamiento, la ausencia de uno o más elementos que forman parte de uno u otro contenido, acarrea la existencia de una relación contractual diversa (v.gr. la falta de subordinación y dependencia indicia la existencia de una

relación civil o comercial y no una de trabajo; la ausencia del elemento remuneratorio indica la existencia de una relación diversa, como podría ser la de una práctica profesional, etc.).

Desde otra perspectiva, dentro del mismo contenido jurídico-instrumental del contrato de trabajo, no es posible que sus efectos sean aplicables a los trabajadores sólo en aquello en que los beneficie. Es decir, el deber de obediencia que los exime de responsabilidad civil ante el daño ocasionado a terceros<sup>14</sup>, no puede tener como contrapartida lógica que el empleador no pueda ejercer válidamente el poder de mando que constituye, desde su vereda, el contenido instrumental de la relación laboral.

En el presente capítulo abordaremos ciertas referencias generales a los diversos contenidos del contrato de trabajo, para detenernos en los elementos que configuran la potestad de mando del empleador, con especial referencia al poder disciplinario como un derecho emanado del ámbito de la libertad de trabajo de que es titular.

---

<sup>14</sup> El profesor Barros Bourie ha imputado un fundamento de justicia al efecto rebote de la conclusión de un delito o cuasidelito civil del dependiente hacia el empresario, toda vez que parezca “*justo que quien goza de los beneficios de la actividad de sus dependientes, como ocurre con el empresario, asuma también los errores o faltas en el proceso de producción o de prestación del servicio*”. BARROS BOURIE, Enrique. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 146.

## 2. Contenido patrimonial del contrato de trabajo

Existe un acabado consenso entre los autores en lo que respecta al contenido patrimonial del contrato de trabajo. Así pues, en el citado embalaje, ubican el intercambio de remuneración por servicios (intelectuales o materiales), contenido éste regulado estructuralmente en nuestra legislación<sup>15</sup>.

De allí que sea acertada la coincidencia conceptual existente entre el contenido analizado y los elementos patrimoniales emanados de la relación laboral<sup>16</sup>, esto es, prestación de servicios y remuneración.

La obligación de prestación de servicios es personal y consiste en una obligación de hacer, de la cual el deudor es una persona natural. En cuanto a la remuneración, delimitada en el artículo 41 del Código del Trabajo, consiste en la contraprestación del trabajo subordinado<sup>17</sup>, dentro de lo que cabe apuntar como una conceptualización “contraprestatoria”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> En este sentido Maulén Soto con Inversiones Bustos Morgado Ltda. (2014): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT O-461-2014, de 5 de noviembre de 2014 (demanda de indemnización por accidente del trabajo), considerando primero.

<sup>16</sup> Véase en LANATA FUENZALIDA, Gabriela. 2010. Contrato Individual de Trabajo. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 99.

<sup>17</sup> LÓPEZ BASANTA, Justo. 1988. El Salario. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, p. 33.

<sup>18</sup> A las citadas se oponen las tesis “anti-contraprestatorias”, como la sostenida por el destacado laboralista mexicano, Mario de la Cueva que define remuneración como “(...) *la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa*”. DE LA CUEVA, Mario. 1975. El nuevo Derecho mexicano del trabajo. Tomo I. Tercera Edición. México, Editorial Porrúa, p. 297. Véase también en CÁCERES PAREDES, José. 2014. La remuneración como derecho fundamental. A propósito de la delimitación de su contenido esencial. Soluciones Laborales N° 80: pp. 66-73.

### 3. Contenido ético-jurídico

El contenido ético-jurídico del contrato de trabajo presupone la existencia de una relación laboral entre personas naturales, sujetos activos y pasivos de derechos morales<sup>19</sup>. De allí que el contenido puramente económico o patrimonial no sea satisfactorio para explicar el alcance de los efectos derivados del contrato de trabajo.

Ciertamente, la relación entre las partes no sólo comprende la obligación del trabajador de prestar el servicio convenido y la obligación del acreedor de remunerarlo, en razón de la comunidad conformada por los contratantes, de carácter jurídico-personal<sup>20</sup>. El contrato de trabajo tiene, además del económico, un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas y entre estas obligaciones ético-jurídicas de responsabilidad del empleador, cabe destacar, entre otras, el deber de ocupación efectiva y adecuada y, en general, el de protección al dependiente y el de respetar su honra y dignidad personal<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> THAYER ARTEAGA, William. 2009. Contenido ético de las relaciones laborales. Revista Jurídica del Trabajo, Disponible en el portal historia política de la Biblioteca del Congreso Nacional: pp. 43-47.

<sup>20</sup> “Esto quiere decir, en primer término, que el concepto general acerca de la naturaleza de la relación de trabajo ha cambiado. Es cierto que ya en las primeras fases del Derecho del Trabajo moderno había llegado a ser opinión general que el contrato de trabajo se diferencia de la locación de servicios del derecho romano y del derecho común. Pero era necesario un período de evolución prolongado hasta que, después de fervorosas luchas doctrinales y político-sociales, se impusiera la opinión, hoy universalmente aceptada, según la cual la relación del trabajo, por su evolución sociológica, es una relación de comunidad jurídico-personal, basada en la fidelidad y la previsión, que se distingue fundamental y esencialmente del derecho de obligaciones del BGB (Código Civil), cuya orientación es exclusivamente patrimonial”. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. 2010. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

<sup>21</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. Corte Suprema, 30 De Noviembre De 2005. Frías Gómez, Peter Eladio Con Empresa Méndez Y Cartagena Ltda. (Casación En El Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (2): pp. 993-997.

Como contrapartida de las obligaciones éticas o morales del empleador, la doctrina clásica ha situado de cargo del trabajador, los deberes de fidelidad, diligencia y lealtad.

En orden a lo ya señalado, cabe subrayar que uno de los pilares sobre los cuales descansa la relación entre empleador y trabajador es el de la confianza mutua entre las partes, presidiendo este vínculo la exigencia de buena fe, como principio rector y garante del efectivo cumplimiento de los contratos de trabajo. En efecto, tal y como ha señalado la doctrina nacional y de Derecho Comparado, aunque se trata de una noción que planea sobre todo el Derecho del Trabajo, cabe destacar la particular relevancia que adquiere el principio de buena fe precisamente en el ámbito del contrato de trabajo<sup>22</sup>. En el ámbito laboral, la buena fe impone ciertos deberes recíprocos, como los de lealtad, fidelidad y honradez.

Finalmente, y para efectos de sistematización de nuestro estudio, al desarrollo del contenido jurídico-instrumental del contrato nos dedicaremos en el acápite siguiente. Sin embargo, debemos hacer presente una cuestión terminológica preliminar. Existe doctrina laboral moderna que difiere de la nomenclatura utilizada tradicionalmente<sup>23</sup> para hacer

---

<sup>22</sup> ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. 2003. Poder Disciplinario del Empresario y Límites al Principio Contractual de Buena Fe en Periodo de Vacaciones (a propósito de la STC 192/2003, de 27 octubre). España: Repositorio de la Universidade da Coruña, p. 995.

<sup>23</sup> Téngase presente que la terminología tradicional es aquella que han venido utilizando nuestros tribunales de justicia: “*Que, en el contrato de trabajo se reconoce un contenido jurídico instrumental que se expresa en el deber de obediencia por parte del trabajador y por otro lado en la facultad de mando del empleador, que se traduce en el iusvariandi y en el poder disciplinario; que el contenido patrimonial se expresa en el deber de trabajar y en el deber de pagar el salario y por último un contenido ético-jurídico, en el que destaca, el deber de protección contenido en el artículo 184 del Código del Trabajo, que se expresa en cuanto a que el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para*



referencia a los diversos contenidos del contrato de trabajo (patrimonial, ético-jurídico y jurídico-instrumental), abriendo paso a terminologías tales como: contenido patrimonial, contenido personal y contenido potestativo, respectivamente<sup>24</sup>. Empero, nos parece que más allá de plantear una disociación nominal, no representan un divorcio de contenidos.

#### **4. Contrato de trabajo y su contenido jurídico-instrumental**

Analizados ya, los principales caracteres del contenido patrimonial y del contenido ético-jurídico aglutinados en razón del contrato de trabajo, nos resta avanzar hacia la tipología instrumental de la convención del trabajo, como correctivo al criterio intrínseco y excesivamente paternalista de que está revestida la función jurisdiccional, cuando de resolver conflictos en torno a la colisión de la garantía fundamental de la libertad de trabajo se trata.

La profesora Irene Rojas Miño, nos aproxima hacia el concepto del contenido en comento, a través de los siguientes términos:

---

*proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas*". Peña con Sociedad Abba S.A. (2011): Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, Sentencia RIT N° O-436-2010 (demanda de despido indirecto y otras prestaciones), considerando noveno.

<sup>24</sup> Véase a GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. 2012. Manual del Contrato de Trabajo. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 117.

*“Son los derechos y obligaciones que ligan a las partes del contrato de trabajo con el fin de la adecuada realización de la relación laboral y al cumplimiento de los fines de la empresa: Por una parte está la potestad de mando del empleador y, por la otra, el deber de obediencia del trabajador”<sup>25</sup>.*

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema<sup>26</sup>. Por su parte, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, ha precisado que el ordenamiento jurídico reconoce la potestad de mando del empleador al interior de la empresa, atributo que comprende el poder de dirección, el *ius variandi* y el poder disciplinario sobre sus trabajadores<sup>27</sup>.

De allí que resulte imperioso analizar los efectos de éste particular contenido y, específicamente, de la facultad de mando que el orden jurídico laboral pone a disposición del empleador.

---

<sup>25</sup> ROJAS MIÑO, Irene. Op. Cit. p. 290.

<sup>26</sup> Sindicato Trabajadores Emp Central Aseo y Mantenición S.A. con Empresa Central de Aseo y Mantenición (2008): Corte Suprema, Sentencia ROL 6706-2008 (recurso de casación en el fondo), considerando sexto.

<sup>27</sup> Dirección del Trabajo, ORD. N° 5073-082, de 16 de diciembre de 2014.

## **5. Efectos del contenido jurídico-instrumental**

### **5.1 Cuadro sinóptico**

El funcionamiento eficaz de la organización empresarial requiere del ejercicio de las potestades que el orden jurídico ofrece al empleador para la estructuración económica, técnica y administrativa de la empresa.

De allí que la titularidad de dichas potestades corresponda exclusivamente a quien soporta los frutos y beneficios del riesgo empresarial, siempre y cuando dicha atribución de pérdidas y beneficios sea de manera directa e inmediata. Dicho de otro modo, el empleador es quien posee las facultades de mando, organización y dirección.

En síntesis, el contenido jurídico instrumental del contrato de trabajo se conforma con el poder de mando. Éste se manifiesta en tres facultades del empleador: el poder disciplinario, el *ius variandi* y el poder disciplinario.

### **5.2 Potestad de mando**

El empleador puede dirigir la faena productiva haciendo uso de tres alternativas conexas e incluyentes. Primero, mediante acciones preliminares a la efectiva prestación

de los servicios, puesto que son, indudablemente, indispensables para su realización. Luego, a través del ejercicio de la potestad de mando durante la jornada laboral, en sentido estricto, es decir, durante aquella distribución horaria estipulada en la convención laboral que los vincula. Finalmente, tal y como ha sido declarado por nuestros tribunales de justicia, el poder de mando puede manifestarse en todo momento en que el trabajador esté a disposición del empleador y en que el patrono esté en condiciones de dirigir sus acciones de índole laboral<sup>28</sup>.

Conforme a lo anterior, es decir, bajo la concepción del poder de mando como una serie de prerrogativas que la ley laboral y el orden jurídico todo, reconoce al empleador, es dable aproximarnos hacia el establecimiento de las finalidades que es posible distinguir en cada una de sus manifestaciones. Esto, de frente a la identificación de la legitimidad del ejercicio de la actividad potestativa de orden empresarial.

Pues bien, el poder de mando como objeto del contenido jurídico instrumental desde la perspectiva del empleador, tiene por finalidades, las siguientes:

a) Organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, lo que constituye el poder de dirección;

---

<sup>28</sup> Sindicato Trabajadores Emp. Central Rest. Ltda. con Emp. Central Restaurant y Otro (2008): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 6290-2008, de 30 de diciembre de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando octavo.

b) Adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, ya sea en cuanto a la naturaleza de los servicios, al lugar, o la duración y distribución de la jornada de trabajo, que se conoce como *ius variandi*; y,

c) Mantener la disciplina y orden dentro de la misma, en cuyo caso la potestad es poder disciplinario.

En adelante revisaremos las formas en que el empleador puede ejercer la potestad de mando.

### **5.2.1 Poder de dirección**

La dogmática jurídica española ha definido el poder de dirección diciendo que es la facultad o derecho potestativo, que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de las prestaciones laborales, e incluso especificar cuáles son las debidas, conforme a la cualificación profesional del trabajador, derivando así el poder disciplinario sin el cual el poder de dirección carece de fuerza alguna<sup>29</sup>.

Tanto en los hechos como en el derecho, el poder de dirección se traduce en “*la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de*

---

<sup>29</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Elena. 1997. Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Universidad Complutense, p. 377.

*legislar en el seno de la empresa, en la facultad de imponer sanciones disciplinarias y en diversas facultades o derechos (de control, de ordenar la empresa, de variar las condiciones de trabajo), reconocidos al empleador como necesarios para conducir su empresa”<sup>30</sup>.*

Por su parte, la Dirección del Trabajo ha definido el poder de dirección, como:

*“Serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito empresarial se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador”<sup>31</sup>.*

El poder de dirección, manifestación de ciertos derechos laborales específicos del empleador, se alza como el mecanismo de apoyo del control y gestión de aquél,

---

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. 1997. Poder de dirección del empleador, Revista Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., p. 405.

<sup>31</sup> Dirección del Trabajo, Ord. N° 2856-162, de 30 de agosto de 2002.

reconocidos por el ordenamiento jurídico, más no creados por él. Así lo ha expresado la doctrina española:

*“Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social: sin dirección del trabajo no hay producción posible”<sup>32</sup>.*

En el ámbito del cumplimiento de los deberes contractuales concernientes al trabajador en el desempeño de sus funciones, el poder de dirección es ejercido a través de las “órdenes o instrucciones de trabajo”. Sin embargo, el poder de dirección no se agota en el marco del íter contractual expresamente convenido.

Así las cosas, creemos que es posible identificar un poder de dirección en sentido estricto y uno en sentido lato.

Desde una perspectiva restringida, el poder de dirección se condice con la facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo a sus subordinados<sup>33</sup>, independiente del

---

<sup>32</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. 2004. El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 48. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 135.

<sup>33</sup> Una interesante doctrina peruana, nos ha instruido acerca del alcance conceptual y de las tipologías presentes en materia de órdenes de trabajo. En consecuencia, es posible definir las órdenes de trabajo, bajo el siguiente prisma: “Son aquellas indicaciones dadas a conocer al trabajador una vez iniciada la relación laboral –sea a través del empleador por sí mismo o por medio de sus representantes,

grado de jerarquía que detenten dentro de su organización. La dogmática especializada ha ilustrado el poder de dirección, como el “*derecho que tiene el empleador de dirigir y organizar el trabajo*”<sup>34</sup>, de donde emana la “*facultad de dar órdenes al trabajador en torno al modo, tiempo y lugar en que debe realizar su trabajo, pues a cambio de ello el trabajador recibe una remuneración*”<sup>35</sup>.

Ahora bien, en un sentido lato, el poder de dirección, no se satisface simplemente con el acatamiento de sus instrucciones por parte de los trabajadores, sino que se extiende a otros ámbitos<sup>36</sup>, en ocasiones impuestos por la propia normativa laboral, como puede ser el deber de protección y vigilancia de la vida y salud del trabajador, a partir del artículo 184 del Código del Trabajo<sup>37</sup>.

---

*funcionarios o jefes debidamente autorizados–, con tal capacidad coercitiva que modifica la conducta de aquel, conminándolo a hacer o no hacer algo, o a dejar de hacerlo, bajo pena de sanción justamente por efecto de la subordinación o sujeción jurídica de uno hacia otro*”. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. 2010. Las obligaciones implícitas o inherentes de los trabajadores, Soluciones Laborales N° 36. Gaceta Jurídica. Lima, p. 21.

<sup>34</sup> GAJARDO HARBOE, María Cristina. 2014. Op. cit. p. 20.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> A mayor abundamiento, una vez finalizada la relación laboral, puede subsistir la intromisión del empresario en la esfera de la actividad del trabajador, como sucede en los supuestos en que se ha suscrito un “pacto de no competencia”, para después de terminado el vínculo laboral. Si bien es cierto no existe fundamento legal que sustente la eficacia de dicho pacto post-contractual (no como lo existe durante la vigencia del contrato de trabajo, a partir de la segunda causal de despido disciplinario contenido en el artículo 160 del Código del Trabajo), algunas doctrinas se han inclinado por admitir su obligatoriedad. Véase en SIERRA HERRERO, Alfredo. 2014. La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo. Revista Ius et Praxis 20(2): pp. 109-155.

<sup>37</sup> Cfr. GAJARDO HARBOE, María Cristina. 2014. El deber de seguridad. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 5(9): pp. 15-32.



### 5.2.1.1 Reglamento interno y sus efectos jurídicos-instrumentales

El Reglamento Interno o instrumento análogo, constituye la forma tradicional en que el empleador imparte instrucciones escritas y generales a sus trabajadores.

Así, la autora señala:

*“Son inherentes al poder de dirección (...) la potestad reglamentaria, con la posibilidad de traducir tales órdenes e instrucciones en reglamentos internos, instructivos y códigos de conducta”*<sup>38</sup>.

Lo cierto es que el empleador puede, incluso, establecer otros mecanismos alternos que pongan de relieve su poder funcional de dirección, en el mismo Reglamento Interno. Así se puede desprender de lo fallado por la Il. Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia del año 2013<sup>39</sup>.

Interesa aquí agudizar la nomenclatura utilizada al referirnos al ejercicio de las facultadas entregadas por la ley a la contraparte jurídica (no procesal) del trabajador,

---

<sup>38</sup> GAJARDO HARBOE, María Cristina. Op. cit. p. 20.

<sup>39</sup> “El fundamento de la sentencia en el sentido que no puede sancionarse al empleador por hechos de terceros, llama la atención ya que el trabajador no es un tercero en la relación, sino que es parte de ella y está en una situación de subordinación a las directrices del empleador, el que tiene el poder de mando a través de mecanismos que pueden establecerse en el Reglamento Interno de Orden. Luego, expresa, la existencia de los hechos constatados son de responsabilidad del empleador por lo que la multa se encuentra ajustada a derecho”. V&V Security EIRL con Inspección Provincial Del Trabajo Valdivia (2013): Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 113-2013, de 27 de noviembre de 2013 (recurso de nulidad), considerando primero.

siguiendo las ideas postuladas por el profesor Christian Melis, quien expresa, —prescindiendo de la calificación jerárquica que pueda darse a los poderes del empresario, entre constitucional o infraconstitucional—, que el conjunto de derechos, dentro de los cuales se enmarca el de la libertad empresarial, tiene como titular al “empresario” y no sólo al “empleador”, en la medida en que entendamos que el empresario ejerce sus facultades dentro de un espectro más amplio de prerrogativas que se explican en función de su calidad de empresario y no en su condición de co-contratante del trabajador<sup>40</sup>.

Formulada la precedente prevención, conviene seguir avanzando hacia el análisis de los poderíos en que se desconcentra la potestad de mando, desde las perspectivas de las modificaciones que resiste el contrato de trabajo, como también, desde la perspectiva del *ius puniendi* del empleador ante incumplimientos contractuales de los trabajadores.

### **5.2.2 *Ius variandi***

A partir de los dogmas tradicionales, es posible conceptualizar el *ius variandi* como la facultad que tiene el empleador de alterar o modificar los límites de las prestaciones laborales primariamente convenidas, que digan relación con los aspectos

---

<sup>40</sup> MELIS VALENCIA, Christian. 2010. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Segunda Edición. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 127.

territoriales, de distribución horaria de la jornada de trabajo o respecto de ciertos trabajadores, como son los del comercio, agrícolas y embarcados<sup>41</sup>.

La norma basal de la jerarquización legal del poder descrito en el párrafo anterior, es el artículo 12 del Código del Trabajo<sup>42</sup>, que sustenta normativamente el derecho que tiene el empleador.

Ahora bien, si describimos el poder de dirección como una facultad general limitada sólo por la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, es necesario apuntar que el ejercicio del *ius variandi* es una atribución excepcional, para cuya admisión no se exige tan sólo el respeto de los derechos fundamentales, sino que tiene en consideración derechos de índole fáctica, como son ciertas condiciones de trabajo, relacionadas con el lugar y el tiempo en que se prestan los servicios subordinados.

---

<sup>41</sup> THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. 2010. Op. cit. p. 115. Véase también en HUMERES NOGUER, Héctor. 2009. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 122.

<sup>42</sup> En este punto es preciso anotar que el artículo 12 del Código del Trabajo es, sin lugar a dudas, la norma de general aplicación que fundamenta jurídicamente el ejercicio del *ius variandi* del empleador. Sin embargo, existen otras normas que son también manifestación de lo anterior. Así, el artículo 24 del Código del ramo prevé la facultad del empleador de extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias, en los periodos anteriores –que especifica– a navidad. De igual forma, respecto de los trabajadores portuarios, el artículo 137 letra b) del mismo cuerpo normativo, confiere al empleador la facultad de extender la jornada ordinaria sobre lo pactado siempre que deban terminarse las faenas de carga y descarga, sin que, en ningún caso, ésta pueda exceder de diez horas diarias. Por otra parte, establecida en términos generales, el artículo 29 confiere la facultad de *ius variandi* al empleador, para ampliar la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones. Finalmente, en el caso de los trabajadores agrícolas, el artículo 89 concede al empleador el poder de encomendar otras labores a esta especie de trabajadores que, por razones climáticas, no pudieran realizar su labor, aun cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo.

El fundamento de la excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi*, tiene una raigambre inserta en la teoría de los contratos<sup>43</sup>. Lo cierto es que una modificación contractual de carácter unilateral, debe ser interpretada y aplicada de manera excepcional.

Sin embargo, la excepcionalidad de la facultad de *ius variandi* no significa que no pueda ejercerla, so pena de vulnerar siempre un derecho fundamental o factico del trabajador. En este sentido, se ha producido en el ámbito jurisdiccional, respecto del *ius variandi*, un fenómeno similar al anotado respecto de la ineficacia del poder disciplinario del empleador en el campo de un despido, es decir, a pretexto del principio pro operario, los jueces prescinden en la resolución del conflicto, normas constitucionales y legales que facultan al empleador a ejercer ciertos derechos<sup>44</sup>.

### 5.2.3 Poder disciplinario

De lo consignado por la profesora Irene Rojas es posible desprender que el poder disciplinario consiste en una potestad jurídica entregada al empleador, con la finalidad

---

<sup>43</sup> En este sentido Corte Suprema, 25 de octubre de 1999. A.F.P. Planvital S.A. (casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales N° 3, pp. 216-222.

<sup>44</sup> En un fallo reciente, la Corte de Apelaciones de La Serena confirmó la sentencia del tribunal *a quo* que condenaba al empleador a “restituir” los turnos de trabajo que había modificado unilateralmente para el mejor funcionamiento de la empresa, en razón de que los antiguos turnos permitían que los trabajadores tuvieran un descanso de tres días seguidos. El insólito fallo suprime de los ojos de la judicatura la vigencia del artículo 12 del Código del Trabajo y desconoce terminantemente la facultad del empleador de modificar la jornada de trabajo de sus empleados. Véase en Sindicato de Empresa Número 2 La Serena Store Ltda. con Ripley Store Ltda. (2016): Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia Rol N° 68-2016, de 12 de septiembre de 2016 (recurso de nulidad).

de que pueda mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa para el adecuado funcionamiento de la misma<sup>45</sup>.

La potestad disciplinaria constituye una prerrogativa que el ordenamiento jurídico pone a disposición del empleador y que lo habilita para adoptar medidas o imponer sanciones frente a las faltas o incumplimientos por parte de los trabajadores, respecto de las obligaciones que impone el contrato, que emanan de éste o que forman parte integrante de su contenido, por estar contenidas en el Reglamento Interno, y mientras se encuentre vigente la relación laboral.

Dicho en otros términos, la potestad disciplinaria es la herramienta con que cuenta el empleador para utilizarla en reacción al quebrantamiento de la disciplina dentro de la empresa y de la infracción al programa prestacional definido en el contrato de trabajo, no tanto como emanación de una especie de propiedad sobre el trabajador ni de la libertad de emprendimiento, sino que como la esencia del derecho constitucional de libertad de trabajo del empleador, según tendremos oportunidad de comprobar.

La manifestación directa de la potestad disciplinaria es la sanción que impone el empleador a uno o más de sus trabajadores; sanción que debe estar predeterminada para la conducta desplegada por el trabajador, sea en el Reglamento Interno de la empresa, sea en la ley laboral. Dichas sanciones pueden consistir en amonestaciones verbales o escritas, multas o despido.

---

<sup>45</sup> ROJAS MIÑO, Irene. Op. Cit. p. 290.

Aun cuando a primera vista parezca evidente, cabe hacer notar que la titularidad de la facultad disciplinaria corresponde única y exclusivamente al empleador y no resulta admisible que el trabajador adopte medidas disciplinarias respecto de su empleador, teniendo como fundamento el autodespido<sup>46</sup>.

El tratamiento de la potestad disciplinaria en nuestro país se inscribe dentro de un camino mimoso y exacerbado de protección del *status quo* de los derechos de los trabajadores, aun cuando aquello no se condiga con el escenario internacional a que se sujeta el avance de la libertad en el ámbito del Derecho del Trabajo. Países latinoamericanos como Uruguay, aparecen como exponentes de una descripción abierta a la reglamentación convencional de los términos en que se desarrollará la relación

---

<sup>46</sup> El anterior, es el criterio sustentado por el voto disidente de la Fiscal Judicial Tita Aránguiz Zúñiga, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en los términos que siguen: “*Por otra parte, el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo lo que ha venido a establecer es una verdadera sanción para el empleador que no cumpla con el integro de cotizaciones al que está obligado y como tal, dicha disposición ha de interpretarse en forma restrictiva y no amplia como se pretende y así sería si se hace extensible además, al caso del llamado despido indirecto o <autodespido> como también se le ha denominado puesto que no es un despido propiamente tal, lo que consagra el artículo 171 del Código del Trabajo es una manifestación de voluntad del trabajador de poner término al contrato de trabajo por incumplimiento del contrato, incumplimientos que bien pudo hacer exigibles durante la vigencia de la relación laboral a través de las vías que el propio legislador le proporciona al amparo, hoy en día, de la garantía de indemnidad consagrada en el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo. Tampoco podría ser aplicada por extensión en cuanto en ambos casos, tanto cuando provenga del empleador como cuando provenga del trabajador la decisión unilateral de poner término al contrato, se trate en estos casos de conductas disciplinarias, toda vez que el poder disciplinario descansa exclusivamente en el empleador, de acuerdo a la característica propia de estos contratos como es la subordinación y dependencia y no corresponde al trabajador <aplicar medidas disciplinarias> a su empleador, quien si bien puede incurrir en conductas reñidas con el comportamiento que legítimamente ha de mantener con el trabajador, se ha creado para ello y para tales situaciones un procedimiento específico de tutela de derechos fundamentales, para resguardar precisamente situaciones que atenten en contra de la integridad del trabajador en su condición de persona, pero, lo disciplinario no es precisamente el control que corresponde supervisar al trabajador*”. Nelson Alejandro Ancapi Rojas con Crisptofer Salinas Serra (2015): Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia RIT N° 127-2015, de 15 de mayo de 2015 (recurso de nulidad), considerando primero del voto disidente. El argumento sigue siendo sostenido por la Fiscal Judicial, en casos posteriores como: Paola Andrea Aranguiz Badilla con Central De Balanzas Y Equipos Limitadas (2015): Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia RIT N° 223-2015, de 19 de agosto de 2015 (recurso de nulidad), considerando primero del voto disidente.

laboral, precisamente porque no existe una legislación acabada que restrinja la libertad contractual de las partes del vínculo laboral.

Constancia de lo anterior ha dejado el profesor Alejandro Castello, quien destaca:

*“Es un lugar común señalar que en nuestro país las potestades del empleador, tanto en la etapa de contratación laboral como en el transcurso de la propia relación de trabajo, son sumamente amplias, como consecuencia fundamentalmente de la ausencia de normas legales que las limiten o reglamenten.*

*En tal sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia predominantes aceptan la validez de las más variadas formas de contratación a término con tal que las mismas no hayan sido concertadas en fraude de las leyes de despido, admiten la modificación unilateral por parte del patrono de aspectos no esenciales de la relación laboral, reconocen un importante grado de discrecionalidad del empleador en materia de fijación salarial y de rescisión del contrato de trabajo, señalando inclusive que el patrono no está obligado a explicitar las causas del despido, así como también consienten que éste pueda imponer de forma unilateral y sin previa autorización judicial o administrativa sanciones disciplinarias a sus trabajadores”<sup>47</sup>.*

---

<sup>47</sup> CASTELLO, Alejandro. 1995. El poder disciplinario en la jurisprudencia uruguaya. Revista del Colegio de Abogados de Maldonado N° 8, p. 1.

Es posible desprender la crítica que el autor inserta entre líneas en el análisis descriptivo desde el cual parte, en la medida en que más allá de defender el ámbito de la libertad empresarial, imputa la determinación de los términos de la relación laboral al empleador, más no al poder negociador de ambas partes.

Con todo, el poder disciplinario que permite al empresario imponer al trabajador determinadas sanciones por las faltas cometidas durante la realización de su prestación laboral es una facultad empresarial inherente al poder de dirección, necesario para mantener el orden y el ritmo de trabajo en la empresa. Sin perjuicio de lo antes expuesto, creemos que la aplicación de una medida disciplinaria debe perseguir la consecución de alguno de los fines que siguen:

- a) Sancionar al trabajador por alguna de las infracciones en que ha incurrido.
- b) Educar al resto de los trabajadores en la ejecución conforme a la prestación laboral y a los intereses de la empresa.
- c) Disuadir a los demás trabajadores, poniendo bajo su conocimiento cuál es la respuesta del empleador hacia una determinada falta<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> MORENO DE TORO, Carmen. 2009. Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de sanciones. Revista Temas Laborales N° 101, España, p. 258.



Los objetivos refrendados en las menciones anteriores deben considerar las limitaciones legales y constitucionales con que el orden jurídico frena el ejercicio del poder disciplinario del empleador, desde perspectivas cualitativas formales y sustanciales.

### **5.2.3.1 Requisitos del ejercicio del poder disciplinario**

#### **a) Derechos Fundamentales de los trabajadores**

Los derechos fundamentales de los trabajadores se alzan como requisitos-limitadores del ejercicio de los poderes del empleador, según expresa disposición legal (artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo).

Pues bien, dicho poder debe estar condicionado al respeto de los derechos del co-contratante. La OIT ha señalado que los derechos fundamentales en el trabajo son valores mínimos aplicables y exigibles a todos los países independientemente de su nivel de desarrollo. Son, además, universales, es decir, valen para todas las personas en el mundo, por eso forman parte de los derechos humanos<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Organización Internacional del Trabajo. 2009. Conocer los derechos fundamentales en el mundo del trabajo. San José, Oficina Subregional para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana, p. 8.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, concluye que el curso de una sanción disciplinaria de mayor intensidad, como el despido, no se satisface con la imputación de incumplimientos generales, sino que, además de los requisitos previstos en la ley laboral, es necesaria la acreditación del incumplimiento y la justificación de la adopción de la medida<sup>50</sup>.

## **b) Tipificación**

Siendo una suerte de “*ius pudiendi*” al interior de la empresa, el poder disciplinario requiere de una tipificación previa que legitime la imposición de una medida concreta.

La descripción que comprenda la sanción disciplinaria debe contener los elementos mínimos que permitan al trabajador –y a cualquier persona– conocer con certeza, a partir de una simple lectura, el hecho por el cual se le sanciona<sup>51</sup>. Es necesario, además, que el trabajador tenga, al menos, un conocimiento ideal o eventual de las conductas que pueden dar lugar al establecimiento de una medida disciplinaria. Decimos “ideal” o “eventual”, porque el conocimiento de la ley es una ficción legal y el conocimiento del contenido del reglamento interno será de cargo del mismo trabajador, una vez que ha sido puesto a su disposición por el empleador.

---

<sup>50</sup> Paul Ciaccio con Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.p.A. (2006): Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 41-2006, de 13 de febrero de 2006 (recurso de amparo constitucional).

<sup>51</sup> En este sentido, Administradora Los Parques S.A. con Inspección Comunal del Trabajo Sur Oriente (2013): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4111-2013, de 27 de agosto de 2013 (recurso de queja), considerando primero.

**c) Irretroactividad**

Creemos que, para efectos de nuestro estudio, la irretroactividad en el ámbito sancionatorio laboral consistirá en la prohibición de imponer una sanción, respecto de alguna conducta infractora del trabajador que no se encontraba tipificada al momento de su acaecimiento.

**d) Prescriptibilidad o perdón de la causal**

Luego, nos parece que la prescriptibilidad se extiende hacia la imposibilidad de sancionar una conducta que, si bien se encontraba tipificada al momento de su concreción, no ha sido sancionada al momento de ser conocida por parte del empleador, sino que se ha dejado pasar un tiempo sin reacción. Esto es lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado: “*perdón de la causal*”.

El perdón de la causal o “condonación de una falta” se produce cuando el empleador ha sido tolerante con una determinada actitud o conducta de su trabajador, por cierto lapso, que ha de ser determinado discrecionalmente por el tribunal. Se trata de una institución elaborada por la doctrina laboral a partir de dos ideas o nociones, a saber, la de “reconocimiento de la voluntad presunta” y la de “consolidación de las

situaciones”, pues si el empleador nada hace para sancionar la falta o conducta perpetrada por el trabajador dentro de un período más o menos inmediato o cercano a su comisión, se presume su voluntad de perdonarla. Lo que también ocurre si aplicó una sanción de menor entidad, caso en el que se entremezclaría con el principio “*non bis in idem*”.

Dicho postulado doctrinario<sup>52</sup> es plenamente aceptado en sede judicial, pues se ha sostenido que, si no se materializa el despido inmediatamente después de la falta, se debe entender que el empleador renunció tácitamente a la aplicación de la causal de término de contrato de trabajo.

Con todo, la inactividad que hace “prescribir” la sanción disciplinaria, sólo opera respecto del trabajador y no resulta aplicable para los casos de despido indirecto, en razón de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. Así se ha fallado<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. 2009. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. Derecho Individual de Trabajo (continuación) y Derecho Procesal de Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 64.

<sup>53</sup> “*Que, sin embargo, atendido lo señalado en el motivo 2º, no puede aceptarse la figura doctrinaria del <perdón de la causal> cuando es el empleador el que incumple gravemente las obligaciones que le impone el contrato de trabajo, y el dependiente deja transcurrir un tiempo prolongado antes de accionar por autodespido o despido indirecto; razón por la que se debe concluir que al admitirse la alegación formulada por el demandado, en orden a que la demanda subsidiaria por despido indirecto debe ser desestimada, por haber operado el <perdón de la causal>, se conculcó lo que dispone el inciso 2º del artículo 5 del Código del Trabajo, lo que conduce a que se acoja el recurso*”. Nicole Rivera Pavez con Hipermercado Nos Limitada (2014): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 12.514-2013, de 23 de junio de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando cuarto.

**e) Presunción de inocencia**

La imposición de una sanción se inserta dentro de un proceso punitivo o disciplinario, por lo que el derecho de que se presuma la inocencia del trabajador, es una garantía de que debe investirse el poder disciplinario del empleador.

La novena sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado:

*“Al margen de su pertinencia en materias laborales, el punto es que la presunción de inocencia corresponde a un derecho fundamental (artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica)”<sup>54</sup>.*

**f) Proporcionalidad**

La jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>55</sup> ha señalado que la proporcionalidad se analiza tomando en consideración tres factores. Por una parte, la idoneidad del medio utilizado por el empleador en ejercicio de su potestad disciplinaria, por otra, si dicho medio es útil para el fin que se persigue con la conducta, y la proporcionalidad propiamente tal, en virtud de la cual se produce un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio

---

<sup>54</sup> Rodríguez con FTF Montajes de Andamios Ltda. (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 384-2013, de 7 de junio de 2013 (recurso de nulidad), considerando quinto.

<sup>55</sup> Zamora con Colegio de los Sagrados Corazones Monjas Francesas De Viña Del Mar (2015): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT N° T-212-2014, de 13 de mayo de 2015 (demanda de tutela por vulneración de derechos fundamentales), considerando tercero.

empleado para constreñir el derecho fundamental respecto del fin deseado, en relación al ejercicio del propio derecho.

En consecuencia, la proporcionalidad como requisito de la potestad disciplinaria del empleador, debe sortear tres juicios copulativos.

i) Juicio de idoneidad

La idoneidad implica que la sanción impuesta por el empleador es idónea para alcanzar un fin que posea naturaleza legítima, v.gr. sanción, disuasión o reeducación del resto de los trabajadores.

ii) Juicio de necesidad

El juicio de necesidad por otra parte, implica que la medida sea indispensable para lograr el fin legítimo.

En otros términos, será necesaria y proporcionada la conducta del empleador, sólo cuando no exista un medio menos gravoso de obtener el medio perseguido.

iii) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto, conlleva la necesaria ponderación. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción del derecho del trabajador (v.gr. a la estabilidad relativa en el empleo), tanto mayor debe ser el cumplimiento de los parámetros de proporcionalidad y necesidad.

## **6. Fundamentos laborales-constitucionales del poder disciplinario empleador**

El presente apartado tiene por finalidad abrir el análisis de la libertad de trabajo con especial énfasis en la titularidad del empleador, a partir del esbozo de la exposición del trasfondo *iusfundamental* de su poder disciplinario, hasta llegar a la facultad de despido, como objeto de nuestro estudio.

Los fundamentos constitucionales del poder disciplinario los hallamos en el derecho de propiedad, en la libertad de emprendimiento y en la libertad de contratación desde la perspectiva negativa, que se traduce en la facultad del empleador de despedir a un trabajador, sujeto sólo a las limitaciones legales. Nuestra jurisprudencia ha sentenciado que el ejercicio del poder disciplinario genera una colisión de derechos, sin que aquello implique necesariamente un desconocimiento a los derechos fundamentales

de los trabajadores, “*sino que por el contrario, una constatación de que en la práctica se produce constantemente una tensión entre derechos que colisionan entre ellos, por un lado los propios y característicos de la potestad de mando y disciplinaria, que ha sido asociada al derecho de propiedad y a la libertad empresarial y por otro los derechos que emanan del reconocimiento de que el trabajador es un ciudadano que está amparado constitucionalmente por la protección de su dignidad, libertad e igualdad*”<sup>56</sup>.

El derecho de propiedad del empresario detenta un interés de carácter constitucional<sup>57</sup>, sustentado normativamente en el artículo 19 N° 24 de nuestra Carta Fundamental. Esto porque el empleador es dueño de los medios de producción y, el derecho de propiedad es uno de los derechos básicos del empresario, aun cuando se encuentra limitado por la ley y por razones de orden público<sup>58</sup>.

La doctrina especializada ha señalado que la titularidad del dominio de los medios de producción, “*así como cualquier otra que le habilite a desarrollar su*

---

<sup>56</sup>Leviche Zapata con Comunidad Edificio Country Club Plaza (2014): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT N° T-190-2014, de 7 de julio de 2014 (procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales), considerando segundo.

<sup>57</sup>UGARTE CATALDO, José Luis. 2011. Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 36, p. 158.

<sup>58</sup>FALCHETTI, Roberto. 2011. Los derechos de los empleadores en materia laboral y sus proyecciones en el MERCOSUR. En: Derecho de los Empleadores en el MERCOSUR (Montevideo, 10 de septiembre de 2001). Derecho de los Empleadores. Estudio de países. [en línea]. Santiago Chile. Organización Internacional el Trabajo, 2002, pp. 107 y 108. <<http://www.oit Chile.cl/pdf/dia/dia016.pdf>>. [Consulta: 5 septiembre 2015].



*actividad”, redunda en que el empresario pueda gozar de una efectiva autonomía para explotar y aprovechar los bienes sobre los cuales ejerce sus potestades<sup>59</sup>.*

El citado autor, agrega:

*“El empresario podrá decidir el destino de aquellos bienes sobre los cuales ostenta la condición de dominus, ordenándolos para un fin productivo determinado. Él goza, producto de este derecho, de una amplia libertad para determinar el destino final de los bienes, pudiendo conducirlos según la mejor conveniencia económica de los mismos”<sup>60</sup>.*

Por su parte, la libertad de emprendimiento se encuentra consignada en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Con todo, el criterio sustentado por nuestros tribunales en los casos en que existe colisión entre la facultad disciplinaria y el derecho del trabajador a la libertad de trabajo o libertad de emprendimiento (a propósito de las cláusulas de no competencia), es que éstas últimas garantías deben primar por sobre la primera, sin aferrarse a un análisis concienzudo en donde se haga cargo de los fundamentos constitucionales del poder disciplinario del empleador.

---

<sup>59</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de la empresa. Revista Estudios Constitucionales N° 2, p. 384.

<sup>60</sup>Op cit. p. 385.

Así, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de 2015, anunció:

*“En esa línea, se debe recordar dos cosas trascendentes, una es que las causales del artículo 160 del Código del Trabajo son disciplinarias, de modo tal que su interpretación es restrictiva, no abarcan casos para los que expresamente fueron establecidas y, segundo, la causal del N°2 debe interpretarse de forma aún más restrictiva, toda vez que ella puede entrar en colisión con la protección constitucional de la libertad de trabajo y emprendimiento, primando siempre esta última por su rango constitucional. De modo tal que no existe forma que se concluya que esa sola circunstancia configure la causal”<sup>61</sup>.*

La citada judicatura omite en su razonamiento que el ejercicio del despido disciplinario es una facultad emanada de la libertad de trabajo que compete al empleador, por lo que no puede atribuir un predominio bajo cualquier circunstancia de los derechos de los trabajadores.

---

<sup>61</sup> Espinoza con LeducDrillin (2015): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT N° T-303-2014, de 8 de enero de 2015 (procedimiento de tutela por vulneración de derechos), considerando octavo.

## **7. Conclusiones al capítulo**

La libertad de trabajo es un derecho fundamental reconocido al empleador por el artículo 19 N° 16 de nuestra Constitución, bajo el supuesto de que a nadie le será impuesto un trabajador. La extensión de dicha garantía constitucional abarca no sólo el momento de la contratación laboral, sino que alcanza el momento de la extinción de dicha convención, cuando el empleador, en ejercicio del poder disciplinario emanado del poder de mando que conforma el contenido jurídico-instrumental del contrato de trabajo, despide al trabajador.

Por supuesto, los fundamentos de la decisión que llevan al empleador a aplicar la medida de despido disciplinario pueden ser infinitos e inimaginables, pero lo cierto es que la relación de trabajo importa una serie de deberes y obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento puede, eventualmente acarrear el despido. Lo anterior tiene importancia desde la óptica de los deberes contractuales. Tanto el contenido patrimonial, ético-jurídico y jurídico-instrumental obligan a las partes de la relación laboral y su quebrantamiento acarrea consecuencias jurídicas. Ergo, si el empleador no paga al trabajador las remuneraciones adeudadas, podrá recurrir a la jurisdicción para que ésta le ordene hacerlo; si el empleador discrimina arbitrariamente al trabajador, éste podrá recurrir de tutela laboral y el empleador será compelido a pagar una indemnización de perjuicios, entre las varias medidas que puede adoptar el tribunal. Sin embargo, si el trabajador no cumple con las labores para las cuales fue contratado, lo hace de manera imperfecta o no acata las órdenes o instrucciones emanadas del empleador, y, la

consecuencia de dichos incumplimientos es el despido, el sistema tautológico de incumplimiento y responsabilidad del trabajador, se caen a merced del principio *pro operario* y del carácter sobre-tuitivo del Derecho Laboral.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ASPECTO BIDIMENSIONAL DE LA LIBERTAD DE TRABAJO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

#### 1. Introducción al capítulo

La libertad de trabajo tiene un aspecto bi-faz según la perspectiva de las partes del contrato de trabajo de que se trate.

Desde la perspectiva del trabajador la libertad de trabajo significa que éste tiene derecho a buscar, obtener, ejecutar, desempeñar o desarrollar cualquier actividad que recaiga dentro de la licitud del marco legal. En tal sentido, resulta ilustrativo lo señalado por el comisionado Evans de la Cuadra, quien señalara que la libertad de trabajo que incluye la libertad de contratación del trabajador:

*“(...) habilita a toda persona a buscar; obtener; practicar; ejercer o desempeñar cualquier actividad remuneratoria, profesión u oficio lícitos, vale decir; no prohibidos por la ley.*

*Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación (...) la garantía culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución (...) El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un*

*trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución”<sup>62</sup>.*

Pues bien, tal y como se desprende de la última parte de la cita del referido miembro de la comisión constituyente para la nueva Constitución, la libertad de trabajo no sólo es un derecho fundamental del trabajador, sino que es un derecho del mismo rango para el empleador.

Debemos adicionar otra observación derivada de la cita al comisionado, y es que el alcance de ambas garantías difiere en cuanto a su vigencia dentro de la relación laboral. Así, la garantía de la libertad de trabajo del trabajador culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución, mientras la garantía del empleador se manifiesta con igual refulgencia tanto al inicio de la relación laboral como al término de la misma, en la medida en que tampoco puede imponerse un trabajador a un empleador que no desea mantenerlo dentro de su organización empresarial. En tal entendido, la libertad de trabajo que compete al empleador es una “libertad de contratación” que se extiende hasta el término de la vinculación de trabajo.

---

<sup>62</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. 1999. Los derechos constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 10.

## 2. Conceptualización

El presente capítulo hará converger el análisis en torno a las dos dimensiones identificadas respecto de la libertad de trabajo como garantía iusfundamental-laboral del trabajador y del empleador.

Hemos de hacer constar un alcance particular respecto del tratamiento que la libertad de trabajo tendrá en el presente estudio y a la cual nos aproximamos en la parte introductoria de este capítulo. Existen trabajos académicos que analizan los alcances de la libertad referida a propósito del momento de su configuración, vale decir, al momento de constituir la relación laboral, al momento de la ejecución del vínculo laboral o al momento de la extinción del mismo<sup>63</sup>.

Con todo y aun cuando nos parezca útil sustancialmente la distinción, nuestro foco de atención se centrará en la libertad de trabajo al tiempo de convenirse y de ejecutar la relación de trabajo desde la perspectiva del trabajador y al momento de extinguirse la vinculación laboral, desde el punto de vista del empleador.

Formulada la advertencia anterior, debemos señalar que la libertad de trabajo aparece consagrada dentro del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República (numeral 16 inciso 1°), razón por la cual

---

<sup>63</sup> Véase en QUIÑONES INFANTE, Sergio. 2007. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en Perú. Lima, Editorial Palestra.

amerita una definición desde el ámbito del Derecho Constitucional y otra, desde su caracterización propia del Derecho Laboral.

En el citado orden de ideas, cabe precisar que la conceptualización de los derechos fundamentales no ha sido un punto pacífico en doctrina, ni en cuanto a su significación ni en cuanto a su apropiada denominación<sup>64</sup>. Empero, el presente estudio no pretende hacer cargo de estas cuestiones, puesto que exceden su objeto y se distancian de los aspectos necesarios y útiles de nuestra argumentación.

Así las cosas, nos parece apropiado utilizar, para nuestros efectos, la definición dada por la doctrina comparada, a través de las siguientes expresiones:

*“En esencia, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, entendiendo por universal el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de las clases de sujetos que son titulares de los mismos”*<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> De la cuenta de tal discusión, véase: “Hasta tal punto esto es así que casi no puede hablarse de un criterio unánime en la Doctrina respecto siquiera del término «Derechos Humanos». Así esta expresión se suele relacionar con otras denominaciones que se emplean habitualmente como sinónimos, tales como Derecho Natural, Derechos Fundamentales, Libertades Públicas, Libertades Fundamentales, Derechos Públicos subjetivos etc.”. HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. 2002. Sistemas internacionales de Derechos Humanos. Madrid, Editorial Dykinson, p. 29.

<sup>65</sup> MURO ARELLANO, Martha. 2007. Derechos Fundamentales. México D.F., Editorial Instituto de la Judicatura Federal, p. 236.



De igual forma, la rica y profusa doctrina alemana sobre derechos fundamentales, ha señalado que los derechos fundamentales se sitúan en un plano de distribución entre la libertad del sujeto y el poder del Estado, resultando de dicho proceso, dos esferas:

*“(...) una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable”<sup>66</sup>.*

Lo anterior denota cómo la libertad individual es el núcleo<sup>67</sup> desde donde los derechos fundamentales difuminan sus efectos hacia otras áreas de la vida del ser humano.

Ahora bien, desde un plano laboral, es preciso distinguir la generalidad o especificidad de los derechos fundamentales que rodean la esfera de protección del trabajo, con la finalidad de determinar en qué ámbito se sitúa la libertad de trabajo.

Los derechos fundamentales que tienen como titular al trabajador pueden clasificarse como derechos fundamentales específicos e inespecíficos. Los primeros dicen relación con la protección del trabajador considerado como miembro de una organización de representación de intereses. La doctrina laboral ha sindicado el poder

---

<sup>66</sup> SCHMITT, Carl. 1982. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, p. 170.

<sup>67</sup> MIRABAL RENDÓN, Iván. 2014. Notas sobre los derechos fundamentales laborales y la teoría de la ponderación. Revista Derecho del Trabajo de la Fundación Universitas N° 17, p. 18.

democratizador de esta dimensión de tutela laboral, en la medida en que limita al empleador en el ejercicio de su poder económico y direccional<sup>68</sup>.

En otros términos, los derechos laborales específicos son aquellos derechos fundamentales que tienen aplicación de forma exclusiva o primordial en el campo del derecho del trabajo, tal y como la libertad de trabajo consagrada en el numeral 16 del artículo 19 del Código Político.

Luego, los derechos fundamentales inespecíficos son aquellos derechos humanos propios del trabajador, pero no considerado como trabajador, sino que como ciudadano<sup>69</sup>.

Ahora bien, desde la perspectiva de la eficacia de ambos derechos fundamentales, aquellos insertos en el área laboral, es decir, la de los derechos específicos deriva, en cuanto a su exigibilidad, de la obligatoriedad que tienen los derechos fundamentales frente a terceros; idea recogida por la teoría de la eficacia horizontal. En tal sentido, el origen de la citada doctrina se remonta a la República de Weimar en Alemania, producto de la acuñación de la noción del Estado Social en donde

---

<sup>68</sup> UGARTE CATALDO, José Luis. 2010. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 3.

<sup>69</sup> PARRA, Waldo. 2013. El concepto de derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral chileno y la tutela jurídica de su eficacia horizontal. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 14.

se reconoce que los derechos fundamentales pueden ser lesionados tanto por el Estado, como por privados<sup>70</sup>.

Habida consideración de los derechos laborales específicos, ajenos a la noción de ciudadanía laboral<sup>71</sup>, la libertad de trabajo cohabita con un plexo de derechos fundamentales que tienen como titular al trabajador.

Se trata, por tanto, de un derecho fundamental específico (libertad de trabajo) que sólo dimensiona, desde su conceptualización, la faceta tutelar pertinente al trabajador, excluyendo la titularidad que cabe al empleador. Nuestra afirmación anterior tiene dos fundamentos.

a) Primero, según tuvimos oportunidad de precisar, desde el ámbito laboral general, la doctrina ha definido los derechos fundamentales específicos, dentro de los cuales se inserta la libertad de trabajo, como aquel “*derecho humano propio del trabajador*”. Desde el ámbito jurisprudencial, los tribunales del trabajo han seguido

---

<sup>70</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 2011. La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima, Ediciones Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 281. Véase además en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian. 2007. El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. Revista Ius et Praxis 13(1): pp. 205-243.

<sup>71</sup> Véase en MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2013. Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20(2): pp. 373-404.

invariablemente dicha noción, entendiéndolos como *“aquellos que protegen la actividad organizativa del trabajador”*<sup>72</sup>.

En el mismo sentido, nuestra Corte Suprema, utiliza el calificativo “específicos” para referirse a aquellos derechos fundamentales propiamente laborales del trabajador<sup>73</sup>. A mayor abundamiento, también la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, ha impetrado el análisis de los derechos fundamentales específicos o laborales, sólo desde la perspectiva del trabajador<sup>74</sup>.

En efecto, cuando los operadores jurídicos y los principales actores del campo laboral abordan el tópico de los derechos fundamentales laborales lo hacen de forma restringida absorbiendo sólo la tutela del trabajador.

Lo anterior denota la inexistencia de derechos fundamentales laborales del empleador, contrariando el reconocimiento expreso que ha hecho la OIT en torno al derecho fundamental laboral del empleador de constituir organizaciones sindicales. En el citado contexto, la OIT ha expresado:

*“Todos los trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a ellas, con objeto de*

---

<sup>72</sup> C.F.F.F. con Fundación Educacional Padre M.T.A. (2015): Juzgado de Letras de Constitución, Sentencia ROL N° T-1-2015, de 13 de mayo de 2015 (tutela de derechos fundamentales), considerando primero.

<sup>73</sup> Véase en García con Telepizza (2012): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2202-2012, de 18 de enero de 2013 (recurso de nulidad), considerando sexto.

<sup>74</sup> Dirección del Trabajo, ORD. N° 2210-035, de 5 de junio de 2009.

*promover y defender sus respectivos intereses y de celebrar negociaciones colectivas con la otra parte, libremente y sin injerencia de unas con respecto a otras ni intromisión del Estado”<sup>75</sup>.*

La noción de derechos fundamentales en el trabajo (y no de derechos fundamentales del trabajador) es una nomenclatura utilizada en el seno de los documentos y conferencias realizadas por la OIT, tal y como consta en informes, tales como en el denominado “Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo”, en donde se señala:

*“El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), se aplica a los trabajadores y a los empleadores y a sus organizaciones y consagra los siguientes derechos:*

- Los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen*

---

<sup>75</sup> Organización Internacional del Trabajo. 2008. La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas: Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª Reunión, Informe I (B), p. 9.

*convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”<sup>76</sup>.*

Lo anterior implica una cobertura amplia y general, una visión omnicomprendiva de los derechos fundamentales insertos en el seno de las relaciones laborales que, si bien es cierto, en su mayoría tendrán como titular exclusivo al trabajador (v.gr. derecho a la no discriminación laboral), no se sustentan sobre un sujeto activo excluyente en todas las hipótesis.

Por tanto, no es efectiva la afirmación que tiene como únicos sujetos tutelados mediante los derechos fundamentales laborales al trabajador. Una premisa de dicho carácter será absolutista y totalitaria y, excluirá, a la vez, al empleador como sujeto de derechos subjetivos consagrados en la Carta Fundamental, al menos desde la óptica de la libertad sindical.

b) Desde otro punto de vista, creemos que no es tan lamentable el vendaje teórico para con el reconocimiento de una esfera de la libertad de trabajo que pertenece al empleador (abordado desde la perspectiva doctrinaria y desde el marco de la nomenclatura utilizada por la jurisprudencia judicial y administrativa), como aquel vendaje práctico, sujeto al rechazo de las defensas deducidas por el empleador cuando el

---

<sup>76</sup> Organización Internacional del Trabajo. 2003. Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo. Madrid, Editado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones.

trabajador demanda la conculcación de su esfera de libertad de trabajo o algún otro derecho fundamental o legal, devengado por los tribunales de justicia.

La razón de sostener el mayor peligro existente en el vacío de contenido de la libertad de trabajo del empleador en el marco del tratamiento jurisprudencial, radica en que, aun cuando desde el espectro teórico sólo se hiciera referencia a los derechos fundamentales que tienen como titular al trabajador, si se reconociera en sede judicial la existencia de la titularidad que compete al empleador, la problemática no sería mayor. Empero, la vacuidad de la libertad de trabajo del empleador tiene manifestaciones prácticas, además de aquellas teóricas que apuntamos con antelación.

Así las cosas, nuestra investigación no se centra en la misión de comprobar la titularidad activa del empleador respecto del derecho fundamental a la libertad de trabajo, dado que eso consta desde las actas de la Comisión Constituyente<sup>77</sup>. Por el contrario, nuestro objeto se centra en la demostración de la ineficacia e inutilidad de dicho derecho del empleador ante la respuesta jurisprudencial dada a los conflictos suscitados en el seno del despido del trabajador.

c) Nuestro tercer argumento en torno al problema de desconocimiento del aspecto bidimensional de la libertad de trabajo, se alinea con la finalidad última sindicada como objeto del Derecho Laboral.

---

<sup>77</sup> Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 199, Op. cit. pp. 13-17.

Así las cosas, la dogmática jurídica, reflejo del carácter tutelar del Derecho del Trabajo, posicionan al “hombre” como eje central de dicha rama del Derecho y del cúmulo de derechos laborales fundamentales amparados por las legislaciones y constituciones en el mundo entero, en especial, por aquellas pertenecientes a países que forman parte del máximo organismo internacional del trabajo (O.I.T.). En tal sentido, se han utilizado expresiones tales como:

*“(...) el hombre es el destinatario final y sujeto último de la sociedad, del Estado y del derecho”<sup>78</sup>.*

Sin embargo, es evidente que el único “hombre” que forma parte del núcleo, eje y fin del Derecho Laboral y de los derechos fundamentales que en él se insertan, es el “hombre-trabajador”, vaciando de contenido la libertad de trabajo del “hombre-empendedor”, como una suerte de caricaturización en donde el empleador es el villano de una historia de terror y de tortura y el trabajador la víctima de los padecimientos.

Finalmente, debemos resaltar la importancia de analizar los alcances de la libertad de trabajo del trabajador con la finalidad de determinar los límites que de ella derivan respecto del derecho fundamental del empleador

---

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Rosiris. 2009. Derechos Fundamentales y Derechos Laborales. Revista Derecho del Trabajo de la Fundación Universitas N° 7, p. 799.



### **3. Libertad de trabajo y protección al trabajador**

#### **3.1 Contenido y alcances de la libertad de trabajo desde la perspectiva del trabajador**

El Tribunal Constitucional chileno ha señalado que el derecho constitucional a la libertad de trabajo debe ser entendido en un sentido amplio, dado que protege no sólo al trabajador asalariado, sino que también al trabajador independiente<sup>79</sup>.

En cuanto al espectro sustancial del derecho a la libertad de trabajo, cabe tener presente que el derecho fundamental contenido en el inciso 1º del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, no se extiende sólo a la libertad de trabajo, sino que también a su protección. En tal sentido, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha sostenido:

*“(…) la libertad de trabajo y su protección ‘es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley’ (Enrique Evans de la Cuadra, Derechos Constitucionales, Tomo III, p. 10). Ya decía Carnelutti que ‘un hombre obligado es un hombre*

---

<sup>79</sup> Colegio de Abogados de Chile A.G (2009): Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1254-2008, de 29 de julio de 2009 (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), considerando octogésimo primero.

*ligado y un hombre ligado no tiene libertad' (Arte del Derecho, México, 2002, p. 5)»<sup>80</sup>.*

El derecho fundamental de libertad de trabajo y su protección, incluye el reconocimiento de que todo trabajador debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de un descanso adecuado y de que exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida.

Las voces doctrinarias han recalcado el carácter de atributo de la persona humana de la citada libertad, en el siguiente orden de ideas:

*“Esta protección supone reconocer que el trabajo es un atributo esencial de la persona, que se integra en su dignidad y patrimonio, y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y ampare”<sup>81</sup>.*

---

<sup>80</sup>Op. cit. considerando octogésimo noveno.

<sup>81</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2006. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado (9): p. 53.

En el mismo sentido, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no sólo se limita a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Carta Fundamental extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo.

De lo señalado hasta acá, es posible visualizar cómo la doctrina y la jurisprudencia han figurado ciertas aproximaciones al concepto de la libertad en estudio, empero, lo han hecho desde la adjetivación. Con todo, desde la óptica conceptual, es preciso retomar las bases propuestas por su formulación original.

En el citado contexto, la libertad de trabajo se estableció, de modo primitivo, en el Edicto de Turgot en el año 1776, contemplando la libertad para ejercer la especie de comercio y profesión de artes y oficios que le plazca al individuo. Dicha fórmula fue históricamente recogida en la mayoría de constituciones –incluidas la chilena– a través del reconocimiento genérico de la libertad de trabajo, industria y comercio; y evolucionaría hasta llegar a disposiciones normativas técnicamente más específicas como la contenida en nuestra Carta Fundamental. Así y, en el seno de la Revolución Francesa, la libertad de trabajo se concibe como un derecho individual<sup>82</sup>, sin perjuicio de sus dimensiones sociales, constituye una secuencia del principio general de libertad

---

<sup>82</sup> QUIÑONES INFANTE, Sergio. 2007. Op. cit. p. 57.

humana<sup>83</sup>. Ergo, pese a su ubicación en la geografía constitucional, dentro del numerando 16 del artículo 19, no cabe duda que esta disposición no es más que una manifestación particular del principio jurídico de igualdad (artículo 19 N° 2), cuya incorporación en el citado número de la libertad de trabajo se explica más bien por la materia que, en rigor, por su contenido<sup>84</sup>.

En el plano nacional, la libertad de trabajo tiene su origen en el artículo 142 de la Constitución de 1833, inspirada en las teorías liberales predominantes de la época, que establecía:

*"Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así".*

La redacción de la norma se reprodujo casi sin variaciones por las siguientes Constituciones. En efecto, la Carta Fundamental de 1925 y de 1980 consagraron la libertad de trabajo como una garantía que implicaba para el individuo la posibilidad de

---

<sup>83</sup> BARRAGÁN, José. 1990. La libertad de trabajo, profesión y la cuestión obrera en la Constitución de 1917. Anuario Jurídico de la Universidad Nacional Autónoma de México (17): p. 12.

<sup>84</sup> En este sentido, véase M.R.R.U con Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana (2015): Juzgado de Letras de Punta Arenas, Sentencia ROL N° T-1-2015, de 7 de julio de 2015 (procedimiento de tutela laboral), considerando primero.

*“buscar, obtener, ejecutar, desempeñar o desarrollar cualquier actividad que recayera dentro de la licitud del marco legal”<sup>85</sup>.*

Sin perjuicio de lo anterior, el constituyente de 1925, amplió la garantía a la protección del trabajo, de la industria y de las obras de previsión social, especialmente, en cuanto a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y de su familia.

Lo anterior denota los matices sociales de la libertad de trabajo, en la medida en que corresponde al Estado asegurar un estado de bienestar mínimo a través del trabajo.

Sin embargo, sólo hasta 1971, mediante la entrada en vigencia del Estatuto de Garantías Constitucionales<sup>86</sup>, se introdujo una redacción muy similar a la actual, asegurando la libertad de trabajo y su protección.

Posteriormente, la Carta de 1980 se apartó de la consagración del derecho al trabajo, debido a la imposibilidad del Estado de asegurar dicha prestación, volviendo a

---

<sup>85</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 1992. Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile 19(3): p. 492.

<sup>86</sup> El proyecto de reforma constitucional de 1971 introdujo, bajo el epígrafe “garantías del trabajo”, el derecho a la libertad de trabajo y su protección, el derecho a obtener una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan y el derecho a sindicalizarse, así como también la libertad de los sindicatos para desarrollar sus labores. Véase en CARRASCO DELGADO, Sergio. 1970. Estatuto de Garantías Democráticas. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción 38(153): pp. 121-128.

su fisionomía liberal que importa la libertad para trabajar en el giro o ámbito que a la persona le plazca y la protección de dicho trabajo.

En tal sentido, resultan iluminadoras las apreciaciones sostenidas por J. Guzmán en el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, quien expuso:

*“Sus razones se basan en que si se repara en la redacción del precepto, se apreciará que cuando se habla de que una persona tiene ‘derecho al trabajo’, se está también apuntando a una aspiración programática, en cierto modo, porque en un país donde hay cesantía es evidente que tal derecho no les está reconocido a determinadas personas. Estima que la cesantía -en la actualidad, más alta que en otras épocas de la historia de nuestro país y de otros lugares del mundo- es, sin embargo, en porcentaje relativamente significativo, una realidad contemporánea de todas las naciones. De modo que la inquietud surgida aquí respecto de la parte final del precepto, pretende llevarla a la parte inicial del mismo, pues ya no solamente podría darse el caso de alguien que recurriera a los tribunales a sostener que estos deben directamente concederle la justa participación en los beneficios que provengan de su actividad, sino que podría recurrir a ellos por algo mucho más elemental, como es para decir que está sin trabajo; que la Constitución le garantiza el derecho al trabajo y la facultad de ocurrir ante los tribunales para que sus derechos sean resguardados, y que se arbitren los medios*

*para que efectivamente este derecho le sea respetado, lo cual, obviamente, desborda las posibilidades de acción de los tribunales"*<sup>87</sup>.

En suma, la actual redacción de la libertad de trabajo en nuestra Constitución permite extraer ciertas observaciones:

a) La libertad de trabajo y la protección del trabajo son derechos fundamentales individuales, devengados a propósito del principio general de libertad que reconoce la autonomía del sujeto en todos los ámbitos del actuar privado.

b) Desde los orígenes del Derecho del Trabajo se ha tutelado la libertad de trabajo en armonía con la dignidad del trabajador. Los ordenamientos jurídicos y, especialmente, los textos constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial establecen en forma explícita diversas garantías constitucionales de orden laboral, a saber, la libertad de trabajo, el derecho al trabajo, la justa retribución, la no discriminación, etc.

c) La libertad de trabajo habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por ley, de modo que a nadie le sea impuesto un trabajo o un trabajador.

---

<sup>87</sup> Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, Sesión 194 de 25 de marzo de 1976.

d) La libertad de trabajo ampara no sólo la libertad de contratación, sino también la libre elección del trabajo, abarcando tanto al trabajo dependiente como al independiente.

e) La Carta Fundamental contempla la posibilidad de que existan trabajos prohibidos por oponerse a la moral, la seguridad o la salubridad públicas o el interés nacional.

Así las cosas, la garantía individual de libertad de trabajo que consagra el inciso 1° de la Constitución Política de la República, no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base a los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos:

- a) Que no se trate de una actividad ilícita.
- b) Que no se afecten derechos de terceros; y,
- c) Que no se afecten derechos de la sociedad en general.

En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida en que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley.



El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro.

Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad. Esto porque, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor, se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse el bien común en una proporción mayor del beneficio que obtendría el individuo.

Es pues, dentro del segundo óbice previsto para la libertad de trabajo desde la perspectiva del trabajador, en donde situaremos nuestro foco argumentativo, en aras a desentrañar los alcances de lo que la libertad importa para el empleador.

## **3.2 Libertad de trabajo y principio protector**

### **3.2.1 Concepto**

Los principios generales del Derecho constituyen una importante herramienta que han de utilizar los jueces en su labor de interpretación e integración de las normas legales.

En sede laboral, el principio de protección es de la esencia del Derecho del Trabajo, dado que dicha rama y las construcciones jurídicas que sobre ella versan, se edifican sobre la base de una consideración preliminar: el trabajador es un sujeto que merece tutela jurídica a raíz de su calidad desmejorada en el proceso de negociación de las condiciones laborales<sup>88</sup>, por tanto, la legislación del trabajo procura compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica que lo favorezca<sup>89</sup>.

Así las cosas, el principio de protección es el eje rector de la interpretación recaída tanto en la ley laboral como en el contrato de trabajo, siendo sus más importantes manifestaciones:

---

<sup>88</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. El ABC del contrato de trabajo. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 160.

<sup>89</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 1998. Los principios del derecho del trabajo. 3ª edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Depalma, p. 63.

a) El principio del *indubio pro operario*, en virtud del cual, el juez, ante dos o más posibles interpretaciones, debe preferir aquella que sea más favorable al trabajador. En el referido contexto, la doctrina laboralista ha expresado:

*“En el contrato de trabajo las cláusulas ambiguas deberán ser interpretadas según la regla in dubio pro operario, así como el reglamento interno de la empresa y el contrato colectivo. (...) No se trata de corregir la norma o de integrarla, sino sólo de determinar su verdadero sentido entre varios posibles. Este criterio debe aplicarse al interpretar tanto la ley, como el contrato individual de trabajo y el reglamento interno de la empresa”*<sup>90</sup>.

El denominado indistintamente, “*principio pro operario*” o regla “*indubio pro operario*”, es uno de los más importantes principios inspiradores del Derecho del Trabajo, conforme al cual los jueces en caso de duda deben escoger la exégesis más favorable al trabajador, pudiendo auxiliar al sentenciador en la resolución del asunto, arrojando luz sobre la interpretación más acertada, la que resulte, además, consistente con el respeto que exige la garantía de la tutela judicial efectiva<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> ALONSO GARCÍA, Manuel. 1987. Curso de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Ariel Derecho, p. 836.

<sup>91</sup> En este sentido, J.S.S con Ministra Inés María Letelier Ferrada y la Fiscal Judicial M.G.A (2014): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4317-2014, de 12 de mayo de 2014 (recurso de queja), considerando sexto.

b) El principio de la norma más favorable, que supone la aplicación de la norma más ventajosa para el trabajador, cuando existen dos o más que se encuentren actualmente vigentes y que regulen una misma materia. Materialización de lo anterior es el artículo 311 del Código del Trabajo, que servirá de matriz hermenéutica del juez, en su misión de declarar el verdadero sentido y alcance de un instrumento contractual colectivo de trabajo<sup>92</sup>.

c) El principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar<sup>93</sup>. De lo anterior se desprende que, sin perjuicio de la facultad del empleador de modificar el contrato de trabajo, según dispone el artículo 12 del Código del Ramo, la jurisprudencia ha precisado que:

*“La facultad que se le reconoce al empleador, según se infiere del artículo 12 del Código del Trabajo, es de carácter excepcional, pues constituye una modificación a los principios generales del derecho relativo a que los contratos bilaterales – naturaleza que comparte el contrato de trabajo – no pueden ser modificados unilateralmente por una de las partes; y en atención a su condición de excepcional, esta debe interpretarse en forma restrictiva, pues si bien reconoce el poder de dirección del empresario, éste podrá ejercer esta facultad siempre que*

---

<sup>92</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 1998. Introducción al derecho del trabajo. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda., p. 140.

<sup>93</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. op. cit. p. 108.

*respete los derechos de los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo, excluyéndose entonces todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser tanto desde un punto de vista económico, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, como también desde un punto de vista social o moral*<sup>94</sup>.

La importancia del principio protector, en sede laboral, radica en la salvaguardia del trabajador ante los poderes empresariales. De allí que el Código del Trabajo establezca un contenido mínimo respecto del contrato de trabajo y ciertos derechos irrenunciables para el trabajador.

Por tanto, en armonía con la misión tutela del Derecho Laboral, la regla del *indubio pro operario*, como manifestación del principio protector, significará que el juez deberá interpretar las normas legales en función de una condición condescendiente con los derechos del trabajador. Lo anterior nos invita a cuestionar los alcances de dicha interpretación protectora en la medida en que se aplique de forma “infinita e ilimitada”. En otros términos, el sub-principio denominado “*indubio pro operario*” importa que, por sobre la valoración de los aspectos básicos del conflicto laboral, ¿la solución del caso deba siempre favorecer al trabajador?. Lo anterior no resulta banal luego de las siguientes aclaraciones.

---

<sup>94</sup> Código del Trabajo Interpretado. 2008. 3ª Edición. Tomo I. Santiago: Editorial Punto Lex S.A., p. 47.

Primero, de perogrullo aparece que los hechos sometidos a la decisión jurisdiccional que no sean idóneos para subsumirse dentro de los cánones de protección, vale decir, de una relación laboral, no podrán jamás considerarse como barómetro de ajuste entre la ley y la tutela propia del Derecho del Trabajo. Con todo, lo anterior no representa ninguna alteración a la interrogante que formulamos con antelación, en la medida en que nuestro sujeto de análisis es el trabajador, no cualquiera que pretenda que se aplique a su respecto la legislación laboral. En efecto, toda prestación de servicios realizada en los términos del artículo 8° del Código del Trabajo, es una relación laboral y no puede ser otra cosa, sin perjuicio de la informalidad que la haya rodeado, careciendo las partes de la libertad tipológica para determinar si una determinada relación contractual es o no de naturaleza laboral<sup>95</sup>.

Luego, lo que sí parece interesante es reflexionar sobre la extensión del principio protector a partir del ámbito funcional del Derecho del ramo, cuando se encuentran en juego derechos correspondientes al trabajador y al empleador, cuestión que reservaremos hasta el capítulo tercero, en donde intentaremos develar los criterios de adjudicación pro operario. Sin embargo, debemos lamentar el infortunio de que el principio protector y el sub-principio pro-operario sirvan como una suerte de “caja de pandora” para una serie de fallos judiciales sin sustento normativo alguno. Más peligroso aun, es el nocivo efecto de los sesgos generalizados de los tribunales de justicia ante la aplicación del Derecho

---

<sup>95</sup> En este sentido, véase R.N.G con Federación Gremial de Asociaciones de la Mediana, Pequeña Industria y Artesanado Quinta Región (2013): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° O-351-2013, de 22 de noviembre de 2013 (procedimiento ordinario cobro prestaciones laborales), considerando primero.

del Trabajo en la resolución de un asunto judicial. Esto porque la impartición de justicia requiere de imparcialidad y del examen pormenorizado de las circunstancias fácticas de cada caso sometido a decisión del juez. Atenta contra los principios y bases del estado de Derecho, declaraciones como las formuladas por el juez integrante de la sala laboral de la Corte Suprema, Ministro Carlos Cerda, quien, a propósito del Seminario “Los derechos fundamentales y la eficacia directa en el derecho laboral nacional: La experiencia italiana y chilena”, organizado por la Corte Suprema, que se llevó a cabo el 28 de julio del 2015, en el Salón de Honor del Palacio de tribunales, señaló:

*“(...) porque aquí no podemos decir lo que se piensa y yo como juez, hoy día en la Corte Suprema digo: yo estoy aquí para defender al trabajador en la materia laboral, porque el derecho laboral es tutelar de la parte más débil, es un derecho de fuero y eso no se lo callo a nadie, sin que nadie me pueda decir que por eso estoy pre-juiciando, es lo que el legislador quiere (...)”<sup>96</sup>.*

En el citado contexto, el Ministro Cerda dejó ver, de forma expresa, su inclinación *pro-operario*, en la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, aun cuando dicha declaración fue formulada en el seno de los derechos fundamentales laborales, soslayando la vigencia de los derechos fundamentales del empleador, entre los cuales se encuentra la libertad de contratación del numeral 16 del artículo 19 del Código Político.

---

<sup>96</sup> Corte Suprema [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=4wSjAbITh00>> [consulta: 15 mayo 2017].

En el mismo sentido, el Ministro también declaró:

*“Hoy día (...) corren vientos (...) de supeditar esta especial protección jurídica [refiriéndose al principio pro operario] del trabajo y del trabajador a la eficacia del sistema productivo.*

*Entonces el mundo del trabajador queda de suyo postergado, no tiene otra salida, por lo menos yo no la capto, entonces nada o poco vale la afirmación del principio pro operario”<sup>97</sup>.*

### **3.2.2 Efectos de la regla *indubio pro operario* en el ámbito sustancial de la libertad de trabajo**

Resulta de máximo interés detener nuestra investigación en el análisis de una de las reglas más relevantes en el proceso de hermenéutica legal, desde donde será posible advertir los ribetes jurisprudenciales de la libertad de trabajo como derecho del trabajador, en la medida en que ésta ha de orientar la discreción judicial al momento de determinar el alcance particular de la citada libertad para el caso en cuestión. El fundamento de anexar a nuestro estudio el de la regla *indubio pro operario* es que,

---

<sup>97</sup> *Ibidem.*



coincidimos con alguna doctrina que ha notado el peligro envuelto en la práctica de su utilización judicial, en la medida en que, a menudo los jueces eluden abocarse a la justificación de las cuestiones de fondo que rodean el conflicto sometido a su decisión, haciendo una alusión somera al sub-principio en comento.

De este modo, el profesor Alejandro Romero, al referirse al alcance de la responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo, denuncia:

*“(...) en repetidas ocasiones el análisis de este tema se ha visto mediatizado o empobrecido por la aplicación del denominado principio pro operario, con el cual algunos jueces han tratado de eludir un examen más riguroso de las cuestiones jurídicas que conlleva la responsabilidad subsidiaria, obteniendo una aplicación del artículo 64 del Código del Trabajo con grave infracción a las normas de derecho que debieran regir en esta materia”<sup>98</sup>.*

Aun cuando alguna jurisprudencia ha expresado la falta de conexión entre la libertad de trabajo y el principio pro operario<sup>99</sup>, lo cierto es que con o sin denominación

---

<sup>98</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro. 2000. La responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo: una lectura procesal. Revista Chilena de Derecho 27(1): p. 156.

<sup>99</sup> En este sentido, véase *“Que lo recién dicho, asimismo, es motivo más que suficiente para desechar el segundo capítulo que se afina en la infracción a la garantía del artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, pues la no aplicación del principio protector por el tribunal de la instancia es una cuestión que se asila en la ponderación que soberanamente se efectuó por el sentenciador del grado del material probatorio que se allegó a la causa. Por otra parte, merece observarse que la protección de la libertad de trabajo constituye una materia que nada tiene que ver aquí con el principio pro operario que esgrime el impugnante en su recurso”*. Isapre Colmena Golden Cross con M.J.T.L y otra (2015): Corte de

explícita, la interpretación más beneficiosa para el trabajador impregna la solución de conflictos laborales. No se trata en este punto de criticar dicha irradiación hacia el ámbito discrecional del juez, pues es innegable el carácter protector del Derecho Laboral, sino que, por el contrario, nuestro alcance sólo se refiere al defecto que genera en la dotación de contenido de la garantía contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, el hecho de que los jueces atribuyan una autoridad justificadora de sus decisiones al principio protector y, específicamente, a la regla del *indubio pro operario*.

Nos parece acertado el razonamiento emanado de la Corte Suprema a propósito de una materia distinta, pero cuyos postulados resultan aplicables a nuestra problemática. En suma, la existencia de una norma imperativa, sea de carácter legal o constitucional, no puede ser desatendida bajo el pretexto de aplicar el principio pro operario. En dichos términos, la citada judicatura declaró:

*“(...) cabe tener en consideración que la norma del inciso tercero del artículo 172 es una norma de carácter imperativo y que la existencia de un principio del Derecho del Trabajo, como lo es el principio pro-operario, no puede hacer que por su sola existencia se deje de aplicar normativa legal vigente”<sup>100</sup>.*

---

Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 236-2015, de 14 de octubre de 2015 (recurso de protección), considerando cuarto.

<sup>100</sup> E.S.V.K. con Principal Tanner Administradora General de F.S.A. (2015): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 32197-2014, de 28 de diciembre de 2015 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando tercero.

Por tanto y, como punto de partida, tenemos que la existencia de una norma legal vigente no puede soslayarse con la finalidad de atender el carácter protector del Derecho Laboral, por lo que dicha aplicación quedará siempre sujeta a la armonización de la norma y de la justicia en su expresión original<sup>101</sup>. “*Este dar a cada uno lo suyo no representa únicamente un fenómeno jurídico; es, sobre todo, una problemática moral, de otra manera, no sería posible atribuir a las normas un carácter efectivamente vinculante*”<sup>102</sup>.

Luego, desde una perspectiva ontológica, citaremos un fallo en donde la aplicación de la regla del *indubio pro operario*, sortea los cánones de la lógica exigidos al juez laboral, no tan sólo en la apreciación de la prueba, sino que en la resolución misma del conflicto.

En tal evento, el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en causa T-135-2014<sup>103</sup>, consideró conculcada la protección al trabajo del artículo 19 N° 16 de la Constitución y, en la determinación de las prestaciones a las que estaba obligado el empleador señaló expresamente:

*“Que, en consecuencia, teniendo presente que las partes acordaron que la remuneración mensual del demandante ascendía a la fecha de su remoción a la*

---

<sup>101</sup> Véase en CONTRERAS HAUSER, Marcelo. 1993. Perspectiva iusnaturalista de la justicia. Revista Chilena de Derecho 20(2-3): pp. 227-228.

<sup>102</sup> CONTRERAS, Sebastián. 2012. La justicia en Aristóteles. Una revisión de las ideas fundamentales de EthicaNicomachea. Revista Ágora. Estudios Clásicos en Debate (14): p. 76.

<sup>103</sup> En la especie, debemos advertir que no analizaremos aspectos de fondo sobre aplicabilidad del procedimiento de tutela respecto de los funcionarios públicos, cuestión que se debatió en el litigio.

*suma de \$3.822.027, la demandada será condenada en primer término al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo en esta suma, tal como lo previene el artículo 489 con relación al artículo 162, ambos del Código del Trabajo. Sin que se le aplique el tope de las 90 UF que establece el artículo 172 del Código del Trabajo, ya que, si bien, este límite está considerado para las indemnizaciones del Título V del Código del Trabajo, el artículo 489 exclusivamente ordena el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 162 inciso cuarto, sin ordenar que se le aplique el efecto que considera la norma del artículo 172 indicado, siendo esta interpretación más acorde al principio pro operario”<sup>104</sup>.*

En el caso sub-lite, el tribunal justifica la no aplicación de una norma expresa que impone un límite a la indemnización sustitutiva del aviso previo (artículo 172 del Código del Trabajo), al alero del principio pro operario, aun cuando el artículo 489 que ordena el pago de la referida indemnización para el empleador vencido en procedimiento de tutela no excluye el límite de las 90 UF. En justicia de lo anterior, nos parece que el juez del fondo no realizó una interpretación más favorable para con el trabajador, sino que creó una solución jurídica que no parece, desde ninguna perspectiva lógica posible, desprenderse de la letra de la ley.

---

<sup>104</sup> M.A.M.T con Servicio Nacional de Pesca y Agricultura (2015): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° T-135-2014, de 30 de enero de 2015 (procedimiento de tutela laboral, considerando cuadragésimo sexto).

### 3.2.3 Principio de estabilidad relativa en el empleo

Soluciones como la descrita en el acápite anterior adjudican a la garantía de protección al trabajo, una suerte de “propietarización” del trabajo en sí mismo, limitando las facultades disciplinarias del empleador hasta anularlas.

De allí que nos parezca necesario traer a colación otro de los principios que presiden las relaciones laborales, esto es, el de estabilidad relativa en el empleo, a modo de reconocimiento de la facultad de despido del empleador, sujeto sólo a las limitaciones legales y constitucionales.

El principio de estabilidad laboral relativa, se inserta dentro del plexo normativo del Derecho del Trabajo, mismo que ha de ser subsumido dentro del Orden Público Laboral –en la medida en que no se traten de derechos disponibles dentro de dicho ámbito–, respecto del cual, la judicatura ha señalado con tono imperativo:

*“El poder público busca contrapesar –siempre a contrapelo de los dogmas económicos, recelosos de ‘tanta ley laboral’– la desigualdad que reconoce en los hechos y que motiva la intervención legislativa igualadora, valiéndose de la ley y principios especiales (primacía de la realidad, contenidos mínimos irrenunciables, orden público laboral)”<sup>105</sup>.*

---

<sup>105</sup> Acuña Rozas con SC Andina Inc (Crown Plaza). 2010: Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Sentencia RIT O-6-2010, de 11 de mayo de 2010 (procedimiento de aplicación general), considerando cuarto.

La supremacía preliminar del empleador es un supuesto que se da por verificado en la legislación laboral, por lo que las normas y principios del Derecho del Trabajo constituyen cortapisas a los poderes empresariales. Tal es la función del principio de estabilidad relativa que impera en la legislación del trabajo.

En los hechos, el empleador puede ejercer en libertad el poder disciplinario de que se encuentra dotado, empero, también en los hechos, dicho ejercicio se encuentra sujeto a la revisión judicial. Lo anterior excede al ámbito contingente de demandas en sede laboral, en la medida en que es la propia ley la que habilita al trabajador a reclamar de la procedencia del despido ante el órgano jurisdiccional<sup>106</sup>.

En este orden de ideas, la Corte Suprema ha declarado:

*“El poder de mando del empleador se ejerce plenamente, pero debe quedar sujeto a la posterior revisión jurisdiccional, siempre en aras de la protección que naturalmente inspiran las instituciones del derecho laboral”<sup>107</sup>.*

---

<sup>106</sup> Artículo 168 inciso 1° del Código del Trabajo: *“El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare”.*

<sup>107</sup> Ríos Dulansky con Comercial Windsor Limitada (2010): Corte Suprema, ROL N° 5429-2010, de 23 de noviembre de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando séptimo.

Nos parece importante subrayar que el mandato de la Corte no puede extenderse a la neutralización de la facultad disciplinaria del empleador como expresión de su poder de mando, alcanzando ésta sólo una labor “revisora”. En otros términos, basta con que el tribunal coteje los hechos involucrados y probados a propósito del despido con la norma legal que contiene la causal respectiva, sin añadir cuestiones de índole moral a su juicio.

Por esto, el principio de estabilidad laboral, a que alude el Título V del Libro I del Código del Trabajo, es de naturaleza relativa, toda vez que el trabajador tiene derecho a permanecer indefinidamente en el empleo mientras no se configure a su respecto una causal de terminación de contrato y el empleador la aplique, por cierto. Por tal razón, ante un despido injustificado, indebido o improcedente, el trabajador tiene derecho a las correspondientes indemnizaciones<sup>108</sup>. En el mismo sentido, la jurisprudencia de 2005 citada por Héctor Humeres, señala:

*“La legislación nacional se encuentra imbuida del principio de la estabilidad relativa en el empleo, es decir, el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida en que no incurra en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo 161 del Código del Trabajo, en el sentido de poder desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento de la empresa o desahucio; en aras de tal principio se establecen*

---

<sup>108</sup> MERA MANZANO, Rubén. 2002. Corte Suprema, 29 de enero De 2002. Silva Díaz, Eduardo (Casación en el Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 18-21.

*por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral*<sup>109</sup>.

La terminación del contrato de trabajo, por la sola voluntad patronal ha de ser considerada como excepcional, de tal manera que no puede restringirse la aplicación de dicha excepción, más que bajo los parámetros que la ley ha establecido. Opuesto a lo anterior sería considerar que en nuestro ordenamiento jurídico impera, más bien, un sistema de estabilidad absoluta, lo que pugna con la garantía establecida en el artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental respecto del empleador. La libertad de trabajo, no sólo se extiende al trabajador, sino que también al empleador y no implica, en caso alguno, inamovilidad laboral. Así lo han sentenciado los jueces del fondo:

*“Sin perjuicio de lo expuesto, algunos autores han querido ver en el sintagma y su protección del artículo 19 N°16, un mandato desde la Constitución de protección, no sólo a la libertad de trabajo, sino que también al trabajo mismo, situación que ha sido avalada recientemente por el Tribunal Constitucional. Con todo, la protección del trabajo mismo no puede confundirse con estabilidad absoluta o inamovilidad laboral, pues, lo primero apunta más bien a reglamentar la autonomía de la voluntad de los contratantes una vez celebrado el contrato de*

---

<sup>109</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. 2005. Corte Suprema, 23 de Junio De 2005. Vilches Zapata, Ricardo Con Segetrans Transportes S.A. (Casación en el Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 369-372.



*trabajo, más que a imponer una duración determinada, quedando la misma entregada a la legislación laboral más que a la garantía constitucional en estudio”<sup>110</sup>.*

Consecuencialmente, existe un postulado que apunta a que la estabilidad en el empleo sólo puede tener vigencia en aras de una manifestación relativa. Pues bien, en el campo de lo relativo se encuadran las causales de término de la relación laboral y por ende del contrato de trabajo.

#### **4. Libertad de contratación y protección al empleador**

##### **4.1 Ideas preliminares**

Bien sabemos que la garantía contenida en el artículo 19 N° 16 no sólo extiende su protección a la libertad de trabajo y al trabajo en sí mismo, sino que alcanza también a la libertad de contratación. En este orden de ideas, la Constitución Política de la

---

<sup>110</sup> Nawrath Venegas con Universidad Mayor (2014): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, ROL T-156-2014, de 17 de junio de 2014 (procedimiento de tutela laboral), considerando segundo.

República establece en el inciso 2° de dicha norma: “*Toda persona tiene derecho a la libre contratación*”.

Nos proponemos, en los siguientes apartados, analizar los alcances del derecho a la libre contratación respecto del empleador, como contrapartida de la libertad de trabajo como garantía del trabajador.

#### **4.2 Contenido y alcance de la libertad de contratación**

Como primera observación, debemos señalar que la libertad de contratación contenida en la Carta Fundamental beneficia a ambas partes de la relación laboral, pero en momentos diversos de la contratación. Así las cosas, el trabajador libre de optar por el trabajo que le apetezca, tiene, por tanto, el derecho a “buscar” el empleo que quiera, sin que le sea asegurada su obtención<sup>111</sup>. En esta etapa estamos ante el fundamento reseñado por la Comisión Constituyente, según hemos señalado en reiteradas oportunidades a lo largo de nuestro estudio, como el que “a nadie le será impuesto un trabajo”. Sin embargo, la libertad de contratación es también un derecho del empleador en el marco de la extinción del vínculo laboral por despido. En otros términos, “a nadie le será impuesto un trabajador”.

---

<sup>111</sup> PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2013. La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura. Revista Laboral Chilena (8): p. 79.

Por tanto, ambas dimensiones de la libertad protegida en el numeral 16 del artículo 19 del Código Político deben ser armonizadas, en la medida en que una no puede absorber a la otra. Así las cosas, la doctrina ha señalado que la libertad del ser humano debe compatibilizarse con la justicia, la igualdad y la libertad de otros<sup>112</sup>. Llevado al plano laboral, la dogmática española ha hecho advertencia del riesgo que implica supra-dotar de contenido a una libertad –la del trabajador– en desmedro injustificado de la otra –la del empleador–, expresando que no hay nada más confuso en el ámbito de las relaciones laborales que la ambigüedad del término “libertad”, si se considera que al restringirse el poder de dirección del empleador sobre el trabajador se amplía el ámbito de libertad de éste último<sup>113</sup>.

Ahora bien, la libertad de contratación del empleador se inserta dentro de un plexo de derechos denominados “libertad de empresa”, expresión que resulta más amplia que la de libre iniciativa económica, ya que comprendería la libertad de ejercer cualquier actividad económica, la libertad de contratación y la libre competencia<sup>114</sup>.

Conceptualmente, la libertad de contratación se traduce en un derecho fundamental del empleador que lo habilita para celebrar relaciones jurídicas de acuerdo a los criterios de capacidad e idoneidad que prefije dentro de la organización empresarial, *“pudiendo seleccionar personal, fijar los sistemas de rendimiento, promoción y ascenso, así como para dictar normas de dirección y disciplina que la*

---

<sup>112</sup> BERLÍN, Isaiah. 2001. Dos conceptos de libertad y otros escritos. Madrid, Editorial Alianza, p. 60.

<sup>113</sup> KAHN-FREUND, Otto. 1987. Trabajo y Derecho. Madrid, Ediciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 59.

<sup>114</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. Op. cit. p. 370.

*empresa o actividad tengan*”<sup>115</sup>, dentro de las cuales cabe syndicar las facultades de despido ajustadas al régimen legal vigente.

Según tuvimos oportunidad de precisar en el acápite sobre la estabilidad relativa en el empleo, no existe tal cosa como un derecho al trabajo, sino que sólo un derecho a la protección del mismo. Lo anterior es igual a decir que no existe estabilidad absoluta en el empleo, empero, cuando el empleador ejerce el despido como sanción disciplinaria, dicha medida estará siempre sujeta al examen judicial.

Empero, para el profesor Pedro Irureta, la libertad de contratación importa dos derechos conexos para el empleador.

a) En primer término, el empleador tiene atribuciones para decidir si contrata o no a un trabajador determinado, tanto para determinar la prórroga, la vigencia de contratos temporales, como para transformar dichos contratos en relaciones jurídicas de duración indefinida.

b) Luego, el empleador puede elegir libremente a un trabajador en particular al momento de la contratación o dotación de algún cargo o empleo, sujeto, empero, a las limitaciones sobre no discriminación contenidas en la ley laboral y en la Carta Fundamental<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup>Op. cit. p. 393.

<sup>116</sup>Op. cit. p. 394.

Nos interesa aquí la primera vertiente de la libertad de contratación, habida consideración del poder potencial del empleador para organizar su dotación de personal y de prescindir de algunos de los operadores de su empresa cuando existe una causal legal que lo autorice.

En 2010 el Tribunal Constitucional señaló, a propósito de la garantía de libertad de trabajo, que “*la persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico*”<sup>117</sup>. Aun cuando es claro que la citada judicatura hacía referencia al trabajador, es cierto que dicho razonamiento resulta aplicable también al empleador.

Es claro que el empleador es libre de elegir a los trabajadores que formarán el capital humano de su empresa, de promoverlos o modificar la naturaleza de sus funciones, siempre y cuando aquello no implique un menoscabo para el trabajador. De la misma manera, tiene una gran dimensión de libertad en torno a la permanencia del trabajador dentro de su organización.

Ahora bien, en cuanto a la lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores como límite del derecho fundamental a la libre contratación del empleador, cabe señalar que deben tenerse por 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.

---

<sup>117</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1413-2010, de 16 de noviembre de 2010.

En efecto, la relación laboral es una relación entre privados en la cual se confrontan los derechos de ambas partes. En este contexto, la ley reconoce la posibilidad de que las facultades del empleador afecten los derechos fundamentales del trabajador y restringe su protección a los casos en que no exista justificación suficiente para la limitación, o ésta sea en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Tratándose del despido, es indudable que éste limita los derechos del trabajador, toda vez que, toda persona que pierde su fuente laboral sufre algún grado de angustia o pesar y, en aquellos casos en que el despido se funda en una causa imputable al trabajador, es evidente que existe un reproche a su respecto, que se hace público en el ámbito donde se desenvuelve. Sin embargo, ello no implica la responsabilidad del empleador, sino en aquellos casos que reúnen los requisitos antes indicados, esto es, la falta de justificación suficiente, el carácter arbitrario o desproporcionado del acto, o bien sin respeto a su contenido esencial.

En este orden de ideas, resulta relevante dejar asentado que, en cuanto a la justificación, se exige que ésta sea “suficiente”, lo que no implica una justificación plena, es decir, basta con la aportación de antecedentes que sean aptos o bastantes para justificar el ejercicio de la facultad legal.

En efecto, estimar que los derechos fundamentales del trabajador se vulneran por no estar plenamente justificado el despido, llevaría al absurdo de establecer que todo despido injustificado vulnera derechos fundamentales.

## **5. Orden público económico**

La libertad de contratación desde la perspectiva del empleador, adhiere a una dimensión mucho más amplia, desde donde el Código Político concede a toda persona una serie de prerrogativas económicas comprendidas dentro del denominado “orden público económico”.

Dicha noción se expresa con mayor énfasis a partir de la Constitución de 1980, pero no fue completamente ajena en la doctrina anterior a dicha normativa constitucional. En tal sentido, la noción de orden público económico fue importada desde las enseñanzas de Ripert, bajo la luz de un orden público civil y de la organización económica del Estado<sup>118</sup>. En el citado contexto, el Estado debe fijar un marco regulatorio en torno a las relaciones económicas de los privados, supervigilando el cumplimiento de las obligaciones contraídas al alero de la autonomía de la voluntad en ellas expresadas<sup>119</sup>. De igual forma, la doctrina nacional se vio fuertemente influida por las

---

<sup>118</sup> FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2000. El orden público económico bajo la Constitución de 1980. Revista IusPublicum (4): p. 66.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

ideas francesas de Gérard Farjat, desde donde el orden público aparece como el mecanismo del Estado tendiente a limitar la autonomía privada<sup>120</sup>.

Con todo, a partir de la Carta de 1980, es posible advertir un sustrato diferente del expresado por las ideas francesas de los citados autores y que la doctrina y jurisprudencia nacionales hicieron suyas<sup>121</sup>, basada en el principio general de libertad<sup>122</sup>.

Es así como, el orden público económico puede ser subsumido dentro de una propuesta libertaria plasmada en la Constitución de 1980, como un conjunto de garantías que interesan al orden público, es decir, a la sociedad toda. Parafraseando el profesor Fermandois, cabe precisar la verdadera esencia del orden público económico en nuestra constitución, de la siguiente manera:

---

<sup>120</sup> FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2005. Ripert y su influencia en el concepto de orden público económico: auge y caída de una visión dirigista. *Revista Chilena de Derecho* 32(1): pp. 7-18.

<sup>121</sup> Aun en jurisprudencia reciente, suele advertirse la conceptualización del orden público económico como un instrumento mitigador de la autonomía de los privados en sus relaciones contractuales. Véase en: *“La prestación de servicios sanitarios constituye una actividad empresarial regida por normas de orden público económico orientadas a regular, tanto la contribución de los agentes económicos que intervienen en ella, como la adecuada satisfacción de las necesidades de la colectividad, procurando así conciliar los intereses de los entes privados que se encargan de proporcionar el servicio con los requerimientos de los usuarios y la protección de sus derechos, dado que se trata de la prestación de un servicio de la mayor relevancia e interés público. El principio de la autonomía de la voluntad que por regla general rige las relaciones contractuales en materia de derecho privado, se ve restringido en el contrato de suministro de agua potable y servicios de alcantarillado en todos aquellos aspectos que hayan sido expresamente normados por las leyes reguladoras de esta actividad económica. La ley protege el derecho de los usuarios al disponer que los intereses que se pueden aplicar por los prestadores por las deudas de los primeros deben ser los corrientes, con lo que se impide que se les exija una tasa superior, a la vez que hace imposible el pacto de anatocismo”*. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de 2003. *Aguas Andinas S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios*. 2003. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (1): pp. 26-29.

<sup>122</sup> Los resultados de las investigaciones formuladas por Fermandois, dan cuenta del cambio de paradigma del que fue objeto el propio Ripert, pasando desde el dirigismo estatal como esencia del orden público económico a central el foco en la libertad humana. FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2005. *Op. cit.* p. 9.



*“Así, el OPE no solo es una colección de prohibiciones emanadas del Estado, sino también un conjunto de derechos y libertades connaturales a la persona, inderogables por el propio Estado-legislador”*<sup>123</sup>.

A mayor abundamiento, opiniones como las del profesor Pablo Ruiz-Tagle postulan a basar cualquier concepción de ordenación económica del Estado, en los principios clásicos de libertad e igualdad en su aplicación a la esfera económica<sup>124</sup>.

Adhiriendo a la concepción de orden público económico cuyo eje se ubica en la libertad de las personas, su significado puede ser sintetizado como aquel conjunto de garantías fundamentales que robustecen la libertad económica de los individuos y que circunscriben la actuación del Estado en materia económica a un ámbito meramente subsidiario<sup>125</sup>.

La discusión tradicional en nuestro medio ha estado inmersa en el debate sobre la preponderancia del orden público económico por sobre el orden público laboral y

---

<sup>123</sup> FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2005. Op. cit. p. 14.

<sup>124</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2000. Principios constitucionales del Estado empresario. Revista de Derecho Público del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (62): p. 56.

<sup>125</sup> Cabe hacer presente que goza de mucha fama el concepto aportado por José Luis Cea, quien sostiene que el orden público económico es aquel *“conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”*, CEA EGAÑA, José Luis. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 158. Sin embargo, hemos dejado en claro nuestra adhesión a la noción libertaria del orden público económico, como una formulación tautológica de la ideología económica de la Constitución de 1980.

viceversa. Empero, nos parece acertada la visión axiomática difundida por el laboralista Pedro Irureta<sup>126</sup>, quien superpone ambos plexos normativos e identifica las fuentes constitucionales en que ambos campos se sustentan. En tal sentido, el citado autor ha señalado:

*“Este Orden Público Económico ha eclipsado, tradicionalmente, el componente laboral que emana de sus normas. Más aún, el diseño económico que traza la Constitución no puede entenderse sin aceptar la existencia de otro Orden Público, ahora propiamente laboral, que justifica los poderes del empresario (en cuanto empleador), y que dibuja una serie de deberes para ambas partes del contrato de trabajo. Ciertamente, las regulaciones más destacadas del Orden Público Laboral se encuentran en los artículos 19 N° 16 y 19 CPR; pero ello no puede ocultar que bajo el reconocimiento de la libertad de empresa se termina juridificando un conjunto de derechos íntimamente vinculados a la actividad laboral del empresario y que permiten configurarlo como un titular de facultades de dirección, organización y disciplina”<sup>127</sup>.*

Desde las perspectivas sentadas, es decir, teniendo a la libertad como centro focal del análisis en torno al orden público económico, habida consideración de su carácter de atributo eminente que se manifiesta en el libre albedrío, en determinar por sí mismo la

---

<sup>126</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. Op. cit. pp. 369-424.

<sup>127</sup>Op. cit. p. 371.

conducta, en decidir por su propia voluntad sin coacción interna<sup>128</sup>, es válido sostener la coexistencia de dos ámbitos públicos, que no pueden ser dirigidos de forma exclusiva por la voluntad privada: el económico y el laboral.

Este alcance que venimos predicando importa el siguiente entendimiento preliminar. Las bases positivas y constitucionales del orden público económico constituyen un abanico complejo de derechos económicos, sujetos a diversas clasificaciones<sup>129</sup>, pero que, en último término, comprenden la libertad de trabajo y ésta, a su vez, comprende la libertad de contratación como una especie dentro del género. Pues bien, a modo de círculos concéntricos, la libertad de trabajo, en su faz bidimensional, constituye una garantía incoada en un marco también bi-faz: el económico y el laboral.

Siendo así, el profesor Pedro Irureta ha expresado:

*“En este contexto, el sistema de relaciones laborales puede explicarse –en clave constitucional– mediante un delicado equilibrio entre el denominado Orden Público Laboral y el Orden Público Económico. Pero más que concebirlos como órdenes contrapuestos, lo cierto es que muchos de los derechos y obligaciones de ambas partes de la relación laboral se explican recurriendo a figuras de uno u*

---

<sup>128</sup> MOLINA GUAITA, Hernán. 2011. Derecho constitucional. 11ª Edición. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 60.

<sup>129</sup> No nos pronunciaremos acerca de las clasificaciones o calificaciones a las que pueden sujetarse, preliminarmente, las bases positivas de la constitución económica, por escapar al objeto del presente estudio. Véase en TORRIJO ROJAS, Juan Pablo. 2009. Orden público económico. y Constitución económica. Revista Ius Novum (2): 285-314.

*otro orden. Ello ocurre precisamente con el empresario –en cuanto empleador–, pues gran parte del respaldo normativo de sus facultades (así como sus obligaciones) emana precisamente del contenido esencial de la libertad de empresa”<sup>130</sup>.*

Nuestro análisis arroja como resultado, entonces, que la libertad de trabajo en su manifestación de libertad de contratación que favorece a ambas partes de la relación laboral y que emana del conceso al cual puedan arribar sus voluntades, debe ser regulada a través de un marco legal que fije los límites que hacen transitar una garantía hacia su vulneración. Aquella es la naturaleza de la intervención estatal-legislativa, es decir, establecer los márgenes –amplios o restringidos, acotados o flexibles– dentro de los cuales puede desenvolverse la autonomía privada. De esta manera, la libertad del empleador de seleccionar el personal que integrará su capital humano y que permanecerá dentro de su proyecto empresarial, no tiene como contenido los márgenes legales impuestos por el Estado, por el contrario, tiene como contenido esencial la libertad y autonomía misma del empresario, sujeto, por cierto, a ciertas cortapisas, como las garantías fundamentales de los trabajadores y el sistema de estabilidad relativa del empleo, empero, libre al fin y al cabo de contratar.

---

<sup>130</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. Op. cit. p. 372.

Coherente con nuestra posición, la doctrina de los profesores Fernandois y José García, ha postulado:

*“Y si bien la garantía contemplada en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política ha sido normalmente estudiada en cuanto a los trabajos lícitos y los trabajos prohibidos, esto es, en cuanto a la libre elección de un trabajo u oficio, poco se ha reflexionado sobre el contenido de la segunda parte, aquella que apunta a la autonomía contractual, esto es, a la facultad de trabajador y empleador de contratar”*<sup>131</sup>.

## **6. Conclusiones al capítulo**

Existen ámbitos en que no es posible hablar de un orden público económico o laboral, de forma excluyente o paralela, puesto que ambas esferas coinciden. Es el caso de la libertad de contratación, de allí la importancia de desenmarañar la esencia del primero de éstos perímetros en torno a la libertad humana<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José. 2010. Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y a la fijación de los salarios por ley (a propósito de la ley N° 20.281 sobre sueldo base). Revista Chilena de Derecho 37(2): p. 345.

<sup>132</sup> Aun cuando existen voces que reniegan de la legitimidad constitucional, lo cierto es que la Carta Fundamental de 1980 sí implantó una visión político-económica en las normas de esencia económica importadas por los *Chicagos Boys*, seguidores de Friedman e impulsores del tratamiento de shock que se le dio a la economía de la época. Véase en LÜDERS SCHWARZENBERG, Rolf. 2012. La Misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la Política Económica. Documento de Trabajo del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile (411): pp. 1-34.

Lo anterior no parece superficial cuando se considera los fines de la protección o tutela judicial de los derechos fundamentales que han sido lesionados en el curso o extinción de la relación laboral, mismos que pueden tener su origen en los derechos del empleador. Empero, cuando de objetivos perseguidos por la tutela jurisdiccional-laboral y de protección de derechos subjetivos se habla, nuestros tribunales concentran el manto tuitivo en las garantías constitucionales de los trabajadores, tales como la libertad de trabajo, libertad de sindicalización, libertad de negociación colectiva e incluso sobre los derechos de propiedad de los trabajadores afectados y de la organización sindical considerada colectivamente<sup>133</sup>, anulando la bi-dimensión de la libertad de contratación que favorece al empleador.

---

<sup>133</sup> En este sentido véase a Sindicato Nacional De Empresa Airman Mantenimiento Aeronáutico Ltda. con Sky Airlines S.A. (2015): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia O-2404-2014, de 10 de febrero de 2015 (demanda de continuidad de la empresa).

## CAPÍTULO TERCERO

### COLISIÓN DE LAS DIMENSIONES DE LA LIBERTAD DE TRABAJO ANTE EL DESPIDO DEL TRABAJADOR

#### 1. Introducción al capítulo

El despido es la sanción disciplinaria más gravosa con la que el empleador puede reaccionar ante el incumplimiento contractual del trabajador o ante las desavenencias que afectan su organización empresarial<sup>134</sup>. Así las cosas, la propia OIT ha señalado:

*“Se establece como principio básico que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con: a) su capacidad, o b) su conducta, o c) basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> No introduciremos en nuestro análisis las causales objetivas de despido contenidas en el artículo 159 del Código del Trabajo, sino que centraremos nuestro enfoque en los casos en que el despido es motivado por una causal disciplinaria autorizada en el artículo 160 del mismo cuerpo legal y, en algunos casos, por aquellas establecidas en el artículo 161 del Código Laboral.

<sup>135</sup> Organización Internacional del Trabajo. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166). Ginebra, 18-21 de abril de 2011, p. 11.

De allí que el artículo 168 inciso 1° del Código del Trabajo dispone que el trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. Las sanciones que impone el legislador ante la declaración de despido injustificado, indebido, improcedente o sin causal, pueden variar desde la declaración de nulidad del despido y la orden de reintegración del trabajador hasta el incremento porcentual de las indemnizaciones laborales debidas al trabajador, con ocasión del término de la relación laboral (artículo 168 letras a), b) y c)).

Sin embargo, es dentro de este juicio declarativo en donde se sitúa nuestra problemática. Resulta imperioso sentar una premisa básica y preliminar para cualquier análisis relativo a la colisión de las dimensiones de la libertad de trabajo ante el despido, y es que por el sólo hecho del despido no puede tenerse por vulnerada la libertad de trabajo del trabajador. En este sentido se ha pronunciado el Juzgado de Letras de Tomé, en causa Rol N° O-30-2014, ante la demanda de tutela laboral de un trabajador que sostenía la vulneración de dicha garantía por haber sido despedido por falta de probidad en el desempeño de sus funciones, señalando que ante la postulación a un nuevo empleo sería necesario presentar el finiquito. En este caso, el tribunal sentenció que se excluye la afectación de la libertad de trabajo, por cuanto, no ha sido restringido ni afectada y,



menos se configura una relación causal entre la conducta supuestamente vulneratoria y la afectación de la libertad de trabajo, puesto que el contenido del finiquito, no constituye un presupuesto de una nueva contratación, ni se traduce en un obstáculo que restrinja o afecte la libertad de trabajo<sup>136</sup>.

Ahora bien, tampoco puede presuponerse o adjudicarse la afectación de los derechos –fundamentales o legales– cuando el empleador ejerce la medida disciplinaria del despido, escudando el triunfo del derecho del trabajador bajo el principio protector del Derecho del Trabajo. Esto porque es claro que la libertad de trabajo del trabajador no se extiende hasta la permanencia del trabajador dentro de la empresa.

La terminación de la relación laboral provocada por el despido del trabajador, en la mayoría de los casos importa un pesar o angustia para éste. Sin embargo, el despido no es autosuficiente en la vulneración de garantías constitucionales del trabajador, razón por la cual se requerirá de elementos adicionales que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de determinar la afectación de derechos fundamentales.

En otros términos, constituye una cuestión objetiva en gran escala que el despido produce una afectación al trabajador, empero, sólo es relevante jurídicamente, determinar si tal afectación inevitable es vulneratoria de garantías constitucionales en los

---

<sup>136</sup> A.R.S.C. con Salmenes Camanchaca S.A. (2014): Juzgado de Letras de Tomé, Sentencia Rol N° O-30-2013, de 14 de abril de 2014 (demanda de tutela laboral y despido injustificado), considerando décimo tercero.

términos que requiere el artículo 485 inciso quinto del Código del Trabajo, esto es, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o improcedente<sup>137</sup>.

## 2. Libertad de trabajo del trabajador: *Rights as trumps*

### 2.1 *Over-inclusive* en el posicionamiento de los hechos tutelados por el derecho

A partir de las ideas formuladas en el acápite anterior es necesario despejar e inhibir, *prima facie*, una de las tendencias jurisprudenciales y administrativas cuando la conducción empresarial tiene como resultado el despido disciplinario de un trabajador. Esto es, subsumir cualquier hecho relacionado con el despido dentro de un factor vulnerador de la libertad de trabajo del trabajador.

Lo anterior supone calificar los hechos del despido como idóneos para superponer el derecho tutelar del trabajo a la libertad de trabajo del empleador, a modo de una carta de triunfo o “*joker*” del trabajador.

Nos hemos hecho de la expresión “*rights as trumps*” acuñada por R. Dworkin<sup>138</sup>, quien quería significar la prevalencia de los derechos por sobre las concepciones filosóficas (especialmente utilitaristas) que pretendían explicar el proceso de

---

<sup>137</sup> En los mismos términos, Núñez con Ilustre Municipalidad de Constitución (2014): Juzgado de Letras de Constitución, Sentencia ROL N° T-5-2014, de 3 de diciembre de 2014 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales), considerando segundo.

<sup>138</sup> Véase en DWORKIN, Ronald. 1989. Theories of rights. Editado por Jeremy Waldron. New York, Oxford University Press, pp. 153 y ss.

adjudicación e inhibir la discreción judicial, con la finalidad de explicar dos cuestiones complementarias en nuestra argumentación.

Primero, el despido es un hecho jurídico y como tal produce consecuencias jurídicas. Pero dichas consecuencias deben haber sido previstas por la ley. En tal entendido, el juez laboral debe apreciar los hechos constitutivos del despido bajo la óptica autorizada por el legislador. Tal y como apuntamos en el capítulo segundo del presente estudio, la aplicación de reglas (como la del *indubio pro operario*) o principios (v.gr. principio protector) no puede soslayar la normativa jurídica, bajo el pretexto de decidir en beneficio del trabajador<sup>139</sup>.

Ahora bien, desde otra perspectiva, aún más decidora que la anterior, cabe apuntar la necesidad de asumir la siguiente premisa: no todo hecho conectado con el despido o constitutivo del mismo afecta la libertad de trabajo del trabajador.

El despido, cuando ha sido autorizado por el legislador no puede, al mismo tiempo, vulnerar la garantía fundamental del trabajador. De lo contrario tendríamos el absurdo de que el ejercicio de una facultad dada por ley, siempre y en cualquier circunstancia de hecho, vulnera el derecho fundamental del sujeto pasivo de la prerrogativa legal. Entenderlo de ese modo, significaría que el poder legal del empleador no es tal, que es vacío, superfluo, en suma, que no existe dentro del orden jurídico en el cual se ejerce.

---

<sup>139</sup> Véase en el Capítulo II, acápite 2.2.2 de la presente investigación.

En este orden de ideas y, en el marco del despido disciplinario por falta de probidad (artículo 160 N° 1 letra a) del Código del Trabajo), la Corte Suprema, en causa Rol N° 1605-2010, sentenció:

*“La norma del numeral 1 letra a) del artículo 160 del Código del Trabajo, es clara en orden a facultar al empleador para finalizar la vinculación existente con el trabajador, cuando éste ha incurrido en una falta de probidad. Tal prerrogativa, evidentemente, aparece concebida dentro del especial nexo habido entre las partes, esto es, la prestación de servicios personales, bajo vínculo de subordinación o dependencia, a cambio de una remuneración. En esta relación contractual uno de los sujetos resulta, en mayor o menor medida, supeditado al otro y es el contratante débil al cual la ley protege mediante toda una reglamentación contenida en el Código de la especialidad. Sin embargo, dicha honradez en el actuar exigida al dependiente, la ley laboral la ha establecido sin mayores calificativos, es decir, basta que concurra -y haya sido acreditada- para que dé lugar a la sanción más arriba mencionada. Por ende, ante la ausencia de esa rectitud o integridad recibe aplicación la aludida disposición, sin que sea necesario considerar la concomitancia de otras circunstancias, por no exigirlo ni poder interpretarse de esa manera, sin infringir la norma en examen”<sup>140</sup>.*

---

<sup>140</sup> P.C.G con Afex Transferencias y Cambios S. A. (2010): Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1605-2010, de 1 de julio de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando quinto.

El considerando transcrito revela la existencia de decisiones judiciales que a través de diversos mecanismos (en la especie, adicionando el requisito de la tipificación de la falta laboral, es decir, exigir que la conducta deshonesto deba estar expresamente prohibida por el empleador), ajustan forzosamente los hechos relativos al despido dentro de un cuadro de vulneración de derechos del trabajador, sean legales o fundamentales.

En nuestra precisión anterior existe un defecto denunciado, cual es el de la over-inclusión en sede laboral, en la medida en que los pronunciamientos judiciales sigan soslayando la aplicación de las normas legales, como también la dimensión de la libertad de trabajo que corresponde el empleador.

En segundo término, con la utilización de la expresión “*rights as trumps*” importada desde las doctrinas de R. Dworkin, hemos querido denotar que no estamos por el ejercicio arbitrario y abusivo de los poderes empresariales, sino que, por el contrario, los derechos fundamentales del trabajador constituyen límites infranqueables ante las facultades del empleador, empero, el juez no puede rehuir su deber de ponderación ante la colisión de ambas dimensiones de la libertad de trabajo.

### **3. Libertad de contratación en su faz negativa y la facultad de despedir**

#### **3.1 Conceptualización**

El despido es un acto unilateral en virtud del cual el empleador extingue el contrato de trabajo que lo vincula con el trabajador, y que, por la trascendencia de este acto, la ley laboral exige al empleador que esta decisión se base en alguna de las causales taxativamente contempladas en el Código del Trabajo<sup>141</sup>.

El contrato de trabajo, al igual que el resto de las convenciones creadoras de obligaciones y derechos, está sujeto al sub-principio de la autonomía de la voluntad: el de la fuerza obligatoria de los contratos. En dicho contexto, el artículo 1545 del Código Civil, preceptúa:

*“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

La aplicación de la transcrita norma sustantiva recibe plena aplicación en materia laboral, tal y como lo han evidenciado los jueces del fondo:

---

<sup>141</sup> En este sentido, Oñate Arias con CMPC Celulosa S.A. (2014): Juzgado de Letras de Nacimiento, RIT O-5-2014, de 26 de mayo de 2014 (procedimiento de aplicación general), considerando octavo.

*“Que, como es sabido, el contrato de trabajo es un contrato bilateral, en el que por una parte, el trabajador se compromete a prestar unos servicios personales bajo vínculo de subordinación y dependencia y por otra parte el empleador se compromete a pagar por estos servicios una remuneración determinada. Como es sabido, también, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1545 del código civil todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, norma que tiene su expresión en materia laboral en lo dispuesto en el artículo 5 inciso final del estatuto del ramo que dispone que los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”<sup>142</sup>.*

La terminación del contrato de trabajo, debe constar en un finiquito, es decir, en la convención en que las partes dejan constancia de la terminación de la relación laboral y de las condiciones en que esta terminación se produce, misma que una vez ratificada ante el ministro de fe tiene pleno valor liberatorio respecto de las responsabilidades que eventualmente tengan las partes derivadas de su contrato<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Rojas Castro con Avant Servicios Integrales S.A. (2014): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, ROL O-197-2014, de 2 de junio de 2014 (procedimiento de aplicación general), considerando décimo cuarto.

<sup>143</sup> Ardiles Cerda con Eleccion S.A. (2014): Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, ROL O-510-2013, de 13 de junio de 2014 (procedimiento de aplicación general), considerando octavo.

Las causales legales que pueden ser invocadas por el empleador para desvincularse laboralmente del trabajador, aparecen regladas por la normativa que disciplina las causales por las cuales el contrato de trabajo termina, a partir del artículo 159 y siguientes del Código del Trabajo. De esta manera, la fuente legal por la cual el contrato de trabajo puede disolverse o extinguirse es la terminación; causal genérica que es omnicomprensiva de todas las formas que impliquen la disolución del vínculo contractual, con exclusión de la nulidad.

En términos sustantivos, la terminación es una causal de ineficacia de los contratos de trabajo que opera como una suerte de resolución en los contratos de tracto sucesivo<sup>144</sup>. En este orden de ideas, cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, como es el de trabajo, no es propio hablar de resolución, toda vez que aquellos se caracterizan porque las obligaciones nacen y se extinguen de forma sucesiva y periódica, mientras se encuentran vigentes. Razón por la cual, una vez cumplida una de las obligaciones, aparece otra, que tiene la misma naturaleza, y así sucesivamente<sup>145</sup>. Por otra parte, es necesario apuntar la imposibilidad de dejar sin efecto las prestaciones contenidas en obligaciones nacidas y extinguidas.

Ahora bien, desde el ámbito estrictamente laboral, la doctrina ha conceptualizado la terminación en los siguientes términos:

---

<sup>144</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 258.

<sup>145</sup> ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 101.



*“Es el fenómeno jurídico por el cual se extingue el contrato, queda disuelta la relación laboral y dejan de existir para las partes las obligaciones jurídicas y ético-jurídicas, patrimoniales y personales que los vinculaban”<sup>146</sup>.*

Tradicionalmente, las causales de terminación del contrato de trabajo se han clasificado siguiendo el criterio de la objetividad o subjetividad de su establecimiento.

Para efectos de nuestro estudio, seguiremos la referida agrupación, sin perjuicio de que sea necesario prevenir que alguna doctrina ha impartido clasificaciones diversas. Entre la más destacada aparece la de Thayer y Novoa<sup>147</sup>, quienes utilizan las siguientes directrices de distinción:

a) Mutuo acuerdo. La presente causal se encuentra establecida en el artículo 159 N° 1 del Código del Trabajo.

b) Causales objetivas de terminación. Entre las cuales señalan el vencimiento del plazo, la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor, es decir, artículo 159 N°s. 4, 5 y 6 del mismo cuerpo legal. Todas las anteriores son consideradas objetivas, en atención a que provocan por sí mismos la disolución del vínculo laboral y no son atribuibles a ninguna de las partes.

---

<sup>146</sup> THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. 2009. Manual del Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 28.

<sup>147</sup> Op. cit. p. 33 y ss.

c) Causales subjetivas de terminación. La señalada categoría comprende aquellas causales que son susceptibles de ser atribuidas a las partes, pudiendo ser involuntarias como en el caso de la muerte del trabajador (artículo 159 N° 3 del Código del Trabajo) o voluntarias, como las contenidas en el artículo 160 del mismo cuerpo legal. Los autores denominan a estas causales “de caducidad”, definiéndolas:

*“(…) como aquellos hechos o faltas atribuibles a la persona o conducta de uno de los contratantes, que significan una violación de las obligaciones patrimoniales o personales a que deben dar cumplimiento y que, por tal motivo, autorizan a la otra parte para poner término al contrato, observando los procedimientos formales que la ley preceptúa”<sup>148</sup>.*

d) Voluntad unilateral de una de las partes. Cuando la voluntad proviene del empleador la causal de término se denomina desahucio. Por el contrario, cuando emerge del trabajador, se trata simplemente de una renuncia (artículos 160 inciso 2° y 159 N° 2, respectivamente).

e) Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Causal ésta última reglamentada en el artículo 161 inciso 1° del Código del Ramo.

---

<sup>148</sup> Op. cit. p. 34.

Sin perjuicio de la autoridad revestida por los autores que formulan cinco categorías de causales de término del vínculo laboral, tal y como habíamos adelantado, la doctrina mayoritaria y universal, clasifica dichas causales en objetivas y subjetivas.

Las causales objetivas de terminación del contrato de trabajo son aquellas que requieren la sola constatación de los hechos causantes que han sido autorizados por el legislador (artículo 159 del Código del Trabajo). Por su parte, las causales subjetivas son aquellas que se encuentran autorizadas en razón del incumplimiento contractual de una de las partes, esto por cuanto, aunque el Derecho Laboral busca la permanencia del contrato de trabajo, no pueden permitirse incumplimientos graves de cualquiera de las partes. De igual forma, se incluyen dentro de las causales subjetivas el despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

A continuación, revisaremos alguna jurisprudencia nacional con la finalidad de cotejar el resultado del choque entre las esferas de la garantía fundamental del trabajador de la libertad de trabajo y el despido disciplinario o por necesidades de la empresa. Lo anterior obedece a dos argumentos centrales en nuestra investigación y que profundizaremos en el capítulo IV de nuestro estudio.

Primero, las causales disciplinarias de despido reafirman la vigencia del derecho fundamental del empleador de libertad de trabajo (contratación) en su faz negativa y del principio de estabilidad relativa en el empleo. Esto porque existen causales que autorizan al empleador a sancionar al trabajador con el despido, ergo, que éste pierda su trabajo

(artículo 160 del Código del Trabajo). Con todo, hemos de prevenir en que no abordaremos todas las causales contenidas en la referida norma, en razón de la “neutralidad” de que se encuentran premunidas, por lo que su sola configuración fáctica habilita al empleador para invocar el despido, sin que pueda ser declarado injustificado (v.gr. conductas de acoso sexual; vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; injurias proferidas por el trabajador al empleador; conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña; conductas de acoso laboral; negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador; no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra; abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal: a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato; actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos y el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías). Por tanto, sólo analizaremos

las causales que, a nuestro entender, son aquellas que contienen una mayor dotación subjetiva y que, consecuentemente, son aquellas que más complejidad representan en el respectivo juicio de despido, esto es, la falta de probidad en el desempeño de las funciones del trabajador y el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Segundo, las causales económicas de despido, que en nuestro derecho corresponde a la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio del artículo 161 del Código del ramo, constituye una expresión manifiesta del principio de protección a la fuente de empleo o de la empresa y del principio de flexibilidad laboral; todas cuestiones de las que nos haremos cargo en el capítulo IV de esta tesis.

## **3.2 Libertad de trabajo y despido disciplinario**

### **3.2.1 Falta de probidad**

El numeral 1 del artículo 160, incluye dentro de sus causales, la falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones. Nos parece interesante traer a colación la citada causal, en razón de las curiosas y constantes alegaciones de los litigantes que hemos observado en el análisis jurisprudencial.

Parece recurrente que la defensa del trabajador aluda a la vulneración de la libertad de trabajo cuando el empleador imputa la falta de probidad en la carta de despido y éste se base en dicha causal. En suma, existen alegaciones de estilo, del siguiente tenor:

*“Que dicho recurso se funda en el hecho de haberse despedido al actor de conformidad a lo dispuesto en el artículo 160 N°1 del Estatuto Laboral, esto es la falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, lo que ha significado una flagrante humillación tanto en el entorno familiar como laboral que se entera de la grave acusación de que ha sido objeto, menguando con ello su imagen. Agrega la recurrente que además se han dejado de aplicar los artículos 2° y 5° del Código del Trabajo, que consagran que las relaciones laborales deben fundarse en un trato compatible con la dignidad humana y que las facultades de los empleadores tienen como límite el respeto a las garantías fundamentales, en especial el derecho a la honra. Lo anterior ha quedado claro a su juicio, al adquirir la convicción de que el despido del demandante ha sido injustificado. En cuanto a la segunda vulneración, indica que se ha afectado la libertad de trabajo del actor, al habersele imputado la causal de falta de probidad, debiendo fallarse que el despido además de injustificado, era lesivo a la libertad de trabajo”<sup>149</sup>.*

---

<sup>149</sup> Ramos con Corporación Nacional del Cobre de Chile Codelco (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia Rol N° 171-2016, de 3 de junio de 2016 (recurso de nulidad), considerando noveno.

La imputación de falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, es una causal de despido disciplinario, ergo, emanación de la libertad de contratación del empleador en su faz negativa, que debe cumplir con ciertos requisitos, a saber.

i. Que el empleador invoque la causal. Se requiere de una conducta positiva de parte del empleador, dado que no basta con la configuración fáctica de la causal, sino que es necesario que ésta sea invocada o imputada por el empleador.

ii. Que la invocación se realice en los términos descritos por el artículo 162 del Código del Trabajo. Es decir que la imputación de los hechos sea intimada al trabajador<sup>150</sup>.

iii. Que se trate de conductas indebidas<sup>151</sup>.

iv. Que la conducta sea grave<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Al respecto, nuestros tribunales han sostenido que entenderlo de otro modo y admitir así que las causas fácticas del despido recién se conozcan al contestarse la demanda, esto es, al cerrarse el periodo de discusión, significaría cohonestar una ostensible trasgresión a las reglas del debido proceso. (n. no nos fue posible acceder a la identificación de las partes o caratulado de la causa en comento). Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia Rol N° 507-2007, de 4 de diciembre de 2007 (recurso de apelación), considerando quinto.

<sup>151</sup> El despliegue de hechos que revisten los caracteres de delito hacen al trabajador responsable penalmente, pero no necesariamente esa conducta, que es del todo indebida, será calificable de no proba, sobre todo si el delito no tiene como sujeto pasivo, víctima o bien jurídico protegido a la persona del empleador o a sus bienes. Criterio sostenido desde antaño por nuestros tribunales de justicia. Pino Navarro con Sociedad Planta Faenadora de Carne Lo Valledor Ltda. (1980): Corte del Trabajo, ROL N° 9754-1980, de 24 de abril de 1980 (procedimiento reclamación terminación contrato de trabajo). Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXVII (2): 53-54, mayo-agosto 1980.

<sup>152</sup> La falta de probidad de trabajador, en el desempeño de sus funciones, al igual que el resto de las causales de caducidad contenidas en el N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo, debe ser grave.

v. Que la conducta sea comprobada. Así, nuestros tribunales han fallado:

*“Que, en cuanto a la primera causal, la jurisprudencia sostiene que para que se verifique la falta de probidad deben concurrir dos requisitos copulativos: resultar nítidamente probada y que se trate de una falta grave, es decir, de mucha entidad, de trascendencia negativa que afecte el honor o el decoro de aquel a quien se la atribuya, o en otros términos, revestida de magnitud y significación que lesionen aquellos atributos personales, afectando la honradez del mismo.”<sup>153</sup>.*

Pues bien, cabe expresar que, cumplidos los requisitos antes indicados, no es posible tener por atacada la libertad de trabajo del trabajador, configurando, por el contrario, una manifestación de la libertad de trabajo del empleador. En otros términos, el empleador debe cumplir con las limitaciones antes señaladas para poder ejercer válidamente su derecho a despedir a un trabajador por la referida causal disciplinaria.

---

*“Sobre el particular, cabe tener presente que en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.759, la elevación a ‘conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas’ de la totalidad de las actuaciones reflejadas en este numeral, implica un mayor resguardo para los trabajadores y plantea un difícil trayecto para el empleador que desee invocarla. En efecto, la citada terminología (‘gravedad y acreditación debida’) estaba reservada anteriormente tan solo para la conducta inmoral del trabajador; ahora se la amplifica y generaliza, recogiendo en parte la aplicación práctica que de ella estaban haciendo los Tribunales”.* HUMERES NOGUER, Héctor. 2009. Op. cit. p. 321.

<sup>153</sup> Sentencia de Casación (2006): Corte Suprema, ROL N° 131-2006, de 3 de agosto de 2006 (recurso de casación en la forma), considerando quinto.



### 3.2.2 Incumplimiento grave de las funciones que impone el contrato

Cuando el legislador describe las causales de despido disciplinario, establece expresamente el requerimiento de que el incumplimiento de las funciones que impone el contrato, sea grave. Esto porque la hipótesis del numeral 7 del artículo 160 del Código del ramo es una suerte de causal genérica en donde pueden encuadrarse aquellas infracciones o faltas laborales distintas de aquellas incluidas en el resto de la numeración.

Cabe precisar que, aun en ejercicio de la autonomía de las partes, no cualquier incumplimiento puede ser elevado al carácter grave, sea en el contrato de trabajo sea en el reglamento interno de la empresa. La gravedad que debe acompañar al incumplimiento de las obligaciones contractuales que se le reprocha al trabajador, por más elemental que parezca, debe determinarse *ex-post*, en base a los antecedentes del caso concreto, pues de lo contrario, todas las prohibiciones impuestas al trabajador quedarían elevadas al estándar de incumplimientos graves.

Por tanto, la facultad de despido del empleador debe cumplir con los siguientes requisitos:

- i. Determinación de la obligación contractual. Este presupuesto supone la existencia de un deber de conducta del trabajador (positivo o negativo) que emane de la convención laboral o del reglamento interno. Creemos acertado incluir dentro de esta

tipología de fuentes, aquellas que emanan de la naturaleza de la relación laboral, según preceptúa el artículo 1546 del Código Civil, el cual resulta íntegramente aplicable en sede laboral.

Llamamos la atención en este punto, constatado el pronunciamiento de ciertos fallos judiciales que restringen la existencia de las obligaciones laborales a lo que las partes hayan convenido en el contrato de trabajo o que aparezcan expresadas en el reglamento interno. Así las cosas, el Juzgado de Letras de Copiapó, en causa Rit O-26-2008, ante la demanda de despido injustificado deducida por un trabajador que se presentó a trabajar en estado de ebriedad, sentenció:

*“Esta fue abordada en el fundamento anterior, cuando se dio por establecido que don Juan Carlos Ramírez Cortes, demandante en estos autos, conocía la existencia de la obligación de presentarse al trabajo en estado de temperancia; o en otros términos, la obligación de no concurrir a trabajar bajo la influencia del alcohol o con síntomas de anormalidad provocados por el alcohol. Dicha obligación aparece establecida en forma específica, clara y concreta en el reglamento interno de orden higiene y seguridad de la empresa demandada y, además, si se aceptara cuestionamientos a ello, sin duda tendría que admitirse que dicha obligación forma parte del contrato de trabajo, por tratarse de una cláusula*

*reconocida por ambas partes como integrante del mismo, máxime si el contrato en cuestión es definido por el mismo legislador como de naturaleza consensual”<sup>154</sup>.*

Es del caso señalar que el deber del trabajador de desempeñarse en condiciones de normalidad y no sometido a los efectos del alcohol o de las drogas, es un deber que se desprende de la naturaleza del contrato de trabajo, mismo que debe ser presidido por la lealtad, la colaboración y la buena fe. Un sentido contrario al referido fue adoptado por el citado tribunal, al expresar que es una “creencia errónea” que todo consumo de alcohol prohibido es una conducta grave por si misma o que toda imprudencia en el mismo sentido debiese estimarse como inadmisibles y acreedora de la mayor sanción laboral como lo es el despido<sup>155</sup>.

ii. Que dicha obligación sea incumplida.

iii. Que el incumplimiento de la obligación sea calificado como grave. Desde la perspectiva de la sanción disciplinaria o *ius puniendi* del empleador, el ejercicio de la libertad de contratación en su acepción negativa debe ajustarse al principio de proporcionalidad.

---

<sup>154</sup> Juan Carlos Ramírez Cortés con Pietro Depetris e Hijos y Compañía Limitada. (2008): Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, Sentencia Rol N° O-26-2008, de 20 de agosto de 2008 (demanda por despido injustificado), considerando séptimo.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

Nuestra jurisprudencia ha precisado que, en cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador, la proporcionalidad se estructura a partir de lo que se ha denominado como “ley de la ponderación”, “formula del peso” y “la carga de la argumentación”.

La ley de la ponderación consiste en que, cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos en colisión, mayor debe ser el grado de la satisfacción o importancia del otro, toda vez que afectar un derecho del trabajador debe, necesariamente, implicar evitar que se siguiera adelante con un conjunto de conductas lesivas para el funcionamiento de la empresa<sup>156</sup>.

Sin embargo y, como un fenómeno recurrente en nuestro análisis, los sentenciadores parecen adicionar elementos de consideración, distintos de aquellos fundados en la letra de la ley o en la lógica inherente al juicio de apreciación. En tal sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, en la misma causa antes individualizada, trajo a colación un elemento “cultural” en su argumentación, señalando que no era equiparable que el trabajador consumiera alcohol un día hábil o durante el fin de semana.

Al respecto, la referida judicatura expresó:

---

<sup>156</sup> M.P.V.M. con de la Empresa de Correos de Chile (2013): Corte de Apelaciones de Iquique, Sentencia Rol N° 35-2013, de 13 de agosto de 2013 (recurso de nulidad), considerando primero.

*“Luego, nuevamente, respecto al hecho concreto, cabe preguntarse si es lo mismo que la ingesta de alcohol se haya producido día viernes en la noche o madrugada del sábado, a que dicho consumo se hubiese verificado un día lunes o martes por ejemplo; pareciera que nuestra sociedad culturalmente da por aceptado que viernes y sábado por la noche son la instancia en que de alguna forma se puede compartir a nivel familiar o con las amistades. Valga la aclaración, en todo caso, que es un análisis aislado, ya que se debe reconocer que hay trabajos que requieren desarrollarse en forma continua o en determinadas jornadas y que por tanto exigen que tanto viernes como sábados sean asumidos con la misma responsabilidad de un día cualquiera; en todo caso no deja de ser una circunstancia a considerar, ya que válidamente podría haberse alegado un acontecimiento no previsto que para nadie es un misterio siempre van asociados a consumo de alcohol y pérdidas de horas de sueño”<sup>157</sup>.*

Nos parece, además, que nuestra jurisprudencia ha venido trabajando un elemento anexo al juicio de proporcionalidad de la medida disciplinaria del despido en torno a las reclamaciones surgidas a propósito del artículo 160 N° 7 del Código Laboral, cual es el de “reiteración” de la falta.

---

<sup>157</sup> Juan Carlos Ramírez Cortés con Pietro Depetris e Hijos y Compañía Limitada. (2008), op. cit. considerando séptimo.

### 3.2.3 Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio

El inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo establece:

*“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.*

Las modalidades de necesidades de la empresa mencionadas en la referida norma, no son taxativas, sino que meramente ejemplares. En efecto, la disposición citada puede alcanzar a situaciones análogas o semejantes, siempre que todas ellas digan relación con aspectos de carácter técnico o de orden económico. Los primeros aluden a rasgos estructurales de instalación de la empresa, que provocan cambios en la mecánica funcional de la misma. En cuanto a los segundos, ellos importan -en general-, la existencia de un deterioro en las condiciones económicas de la empresa que torne inseguro su funcionamiento<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> En este sentido, véase en Corte Suprema (2010): Sentencia ROL N° 3845-2010, de 8 de octubre de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando segundo.

Con todo, especialmente respecto de la causal en comento, los tribunales de justicia han venido fallando de acuerdo a un rechazo, *prima facie*, de la configuración de sus presupuestos fácticos.

En efecto, la causal de necesidades de la empresa que, según tendremos oportunidad de profundizar, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico del trabajo, con la finalidad de flexibilizar la movilidad laboral en aras de la productividad económica que garantiza el funcionamiento de la empresa<sup>159</sup> es, en los hechos, la regla de despido con menor vigencia en nuestro derecho laboral, en la medida en que los jueces intervienen mediante apreciaciones morales y ético-laborales en la aplicabilidad de una causal que es, a todas luces, objetiva, y que por lo demás sobrepasa la voluntad del empleador.

Ejemplo de lo anterior es la creación de derecho laboral *pro-operario* que no existe en nuestra legislación, tal y como la extensión de la obligación del empleador de seguir pagando las remuneraciones al trabajador, después de haber terminado la relación laboral, aun cuando la ley sólo prevé dicho efecto para el caso de no pago de cotizaciones previsionales.

Así las cosas, en sentencia del año 2000, la Corte Suprema sentenció en causal ROL N° 1161-2000, que aun cuando la causal de necesidades de la empresa resulta

---

<sup>159</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a la estabilidad laboral. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (40): p. 206.

aplicable cuando concurre otra causal objetiva del artículo 159 del Código del ramo, tal y como la terminación por conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, el empleador debe seguir pagando las remuneraciones al trabajador mientras se encuentre pendiente la obra o faena<sup>160</sup>.

Por su parte, los tribunales de alzada no han estado ajenos al efecto over-inclusive de la protección del derecho fundamental de libertad de trabajo del trabajador en desmedro del derecho del empleador. Así, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia ROL N° 26-2016, sostiene que ante la vaguedad de la carta de pre-aviso o si ésta contiene uno o más elementos de valoración subjetiva, *“dicha comunicación se desvirtúa perdiendo su identidad jurídica y produciendo efectos no queridos por el legislador o, lo que es más grave, no produce efecto jurídico alguno”*<sup>161</sup>.

El precedente razonamiento es contrario a derecho e infringe abiertamente lo dispuesto en el inciso 8° del artículo 162 que dispone:

*“Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece este Código”.*

---

<sup>160</sup> L.A.S.C. con Radiotronics de Chile S.A. (2000): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1161-2000, de 14 de septiembre de 2000 (recurso de casación en el fondo), considerando noveno.

<sup>161</sup> B. con Servipag (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia ROL N° 26-2016, de 7 de abril de 2016 (recurso de nulidad), considerando séptimo.



Suma y sigue, los tribunales de instancia han venido restringiendo el efecto compensatorio del seguro de cesantía cuando el empleador ha invocado la causal de necesidades de la empresa y ésta ha sido declarada injustificada. El efecto nocivo de lo anterior es que, ante hechos objetivos que no dependen de la voluntad del empleador, la judicatura sólo entiende configurada la causal cuando el elemento externo que obliga al empleador a prescindir de uno o más de sus trabajadores, es “insuperable”. En este sentido, aun cuando las desvinculaciones sean cuantitativamente considerables, los tribunales rechazan la procedencia de la causal en comento. Tal es el tenor del fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles en sentencia ROL N° O-44-2016, que declaró injustificada la causal de necesidades de la empresa, aun cuando ésta despidió a 106 trabajadores, no los reemplazó y eliminó los cargos que éstos ejercían en la zona sur del país, privando, además, del efecto compensatorio que establece la Ley N° 19.728 en su artículo 13, que establece la procedencia de descontar de la indemnización por años de servicio, o imputar al pago de la misma, la parte del saldo de la cuenta individual por cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, cuando el contrato termina por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo<sup>162</sup>.

Lo anterior conculca la libertad de contratación del empleador y, además, la libertad de emprendimiento del numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en la medida en que priva al empleador de su facultad de dirigir y organizar su empresa.

---

<sup>162</sup> C.V.D.P.L.J. y otros con Banco Santander Chile (2016): Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Sentencia ROL N° O-44-2016, de 4 de junio de 2016 (procedimiento de aplicación general).

Finalmente, y según adelantamos en la parte introductoria de nuestra investigación, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia ROL N° 1234-2013, caratulada Araos con Express Santiago Uno S.A, consideró vulnerada la libertad del trabajo del trabajador a partir de justificaciones ultra-moralizadoras de las relaciones laborales, ajenas a la ley y que terminan por restar total eficacia a la libertad de contratación del empleador en su faz negativa.

En la especie, se trata de un caso en que el actor trabajó en el cargo de Gerente de Operaciones durante siete años en una empresa, renunciando ante la propuesta del demandado de cambiarse a la suya del mismo rubro, en la misma función, para luego ser despedido por ésta antes de cumplir dos semanas de contratada.

La causal de despido que invocó el empleador fue la de desahucio contenida en el artículo 161 del Código del Trabajo, que expresa:

*“En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva”.*

Sin perjuicio de que, en este caso, el legislador no exige la justificación del despido, sino que, por el contrario, constituye la única expresión sin restricción de la libertad de contratación del empleador en su faz negativa, la referida judicatura consideró vulnerada la libertad de trabajo del trabajador, confirmando la sentencia del tribunal de primera instancia, señalando, además:

*“En efecto, el actor trabajó en el cargo de Gerente de Operaciones durante siete años en una empresa y ante ello, el demandado le propone cambiarse a la suya del mismo rubro, en la misma función y es despedida por ésta antes de cumplir dos semanas de contratada, sin ni siquiera justificarlo, lo que vulnera manifiestamente su derecho a la libertad de trabajo consagrado en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República. Si bien a los gerentes se les puede despedir sin señalar motivo según la ley, en este caso, conforme al contexto lo requería. En la sociedad actual el respeto de los derechos fundamentales es esencial y ello se alcanza actuando con fundamento o justificación suficiente. En la especie, el actor dejó su trabajo anterior, el que podía seguir ejerciendo y en que se había especializado académicamente, para avocar su esfuerzo a un nuevo empleador que lo atrajo a ello, lo que exigía razones para su despido frente a un escaso tiempo de labores, lo que si bien el citado artículo 161 no lo requería, el caso específico lo ameritaba, por haber dejado un trabajo anterior con todos sus beneficios, siendo atraído para ello, lo que revela que tal decisión no tenía otro objetivo de privarlo de su derecho al trabajo, cuyo contenido no está descrito en*

*el ordenamiento jurídico, pero que al menos comprende la facultad de toda persona a trabajar si lo desea, lo que patentemente se ha impedido con el injustificado y rauda actuar del demandado, situación que conlleva falta de respecto al contenido esencial del derecho al trabajo en el sentido ya referido. No es la oportunidad del despido lo que se reprocha sino de un contexto que revela la clara intención de privar del derecho al trabajo. Finalmente cabe señalar que la proporcionalidad del despido no emana objetivamente de la norma legal que lo autoriza, toda vez que no es un principio estático sino que dinámico que se debe efectuar del análisis de los argumentos vertidos y que en este caso no ha sido posible valorar por haberse omitido”<sup>163</sup>.*

Por una parte, el tribunal adiciona la exigencia de oportunidad del despido –por más que lo niegue– y, por la otra, introduce un elemento totalmente ajeno a la *ratio legis* del artículo 161, cual es el de proporcionalidad del despido. En tal sentido, la Corte confirma el razonamiento del tribunal a quo, y expresa:

*“Resulta ilustrativo de lo que se viene diciendo, uno de los razonamientos que hace la juez de la instancia -que la sentencia impugnada hace suyos en forma expresa- a través del cual reprocha que el demandado no haya dado ‘una explicación razonable, al menos en la contestación de la demanda, que permitiera*

---

<sup>163</sup> Araos con Express Santiago Uno S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1234-2013, de 6 de enero de 2014 (procedimiento de tutela laboral), considerando cuarto.

*a esta sentenciadora hacer un análisis de proporcionalidad entre la decisión adoptada por la empresa y la garantía constitucional conculcada”<sup>164</sup>.*

Lamentablemente el error atentatorio contra las máximas de la lógica, no fue corregido por la Corte Suprema, al rechazar el recurso de unificación de jurisprudencia que interpuso el empleador, en la medida en que dio por no configuradas las causales de procedencia del citado recurso<sup>165</sup>.

#### **4. Libertad de trabajo del empleador y despido injustificado**

Una de las premisas centrales en las cuales se sustenta la presente investigación, es que el ejercicio de la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa, manifestada en el derecho del empleador de sancionar a uno o más de sus trabajadores con la sanción disciplinaria del despido, no siempre implica la vulneración de la esfera de la libertad de trabajo que corresponde el trabajador, como tampoco vulnera, por sí mismo, algún otro derecho fundamental del empleado.

Con todo, invertir nuestra premisa implica plantear otras interrogantes conexas. Así las cosas, es dable advertir que la declaración judicial de que el despido ha sido

---

<sup>164</sup> Op. cit. considerando sexto.

<sup>165</sup> Sentencia Corte Suprema, ROL N° 3547-2014, de 29 de diciembre de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia).

injustificado, indebido o improcedente, acarrea consecuencias jurídicas para el empleador, en beneficio, por supuesto, del trabajador<sup>166</sup>.

En el citado contexto, aparece la interrogante en torno a la relación existente entre la declaración de despido injustificado, indebido o improcedente y la vulneración de la libertad de trabajo que compete al trabajador.

En nuestro supuesto, el ejercicio de la libertad de trabajo que compete al empleador no logró sortear las limitaciones legales impuestas a la facultad de despido, por lo que resta dilucidar si tal hipótesis se traduce en el quebrantamiento de la libertad de trabajo del trabajador.

La respuesta a lo anterior ha de ser necesariamente negativa. Su justificación encuentra asidero en las siguientes consideraciones.

i. La pretensión de declaración judicial de despido injustificado, indebido o improcedente puede no ir acompañada de la vulneración de derechos fundamentales del

---

<sup>166</sup> Dentro del proceso judicial por despido injustificado, indebido o improcedente, toca al empleador probar los hechos en que se funda dicho despido y su mérito para configurar la causal legal que ha sido invocada. Cuando el empleador no puede probarlo, el juez ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicio, aumentada esta última en los siguientes porcentajes:

- i. Si se declara improcedente el despido al aplicarse la causal del artículo 161 (necesidades de la empresa) la indemnización se incrementa en un 30%.
- ii. Si se determina que el despido es injustificado al aplicarse el artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causal legal para el término del contrato, la indemnización por años de servicios se incrementa en un 50%.
- iii. Si se determina que el contrato ha terminado por aplicación indebida de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, la indemnización por años de servicio se incrementa en un 80%.
- iv. Finalmente, si se declara que el despido es carente de motivo por aplicación de las causales del artículo 160 N° 1, N° 5 o el N° 6, la indemnización por años de servicios se incrementa en un 100%.

trabajador. Muestra de lo anterior es la independencia de los procedimientos instituidos en la ley laboral para ello.

En tal sentido, la sola reclamación de despido injustificado, indebido o improcedente ha de tramitarse en procedimiento de aplicación general, según las normas contenidas en el párrafo 3° del capítulo 2° del título 1° del Libro V del Código del Trabajo, a partir del artículo 446. Sin perjuicio de lo anterior, la pretensión antes individualizada podrá ser deducida en procedimiento monitorio si se cumple con los requisitos previstos en el artículo 496 y siguientes del mismo cuerpo legal<sup>167</sup>.

Las consideraciones precedentes implican que el despido, aun cuando sea injustificado, indebido o improcedente, puede no vulnerar ningún derecho fundamental del trabajador.

Desde la otra vereda, existe un procedimiento especial cuando existe vulneración de ciertas garantías fundamentales del trabajador, expresamente señaladas en la ley laboral, esto es, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales reglado a partir del artículo 485 del Código del Trabajo.

La referida norma prescribe que el procedimiento de tutela laboral se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas

---

<sup>167</sup> Artículo 496 del Código del Trabajo: “Respecto de las contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, sin considerar, en su caso, los aumentos a que hubiere lugar por aplicación de los incisos quinto y séptimo del artículo 162; y de las contiendas a que se refiere el artículo 201 de este Código, se aplicará el procedimiento que a continuación se señala”.

laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, que expresamente la norma señala, entre los cuales se encuentra la libertad de trabajo contenida en numeral 16 de aquel precepto constitucional.

ii. En segundo término, de la redacción del mismo artículo 485 del Código del ramo, se desprende la necesidad de comprender la lesión de los derechos fundamentales del trabajador como una cuestión adicional al despido o, en términos generales, al ejercicio de la libertad de trabajo del empleador.

Así las cosas, el inciso 3° de la referida norma, establece:

*“Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores 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. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.*

Cabe apuntar que también la jurisprudencia ha entendido la independencia del despido injustificado, indebido o improcedente de las acciones de tutela laboral que



puedan ser ejercidas por los trabajadores. Lo anterior no significa que no existan alegaciones que pretendan asumir la identificación, tal y como se evidencia en el recurso de nulidad del que conoció la Corte de Apelaciones de Talca, en causa Rol N° 239-2015, en donde se lee:

*“Que la parte demandante, ha deducido recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2015, del Juzgado del Trabajo de Curicó, por la cual, se rechazó la demanda de tutela de derechos fundamentales deducida en lo principal. Señala haber accionado de tutela laboral, por considerar que el despido del que fue objeto su representada, ha sido vulneratorio de sus derechos fundamentales, específicamente de su libertad de trabajo consagrado en el artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental. **Reclama que la sentenciadora consideró el despido como improcedente, pero que no vulnera sus derechos fundamentales., por lo que el rechazo ha sido contrario a derecho**<sup>168</sup>, sin perjuicio de que se acogiera la demanda subsidiaria”<sup>169</sup>.*

En la misma causa, el tribunal de alzada enfatizó la diferencia entre el despido (unido a las pretensiones que puedan emanar del establecimiento de la ausencia de

---

<sup>168</sup> El destacado es nuestro.

<sup>169</sup> Aravena con Bullmastiff Security y Otra (2016): Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia ROL N° 239-2015, de 2 de febrero de 2016 (recurso de nulidad), considerando primero.

justificación) y la vulneración de la libertad de trabajo que cabe al trabajador, del modo que sigue:

*“En cuanto a la primera, ella se produciría por cuanto la sentencia por una parte establece que ha habido constancia del trabajador a la Inspección del trabajo, que hubo despido, que el despido es improcedente, pero que no obstante ese despido no atenta contra la libertad de trabajo, sin considerar que ocurre el día siguiente de la constancia señalada.*

*Este Tribunal no observa la contradicción planteada, por cuanto si bien se establece en la demanda principal de tutela laboral que el despido que sufre el trabajador no atenta contra la libertad de trabajo y en la demanda subsidiaria estima el despido como improcedente, es necesario señalar que ambas acciones no son conjuntas, sino que la acción por despido injustificado es subsidiaria de la principal, por lo cual no hay inconveniente en sostener que el despido no es una vulneración a la libertad de trabajo y por otra, sí considerar que el despido es indebido”<sup>170</sup>.*

Con todo y, en términos generales, también los abogados conocen la distinción; conocimiento que se traduce en expresiones de estilo, tales como: *“(…) se ha afectado la libertad de trabajo del actor, al habersele imputado la causal de falta de probidad,*

---

<sup>170</sup> Op. cit. considerando sexto.

*debiendo fallarse que el despido además de injustificado, era lesivo a la libertad de trabajo”<sup>171</sup>.*

## **5. Libertad de trabajo en su faz negativa y los poderes empresariales de rango constitucional**

En el estado actual de nuestra exposición, es claro que la libertad de trabajo del empleador no es un derecho constitucional que haya recibido un tratamiento como tal en el orden del proceso judicial.

No existe un reconocimiento expreso dentro de los litigios laborales de la libertad del empleador para mantener dentro de su organización empresarial al personal que considere idóneo para el desarrollo y explotación de su interés económico, sujeto, por supuesto, a las limitaciones impuestas, también de manera expresa dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, existen otros derechos fundamentales que tienen como titular al empleador y que sí han sido objeto de tratamiento doctrinario y jurisprudencial. Excede el objetivo de la presente investigación dar cuenta de forma exhaustiva de tales derechos. Por el contrario, nuestro estudio se centrará en la conexión existente entre el

---

<sup>171</sup> Ramos con Corporación Nacional del Cobre de Chile Codelco (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia ROL N° 171-2016, de 3 de junio de 2016 (recurso de nulidad), considerando noveno.

derecho de propiedad y la libertad de desarrollar cualquier actividad económica, por una parte y, la libertad de trabajo en su faz negativa, por la otra.

La razón de lo anterior es sencilla. Éstas (las contenidas en los numerales 24 y 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental) son las garantías que, tradicionalmente han sido sistematizadas bajo el ápice de los “poderes empresariales”, tanto como por la dogmática jurídica como por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Desde la perspectiva del empleador, ambos derechos fundamentales han sido subsumidos bajo el poder de dirección del cual goza. En tal sentido, la jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección del Trabajo, ha precisado:

*“(...) al empresario le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador. Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección —comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario—, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y*

*concretizan en cuanto a su extensión y configuración –ratio jurídica– en el contrato de trabajo –dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador–, a lo que debemos agregar la ley –será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario”<sup>172</sup>.*

El derecho de propiedad comprende las facultades de disposición patrimonial y de organizar y administrar la empresa dentro de las atribuciones que la ley pone a disposición del empleador, junto con los derechos que emanan de la propiedad de la entidad empleador y la aplicación a sus fines propios que contempla, entre otros derechos, el de determinar las contrataciones del personal a cargo de las funciones que le exige el funcionamiento de la organización que dirige<sup>173</sup>.

Por su parte, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, ha sido descrita por la doctrina laboralista, desde las siguientes perspectivas:

*“Un rasgo evidente en la configuración jurídica de la libertad económica viene dado por la posibilidad que se les reconoce a los individuos para iniciar, sostener*

---

<sup>172</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.

<sup>173</sup> En este sentido, Universidad Católica de Temuco con S.D.S. Úlveda B. (2016): Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia ROL N° 90-2016, de 28 de junio de 2016 (recurso de nulidad), considerando sexto.

*o abandonar actividades empresariales lícitas. Es ahí donde radica el rasgo distintivo de este derecho fundamental y donde es posible situar el minimum que subyace en él; ya que de ahí se derivan una serie de prerrogativas muy propias del ejercicio de la actividad empresarial como es el caso de la ejecución de potestades directivas, la libre circulación de bienes o la libertad de establecimiento, entre otros factores.*

*(...) Por ello, no cabe duda que en el caso del artículo 19 N° 21 CPR, el contenido esencial se traducirá en el necesario reconocimiento de todo empresario para ordenar y organizar la actividad productiva, decidiendo los objetivos y planificaciones de acuerdo a los recursos con que se dispone y las necesidades del mercado”<sup>174</sup>.*

Pues bien, adherimos a la apreciación que identifica los poderes empresariales con el poder de dirección que emana de la esfera de autoridad del empresario y, éstos, a su vez, con los derechos constitucionales que, tradicionalmente, han sido incluidos dentro de aquellos.

---

<sup>174</sup> IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa. Revista Estudios Constitucionales 11(2): p. 379.

Sin embargo, a partir de las conceptualizaciones reseñadas en torno al poder de dirección del empleador<sup>175</sup>, ligado en intimidad a la facultad disciplinaria del mismo, en la medida en que la facultad organizativa requiere del poder imponer sanciones a los trabajadores que no cumplan con las obligaciones emanadas de la relación laboral; y en torno a los poderes empresariales manifestados en el derecho de propiedad y la libertad de empresa, resta concluir que ninguna de estas nociones se aleja del derecho fundamental del empleador de libertad de trabajo en su faz negativa.

Así, desde una primera perspectiva, es claro que la libertad de trabajo que tiene como titular al empleador, junto con la facultad de despedir a sus trabajadores, sujeto sólo a las limitaciones legales y ius-fundamentales, es, por esencia, un poder empresarial.

Ahora bien, desde un segundo punto de vista, no es tan claro que el fundamento constitucional de la libertad de trabajo del empleador tenga como antecedente o justificación, los derechos de propiedad y de libertad de la empresa.

Primero, porque desde el ámbito normativo, constituye una garantía fundamental del empleador, independiente y autónoma, tal y como se evidenció en las actas oficiales de la Comisión Constituyente (Sesión N° 199 de 7 de abril de 1976), consagrada en un numeral distinto del artículo 19 de la Carta Fundamental.

---

<sup>175</sup> Véase en el Capítulo I, acápite 3.2.1 del presente estudio.

En segundo término, existiría un déficit argumental al intentar definir a libertad de trabajo del empleador desde la propiedad y la libertad empresarial, en la medida en que estas últimas garantías no son capaces de explicar la real esencia del derecho fundamental objeto de nuestro estudio.

En el citado orden de cosas, no es la propiedad –ni sobre la empresa, sus bienes o trabajadores– lo que explica en su germinación el derecho que le asiste al empleador de elegir los candidatos a un cargo o empleo, como trabajadores dentro de la estructura de su organización empresarial (libertad de trabajo en su faz positiva), como tampoco resulta idóneo para explicar la naturaleza del despido como manifestación de la libertad de trabajo del empleador en su vertiente negativa.

Tampoco la libertad para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, implica una justificación eficaz o tautológica en torno a la libertad del empresario de prescindir de los servicios de uno o más trabajadores.

El razonamiento anterior nos obliga a precisar dos cuestiones. Primero, el derecho de propiedad del empleador sobre su organización empresarial y la libertad de empresa, no son las únicas facultades que dan forma y estructuran los poderes empresariales, sino que la libertad de trabajo del empleador es también una garantía inserta en el citado contexto. Luego, existe un fundamento adicional en nuestro



argumento sobre la autonomía de la libertad de trabajo del empleador respecto del resto de las garantías que forman los poderes empresariales y es, también, normativo.

El artículo 19 N° 16 de la Constitución, al referirse a la libertad de trabajo, establece en su inciso 2°: *“Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”*.

Pues bien, existen desarrollos doctrinarios que han profundizado acerca del contenido de la citada garantía y aun cuando han planteado postulados desde ópticas diversas a la nuestra (v.gr. sobre la Ley N° 20.281 sobre Sueldo Base), lo cierto es que sus razonamientos pueden ser aplicados a nuestra investigación. En tal entendido, la doctrina ha señalado:

*“Recién con ocasión de la Ley de Subcontratación (N° 20.123, de 2006), la doctrina repara con más detención en la libre contratación. Es el caso de Ribera Neumann, para quien la expresión ‘toda persona tiene derecho a la libre contratación’ a que se alude en el inciso segundo del artículo 19 numeral 16 de la Constitución, apunta a la libertad esencial de contratar o no contratar (trabajadores), sin apremios al respecto”*<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> FERNANDOIS VÖHRINGER, Fernando y GARCÍA GARCÍA, José. 2010. Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley (a propósito de la Ley N° 20.281sobre Sueldo Base). Revista Chilena de Derecho 37(2): p. 354.

Aun cuando creemos que la libertad de contratación no sólo se desconcentra en el poder inicial del empleador para decidir sus estructuras subordinadas, sino que se extiende hacia la mantención de dicha organización (despido), también consideramos que el inciso 2º del numeral 16 del artículo 19 del Código Político refuerza la idea de la libertad que en el ámbito de la contratación y de las relaciones laborales le compete al empleador.

## **6. Superfluidad e ineficacia de la facultad de despido del empleador**

La tensión en sede jurisprudencial en torno a la libertad de trabajo ha venido resolviéndose en base a la consideración primordial de la esfera que compete al trabajador, desentendiéndose de todas las aristas involucradas en la libertad de trabajo como garantía fundamental del empleador.

Con todo, nuestros tribunales de justicia se han referido a la tensión existente entre los derechos fundamentales del trabajador y del empleador (aun cuando sólo hacen referencia explícita a los poderes empresariales), en los siguientes términos:

*“Tal como lo ha señalado la Dirección del Trabajo en Dictamen 8237-1995, el sistema jurídico ha dotado al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa. Estos poderes reconocen su fundamento en el derecho*

*constitucional de propiedad y en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; sus objetivos son dotar al empresario del poder de iniciativa económica con libertad para contratar trabajadores, ejecución del trabajo convenido y sancionar en última instancia. Es en virtud de los poderes empresariales referidos, que se pierde el equilibrio en la relación entre particulares, por lo que esta tensión es la que pasa a constituir el punto de partida para la colisión de los poderes empresariales y de los derechos fundamentales del trabajador”<sup>177</sup>.*

En la sentencia transcrita, a propósito de la demanda de tutela de un trabajador, quien pretendió vulnerada su libertad de trabajo en razón de que sus funciones contractuales originales fueron alteradas a voluntad del empleador, el tribunal *a quo* reflexionó en torno al contenido de la libertad de trabajo, empero, lo hizo sin concluir que su extensión no se restringe al ámbito de protección del trabajador, sino que alcanza al empleador, tal y como es posible advertir en el considerando que pasamos a transcribir:

*“Que a juicio de esta sentenciadora debe entenderse por libertad del trabajo el derecho de toda persona a no ser forzada a desarrollar una labor sin su*

---

<sup>177</sup> Catalán con I. Municipalidad de Río Negro (2015): Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, Sentencia ROL N° T-25-2015, de 8 de octubre de 2015 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales), considerando tercero.

*consentimiento previo; y la facultad de toda persona de escoger, sin sujeción a otra persona, con quién contratará, la labor a realizar y las condiciones en que contratará sus servicios personales, con la sola limitación que le impongan las leyes (requisitos de edad, educacionales, de experiencia, etc.)”<sup>178</sup>.*

En términos generales, nuestra jurisprudencia admite la existencia de ciertos poderes que competen al empleador en virtud de las leyes y normas constitucionales (artículo 19 N° 24 y 21 de la Carta Fundamental), sosteniendo que el ejercicio de dichos poderes no puede lesionar de forma “injustificada”, “arbitraria”, “desproporcionada” o “sin respeto al contenido esencial” de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En virtud de lo anterior surgen dos cuestiones que deben ser evidenciadas. Primero, nuestra judicatura admite sin cuestionamientos que el orden jurídico reconoce derechos a ambas partes de la relación laboral. Tanto empleadores como trabajadores se encuentran premunidos de las herramientas esenciales para explotar sus propios intereses (sin perjuicio de que el trabajador cuente con un abanico especial de derechos humanos y uno de índole general que lo sigue en el seno de la empresa dentro del contexto de la ciudadanía laboral). En segundo lugar, de la proposición del párrafo precedente, es posible desprender la siguiente premisa: el ejercicio de cualquier derecho, con prescindencia de su categoría dentro de la jerarquía normativa, está sujeta a una

---

<sup>178</sup> Op. cit. considerando décimo noveno.

limitación, cual es la de la proscripción de afectación de un derecho fundamental. Con todo, la afectación de los derechos fundamentales del trabajador, puede producirse en el seno del ejercicio de los derechos fundamentales del empleador que dan sustrato a los poderes empresariales (libertad de trabajo, derecho de propiedad y libertad para desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen). A mayor abundamiento, el sentenciador parece aceptar dicha perturbación, empero, con una limitación: que la afectación de los derechos o garantías del trabajador no sea injustificada, arbitraria, desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial.

Las anteriores son las fórmulas utilizadas por el legislador en el artículo 485 del Código del Trabajo, en torno a la regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

He ahí la importancia de desentrañar las aristas que rodean su configuración. Esto porque, de forma clara, la ley se hace de calificativos abiertos, sin contenido inamovible, en pos de la determinación en sede judicial.

En este estado de cosas, el punto de inflexión radica en dicha determinación judicial. Si, a partir de un análisis jurisprudencial es posible advertir que los jueces llenan de contenido los calificativos que tornan ilegal el ejercicio de las facultades reconocidas al empleador y que, particularmente, emanan de las esferas de la libertad de trabajo de que es titular, mediante técnicas objetivas, bajo los parámetros de

interpretación judicial que la ley pone a su disposición (artículos 19 y siguientes de la ley sustantiva), ordenando resultados de forma reflexiva y justificada, tendremos que la libertad de trabajo que analizamos es vencida ante los hechos que justifican la preponderancia del derecho fundamental del trabajador. Sin embargo, nuestra convicción no es tan optimista, en la medida en que las justificaciones a la superposición de la libertad de trabajo que corresponde al trabajador, no parecen provenir de un razonamiento reflexivo de la judicatura, sino que más bien se apoya en la consideración de factores colaterales del orden jurídico laboral, tales como el principio protector y el carácter tutelar del Derecho del Trabajo.

De allí que el cuarto y último capítulo de nuestro estudio sea dedicado a cotejar la aplicación efectiva que la facultad de despido (como manifestación de la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa) ha tenido en sede judicial cuando dicha garantía tensiona con la libertad de trabajo del trabajador, según se ha enunciado la presentación de nuestra investigación, en dicho proceso se incluirán referencias de Derecho Comparado, principalmente a la técnica del “empleo a voluntad” o *at-will doctrine*.

## **7. Conclusiones al capítulo**

Ya decíamos que el ejercicio de los poderes que las leyes y la Constitución Política de la República conceden al empleador en el contexto de las relaciones de trabajo, se encuentra sujeto siempre a una eventual revisión judicial.

El ordenamiento jurídico prevé los mecanismos a través de los cuales el trabajador puede reclamar de la afectación de sus derechos a propósito de dicho ejercicio de los poderes empresariales, dentro de los cuales cabe situar la libertad de trabajo en su faz negativa, misma que, alineada con el resto de garantías constitucionales del empleador (derecho de propiedad y libertad para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen), da vida al bloque constitucional de poderes del empleador que lo facultan para organizar, dirigir y sancionar dentro de su organización empresarial.

Con todo, la revisión judicial del ejercicio de los poderes del empleador, supone siempre la alegación por parte del trabajador, de la vulneración de uno o más de sus derechos.

Desde la perspectiva de los derechos del trabajador, la facultad de despido del empleador se encuentra sujeta al respeto y vigencia de sus derechos fundamentales, según expresa disposición del inciso 2º del artículo 5º del Código del ramo, por lo que la

judicatura está llamada a definir o determinar la efectividad de la vulneración de los derechos del trabajador.

Dicha afectación puede producirse en dos niveles distintos, pero no necesariamente excluyentes uno del otro.

Así, el empleador puede infringir una o más limitaciones legales impuestas a su potestad disciplinaria traducida en el despido o libertad de trabajo en su faz negativa. Desde la citada perspectiva, el despido será declarado injustificado, ergo, el empleador será condenado al pago de todas las prestaciones laborales insolutas y al pago de las indemnizaciones legales a las que da origen la terminación de la relación laboral, recargadas según los porcentajes legales, si fuere el caso.

Por otra parte, la vulneración de derechos del trabajador puede situarse en el marco de sus derechos fundamentales, hipótesis en la cual el trabajador podrá promover el procedimiento de tutela consagrado en la ley laboral a partir del artículo 485.

En el citado contexto, el juez deberá determinar si existe una limitación plena del ejercicio de los derechos humanos cuya vulneración da origen al referido procedimiento y lo hará mediante la dotación de contenido de los calificativos con que la ley ha adjetivado la vulneración de derechos y garantías en el mismo artículo 485 del Código del Trabajo.



Así las cosas, la comprobación de que, ante la colisión de ambas esferas de la garantía fundamental del inciso 1º del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, los tribunales no pulsan en el examen judicial el peso de la libertad de trabajo del empleador, especialmente, en su faz negativa, arroja como resultado la superfluidad o vacío de dicha garantía constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que no siempre la discusión en torno a la vigencia de los poderes empresariales debe situarse dentro de un contexto de ponderación de derechos fundamentales, por la sencilla razón de que no siempre el ejercicio de un derecho fundamental del empleador vulnera un derecho fundamental del trabajador y, en tal hipótesis, nada hay que ponderar.

En suma, el despido –sujeto, claro está, a los imperativos legales– es una facultad constitucional del empleador, entroncada, especialmente en la libertad de contratación del artículo 19 N° 16 del Código Político, pero no de forma exclusiva, dado que también encuentra sustento ius-fundamental en su libertad económica (artículo 19 N° 21 de la Constitución) y en su derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución). En consecuencia, el ejercicio del poder disciplinario no implica, *per se*, la intromisión del empleador en algún ámbito de los derechos fundamentales del

trabajador, máxime si se tiene presente que el trabajador no tiene un derecho fundamental al trabajo inamovible<sup>179</sup>.

Aun cuando las alegaciones de los abogados defensores de los trabajadores abundan en imputaciones de vulneración de sus garantías fundamentales, lo cierto es que eso solo obedece a una estrategia y a un entendimiento de la facultad de despido del empleador que ha sido arrinconada y desdibujada en nuestro medio.

Pero si existe colisión de derechos fundamentales, nuestros tribunales están muy lejos de efectuar un verdadero juicio de ponderación, en la medida en que no introducen en sus argumentaciones las justificaciones suficientes para hacer primar –siempre– la esfera constitucional de los derechos de los trabajadores por sobre los de los empleadores.

En tal sentido, la doctrina española, de donde destaca aquella propugnada por Juan Antonio García Amagado, ha precisado que no existe ponderación –sino que un simple ardid para escapar de las exigencias argumentativas a los sentenciadores– si los jueces hacen prevalecer una interpretación decisiva, sin dar razón de por qué la interpretación elegida es preferible a cualquier otra interpretación posible, de las que

---

<sup>179</sup> La garantía del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución sólo comprende la libertad que “(...) habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por ley, de modo que a nadie le sea impuesto un trabajo o un trabajador, siendo que esta libertad de trabajo ampara no sólo la libertad de contratación, sino también la libre elección del trabajo, abarcando tanto al trabajo dependiente como al independiente”. En este sentido, K.E.R.A. con JUNJI (2014): Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Sentencia ROL T-52-2014, de 17 de noviembre de 2014 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales), considerando primero.

podrían brindarse como alternativa<sup>180</sup>. En suma, la “ponderación” de las esferas de la libertad de trabajo de empleador y trabajador –así como de otros derechos fundamentales– no se trata más que de un juicio de “valoración”. Todo lo anterior se enmarca en una mal llamada “ponderación” que sólo viene a ratificar las convicciones morales de los jueces<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. 2017. ¿Qué es ponderar? Sobre implicancias y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación* (13): 1-22.

<sup>181</sup> ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. 2016. Diálogo entre Manuel Atienza y García Amado. *Revista Diálogos Jurídicos*: p. 253.

## CAPÍTULO CUARTO

### LA LIBERTAD DE TRABAJO DEL EMPLEADOR EN EL DERECHO COMPARADO Y LOS PRINCIPIOS LABORALES

#### 1. Introducción al capítulo

En términos generales, el derecho continental se ha situado dentro de un marco proteccionista hacia el trabajador, como figura débil de la relación de trabajo, en aras del restablecimiento de la igualdad contractual y de la mitigación de la asimetría negociadora del vínculo laboral. Los movimientos tecnológicos e ideológicos de los que fue testigo la Europa del siglo XVIII; la Revolución Industrial, la Revolución Francesa y la Declaración Universal de Derechos del Hombre<sup>182</sup>, fueron partícipes de la construcción de un Derecho del Trabajo tutelar de los derechos de los trabajadores<sup>183</sup>.

De allí que la dogmática jurídica haya precisado:

*“Es que dicho sistema normativo –elemento central en la caracterización del Derecho del trabajo y en el cual se manifiestan las tendencias de cambio– es, ante todo, un sistema de limitaciones a la autonomía de la voluntad, principalmente*

---

<sup>182</sup> En buena medida, la declaración Universal de los derechos del hombre contribuyó a la generación y regulación del derecho laboral en el mundo. Del mismo modo, ayudó a fortalecer diversos principios fundamentales inherentes a todo trabajador, tales como la dignidad del trabajo, la libertad de trabajo, horas de descanso y otras prestaciones que son necesarias para la regulación de la relación obrero patronal.

<sup>183</sup> GÓMEZ ARANDA, Rodolfo. 2012. Derecho Laboral I. México, Ediciones Red Tercer Milenio, p. 26.

*individual pero también colectiva en los ordenamientos de raíz continental, en cuanto se apoya sobre el presupuesto fáctico de la desigualdad socioeconómica y su contrapartida axiológica de igualdad en dignidades, que requiere la construcción de equilibrios que posibiliten su realización”<sup>184</sup>.*

Así las cosas, la figura de los derechos de los trabajadores que tiene como fuente la propia relación de trabajo, tuvo su origen en los albores del siglo XX, principalmente en Francia y Alemania.

En la primera de las mencionadas latitudes, el pensamiento de Goerges Scelle, plasmado en su obra “El derecho obrero” de 1922, se imponía de la siguiente manera:

*“Se puede dar en arrendamiento una cosa o un animal, pero no se puede alquilar un trabajador, porque se opone a la dignidad humana; y tampoco puede alquilarse una facultad del hombre, porque no se la puede separar de la persona física”.*

---

<sup>184</sup> GOLDIN, Adrián. 2014. El Derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias. Buenos Aires, Editorial Ediar, p. 931.

En la segunda, los adeptos de la Constitución alemana de Weimar de 1919<sup>185</sup>, estuvieron por el reforzamiento de los derechos de los trabajadores, principalmente referidos a su vida y salud, entre los cuales destaca Erich Molitor, con su obra sobre la citada Carta Fundamental (*Der Arbeitsvertrag.J.Bensheimer*), del año 1925. En el referido contexto, la dogmática germana se interesó por la aplicación de un estatuto imperativo que asegurara condiciones dignas de trabajo del empleado a partir de la prestación efectiva de los servicios convenidos<sup>186</sup>.

El trabajo y su valor social, han sido, sin lugar a dudas, los tópicos centrales en torno a los cuales los estados y los organismos internacionales han volcado sus esfuerzos salvaguardistas, mediante la intervención legislativa y la adopción de las recomendaciones devengadas por éstos últimos. Ergo, el despido, como pérdida de la fuente de empleo ha sido paciente del mismo objeto.

Así las cosas, el 22 de junio de 1982, la Conferencia General de la OIT, elaboró la “Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo”, N° 166<sup>187</sup>; mismo año en que adoptó el “Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo” N° 158. Ambos instrumentos internacionales fueron concebidos sobre la base del principio de

---

<sup>185</sup> En el artículo 163 de la Constitución se establecieron el deber de trabajar, el derecho del trabajo y el seguro del desempleo, además de que todo alemán tiene, con independencia de su libertad personal, la obligación de emplazar su fuerza intelectual y material de trabajo en la forma que lo exija el bienestar colectivo. Asimismo se estableció que a todo alemán debe darse la oportunidad de que adquiriera, mediante su trabajo, lo necesario para su subsistencia, reglamentando la ley los detalles particulares.

<sup>186</sup> Véase en JARAMILLO JASSIR, Iván. 2011. *Del derecho laboral al derecho del trabajo*. Colombia, Editorial Universidad de Rosario, p. 22.

<sup>187</sup> El artículo 8° del citado instrumento, establece: “*No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore*”.

protección a la fuente de empleo.

Lo anterior parece evidente según lo estatuido por el artículo 4º del Convenio N° 158, cuyo texto reza:

*“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.*

Con todo, aun los referidos compendios internacionales han precisado la necesidad de que los intereses envueltos en la vigencia y término de la relación laboral, sean armonizados y limitados sólo en su extensión, a través de la institución del “despido injustificado”.

En el citado orden de ideas, la “Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones” de la OIT, a través de su “Estudio General de los informes relacionados con la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963”, sostuvo:

*“Aunque el objetivo fundamental de la Recomendación es proteger la seguridad en el empleo de los trabajadores, trata también de equilibrar los distintos*

*intereses. Por ejemplo, el interés del trabajador en la seguridad en el empleo, puesto que la pérdida del empleo puede entrañar la pérdida, para él y su familia, de los medios de vida indispensables; el del empleador en mantener la autoridad en las cuestiones que influyen en el funcionamiento eficaz de la empresa, y, por último, el interés de la comunidad en mantener relaciones de trabajo pacíficas y evitar desequilibrios innecesarios causados ya sea por el desempleo o por unidades económicas improductivas”.*

En la misma línea, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, en estudio elaborado en el año 1995, titulado “ Protección contra el despido injustificado”, expresaba en su párrafo 80, que *“una protección demasiado rígida [al empleo] daría lugar a que se produjera una acción preventiva debido a que debilita la capacidad y la voluntad de las empresas de contratar nuevos trabajadores”.*

El mismo instrumento deja constancia de la prevención hecha por el vicepresidente de los empleadores, quien propugnaba el siguiente efecto derivado de la ultra-protección del trabajador contra el despido, en los términos que siguen:

*“(…) una protección contra el despido que fuese más allá de la simple prohibición de efectuar despidos arbitrarios complicaría la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios en materia de funcionamiento o de índole económica*



*general. Estas complicaciones pueden ser el resultado de demoras, debidas al cumplimiento de ciertos procedimientos previos al despido de carácter obligatorio a efectuarse con antelación a los despidos. Además, la protección contra el despido más bien aumenta los costos de funcionamiento de las empresas y de la economía en general. En un contexto de mundialización y de incremento de la competencia, la flexibilidad y la rapidez de adaptación son vitales para la supervivencia de las empresas. Este tipo de flexibilidad en la contratación no es posible si la prioridad de la política de personal consiste en proteger a los trabajadores ya contratados”<sup>188</sup>.*

Ahora bien, aun cuando alguna doctrina comparada se haya ensañado con la caricaturización del despido disciplinario, en términos de sostener que ante la imputación de una falta laboral mediante la comunicación que, entre nosotros, se encuentra regida por lo estatuido en el artículo 162 del Código del Trabajo, las únicas consecuencias devengadas por la declaración del despido injustificado son las de dar lugar a las indemnizaciones establecidas por la ley, mientras que la perdida de la fuente laboral subsiste irremediabilmente<sup>189</sup>, lo cierto es que, la libertad de contratación en su faz negativa no existe en términos absolutos, en la medida en que el empleador debe probar en sede judicial, todas y cada una de las imputaciones formuladas al trabajador,

---

<sup>188</sup> *Ibidem.*

<sup>189</sup> FERNÁNDEZ BUEY, Charo. 1981. Reflexiones sobre la situación laboral del trabajador hoy. Revista Mientras Tanto, Barcelona, Icaria Editorial, p. 86.

so pena de sufrir en su patrimonio las consecuencias pecuniarias previstas por el legislador.

En efecto, la nulidad del despido se encuentra prevista sólo para ciertos casos (v.gr. incumplimiento previsional<sup>190</sup> y despido durante el fuero maternal según dispone el artículo 201 Código del Trabajo)<sup>191</sup>, sin embargo, la libertad de despido no impera dentro del ordenamiento jurídico laboral mientras el empleador deba sujetarse a una de las causales establecidas taxativamente por el legislador.

Suma al precedente argumento, el hecho cierto de que el reintegro del trabajador ante la declaración judicial del despido injustificado o arbitrario, trae aparejadas consecuencias nefastas para el clima laboral al interior de la empresa. En otros términos, el sistema se transformaría en uno de estabilidad laboral absoluta, si uno de los efectos del despido injustificado fuera el reintegro del trabajador a sus labores, puesto que la relación laboral se desenvolvería entre un empleador que no quiere mantener dentro de su organización al trabajador y entre éste, receloso, respecto de un empleador que intentó despedirlo. De allí que la jurisprudencia de nuestros tribunales haya subrayado la importancia de la comunidad jurídico-personal que se origina a partir del contrato de trabajo, en los siguientes términos:

---

<sup>190</sup> Cfr. PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2002. El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico. *Revista Ius et Praxis* 8(2): 557-573.

<sup>191</sup> Cfr. VIERA ÁLVAREZ, Christian. 2009. La nulidad del despido de mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español. *Revista de Derechos Fundamentales* (3): 263-273.

*“Las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de respeto, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe. Ante ciertas conductas del empleador, debidamente acreditadas, el legislador laboral autoriza al trabajador a poner término al nexo laboral, condenando a la contraparte al pago de las indemnizaciones legales”<sup>192</sup>.*

En tal entendido, tal y como apuntáramos en el capítulo III de nuestra investigación<sup>193</sup>, el despido es un hecho jurídico a partir del cual se producen una serie de consecuencias, pero dichas consecuencias deben haber sido previstas por el legislador y, el reintegro del trabajador bajo la óptica de la nulidad del despido, no es un efecto general incoado a propósito del despido injustificado, ilegal o arbitrario<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> F.G., P.E. con E.M. y C.L (2005): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4125-2004, de 30 de noviembre de 2005 (recurso de casación en el fondo), considerando noveno.

<sup>193</sup> Véase en el acápite 2 (Libertad de trabajo del trabajador: Rights as trumps) del Capítulo III de la presente tesis.

<sup>194</sup> Esta afirmación es válida en nuestro orden jurídico laboral, más no en otros sistemas en donde el reintegro es el efecto general derivado del despido injustificado. *“Un aspecto crítico de la experiencia italiana, aspecto que incide en cierta medida en el funcionamiento del mercado del trabajo, concierne al régimen jurídico del despido individual (los despidos colectivos están ya regulados en conformidad con las directivas europeas).*

*Para las empresas medianas-grandes (con más de 15 trabajadores) tal régimen prevé, en el caso de que el despido sea declarado por el juez carente de justificación, la reintegración del trabajador en la empresa (para las pequeñas empresas se prevé, en cambio, la posibilidad para el empresario de optar por una solución monetaria en lugar de la reintegración). El aspecto discutido no concierne tanto a la obligación de justificar el despido, que nadie contesta; concierne más bien al efecto, previsto por la ley, de la reintegración, considerada como elemento de excesivo proteccionismo a favor de los trabajadores, privados y públicos, que ya hacen parte de una relación de trabajo a tiempo indeterminado. Al régimen de ‘estabilidad real’, del cual gozan los sectores más tradicionales del trabajo (industria, servicios públicos, administración pública), se contraponen una vasta área de precariedad del empleo sobre todo*

El presente capítulo se articulará en dos partes, conectadas ambas con las doctrinas comparadas que se han formulado en torno al despido como ejercicio de las facultades disciplinarias del empleador. La primera parte se abocará al estudio de ciertos principios y directrices dentro del escenario comparado, con particular detenimiento en el estatuto del derecho estadounidense. La segunda parte examinará el tópico de la flexibilidad laboral, el principio de estabilidad y el principio de protección a la fuente de empleo, con la finalidad de abordar nuestra hipótesis desde la vereda aldeaña a su consagración constitucional y malograda recepción jurisprudencial.

---

*juvenil y femenino en el sector terciario y de la new economy (donde es prevalente la ocupación temporal o precaria sin garantía del puesto de trabajo). Este dualismo de tutelas agudiza la crisis de uno de los sectores típicos del Derecho del Trabajo tradicional, aquel representado por el trabajo subordinado estable a tiempo indetermina". GRANDI, Mario y ROIGÉ CASALS, Anna María. 2003. El derecho del trabajo italiano en la perspectiva europea. Revista Chilena de Derecho 30(2): p. 221.*

## **PRIMERA PARTE**

### **ANÁLISIS COMPARADO DE LA FACULTAD DE DESPIDO**

#### **2. La relación laboral indefinida y la libertad de contratación en su faz negativa en el concierto comparado. Referencia a algunas legislaciones**

##### **2.1 La facultad de despido en el ámbito europeo**

En el concierto europeo, el Derecho del Trabajo está marcado por una axiomática vocación tuitiva del trabajador.

En términos generales, la denominada “protección contra el despido” está dada en beneplácito de las relaciones laborales de carácter indefinido. En tal sentido, la doctrina comparada ha apuntado, a propósito del análisis de las causas de la elevada tasa de empleos temporales, que el alto coste de despido en el empleo indefinido podría haber generado un importante stock de trabajo temporal entre trabajadores altamente

cualificados, contribuyendo así a la extensión del empleo temporal a todas las ocupaciones<sup>195</sup> y, de esta manera, al aumento de la tasa agregada<sup>196</sup>.

En efecto, en el sistema español la dogmática jurídica ha puntualizado:

*“Es evidente que cuanto más caro sea el despido de los trabajadores indefinidos, más proclives serán los empresarios a recurrir al empleo temporal y más cuidadosos se mostrarán a la hora de estabilizar sus plantillas. Asimismo, si la diferencia en los costes de terminación del contrato son muy elevados, el grueso de los ajustes de empleo recaerá sobre los trabajadores con menor protección legal”*<sup>197</sup>.

Por su parte, los estudios realizados en torno al tópico del despido y del desempleo en el marco europeo, los autores han revelado una premisa irrefutable: mientras más rígida sea la facultad de despido del empleador, limitando la flexibilidad del empleador para dirigir y reasignar la mano de obra, menos competitiva se torna la empresa, junto con restar eficacia a la capacidad de ésta para responder a las necesidades o

---

<sup>195</sup> En el mismo sentido, *“En un mercado laboral ideal habría que rebajar las regulaciones y hacer más fácil la contratación y el despido, para facilitar a las empresas la obtención de mano de obra, reduciendo las sanciones por despido. Existe cierta controversia en España sobre este asunto, que motiva que una tercera parte de los trabajadores aquí sean trabajadores temporales”*. BECKER, Gary. 2007. El mercado laboral en Europa. Cuadernos de Pensamiento Político (13): p. 61.

<sup>196</sup> Véase en POLAVIEJA, Javier. 2006. ¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (113): p. 92.

<sup>197</sup> *Ibíd.*

circunstancias externas del mercado. En efecto, el escenario europeo ha sido retratado de la forma que sigue:

*“En un intento por calcular de forma empírica la repercusión de dichos reglamentos [leyes laborales] Lazear llevó a cabo un análisis econométrico, en 22 países desarrollados, del efecto de las indemnizaciones por despido sobre algunas variables de empleo relevantes, durante el periodo de 1956-1984. El autor demostró que hubo una disminución importante en la tasa de empleo (i.e., empleados/población), un aumento significativo en la tasa de desempleo y una reducción notable en la tasa de participación de la mano de obra. Esta evidencia se vio reafirmada por el trabajo de Grubb y Wells, el cual muestra con claridad que mientras más reglamentado esté un país (basado en un índice construido de reglamentos laborales generales), más lenta es la tasa de crecimiento del empleo en el sector privado y más bajos tienden a ser los ingresos”<sup>198</sup>.*

En similares términos, otros ordenamientos situados –por su rigidez– en la cúspide del afán proteccionista, entre los cuales destacan Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, donde el despido produce efectos pecuniarios-laborales, es decir, consecuencias indemnizatorias y de reintegro o restitución de la fuente de empleo, han venido

---

<sup>198</sup> SPINANGER, Dean y MURILLO, Lorena. 2001. Normas comerciales y laborales en Europa. Revista Foro Internacional 41(2): p. 333.

orientando sus críticas doctrinarias hacia la disminución de los costes del despido para el empleador<sup>199</sup>.

El Derecho Laboral moderno en dichas legislaciones europeas, proscribire, en términos generales, el despido, ergo el ejercicio de la libertad de contratación en su faz negativa, salvo algunas excepciones, constituidas por el despido justificado ante ciertas faltas laborales graves del trabajador, como en el caso francés, en donde incluso el empleo temporal está sujeto a ciertas exigencias de legales en torno a la estabilidad laboral<sup>200</sup>. En efecto, la readmisión en el empleo a través del cese de los efectos del despido, constituye la regla general en el escenario europeo, según se verá en los acápites siguientes.

---

<sup>199</sup> “Podemos seguir la concepción tomada por otros autores (Malo y Toharia, 1999; González y Vacas, 2007) acerca de la existencia de dos modelos de costes de despido claramente diferenciados: el modelo liberal, representado por países anglosajones como Gran Bretaña o Estados Unidos, y el modelo continental europeo, donde tenemos el ejemplo de Francia, Alemania o donde se incluiría España. El modelo liberal es más flexible.

La doctrina norteamericana del “empleo a voluntad” (employment-at-will) provoca que la legislación esté prácticamente limitada a algunas normas sobre preaviso o discriminación. Por el contrario, los países europeos, especialmente los mediterráneos, contienen una vasta tradición legislativa de protección al empleo que regulan incluso la obligación de que el empresario busque alternativas al despido o unas altas indemnizaciones y un complejo proceso burocrático que también conlleva unos costes inherentes”. MARTÍNEZ MATUTE, Marta y PEREZ DOMÍNGUEZ, Carlos. 2012. El impacto de los costes de despido sobre el empleo en España: una estimación con datos de panel. Revista Asociación Internacional de Economía Aplicada 30(1): p. 138.

<sup>200</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. 2009. Informe sobre la regulación del despido en Europa. Revista Temas Laborales (99): 259-297.



### **2.1.1 Reino Unido y la facultad de despido sujeta a la racionalidad**

La facultad de despido en el Reino Unido se caracteriza por estar consagrada en términos amplios y sujetarse sólo a la proscripción de la arbitrariedad.

En el citado contexto, los trabajadores del citado ordenamiento jurídico son titulares del derecho a no ser despedidos ilegítimamente, siempre y cuando gocen de antigüedad en el empleo (superior a un año). Lo anterior se refunde en la institución del “*unfair dismissal*”.

En materia legislativa, la *Employment Protection Act* de 1978 (en adelante Ley de 1978), establece los procedimientos a los cuales debe sujetarse el empleador en el despido. Por su parte, la Directiva N° 76/207 del año 1976, establece en su artículo 5.1 lo siguiente:

*“La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo”.*

En efecto, el *right not to be unfairly dismissed*<sup>201</sup> de los trabajadores del Reino Unido, se consagró a partir de la *Industrial Relations Act* 1971. Esta medida se adoptó de conformidad con la recomendación N° 119 de la OIT del año 1963, según la cual el contrato de trabajo no debe ser resuelto sin causa justificada. Actualmente, el artículo 54 de la Ley de 1978 establece que todo trabajador tiene derecho a no ser despedido de forma improcedente por su empleador. Ahora bien, para determinar si el despido es improcedente o no, el empresario debe indicar la causa del despido de entre aquellas citadas por la referida normativa o de cualquier otra causa grave que autorice el despido.

Las causas mencionadas en la Ley de 1978, se refiere a las aptitudes o cualificaciones del trabajador, a su conducta, a la necesidad de amortizar el puesto de trabajo del trabajador o a que no puede ocupar legalmente dicho puesto. En otros términos, no existen causales de despido establecidas en forma taxativa, sino que, se prevé una causal genérica de despido en la medida en que éste sea justificado, racional y no arbitrario<sup>202</sup>. No obstante, determinadas causas, como el embarazo y la actividad sindical, son directamente consideradas inadmisibles por la ley<sup>203</sup>.

Con arreglo al artículo 68 de la Ley de 1978, cuando el Tribunal Industrial o Tribunal de lo social<sup>204</sup>, estima fundada la demanda del trabajador despedido, tiene la

---

<sup>201</sup> Loc. Derecho a no ser despedido de forma improcedente.

<sup>202</sup> Fundación 1 de Mayo. 2012. El modelo de despido en la Unión Europea [en línea] <<http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/InformeDespido.pdf>> [consulta: 12 marzo 2017], p. 12.

<sup>203</sup> European Court Reports 1999 I-00623.

<sup>204</sup> “(...) los *Industrial Tribunals* o *Tribunales de lo Social*, que hoy son órganos muy destacados de la administración de la justicia inglesa, ya que han asumido el tratamiento judicial de cuestiones tan importantes como las relaciones laborales y sindicales (*industrial relations*), los despidos (*dismissals*), la

posibilidad de imponer al empleador, dos tipos de sanciones convenidas con el trabajador.

i. *Reinstatement* o *re-engagement*. El tribunal puede ordenar la readmisión del trabajador en el empleo, quedando sin efectos el despido. En particular, obligará al empresario a pagar al trabajador todas las cantidades que éste hubiera percibido normalmente de no haber sido despedido. De igual manera, el juez puede ordenar la reubicación del trabajador (en otro puesto de trabajo) o *re-engagement*<sup>205</sup>.

ii. Indemnización. Si las precedentes medidas no son viables ante las circunstancias fácticas del despido y de la empresa, el juez podrá ordenar el pago de una indemnización por despido improcedente.

En suma, la existencia de una normativa amplia y genérica (*some other substantial reason*), ha motivado el cumplimiento, por parte de las empresas, de la legislación laboral que protege al trabajador, a través del impulso de la figura del “empresario razonable”, cuestión que queda sujeta a la discreción judicial<sup>206</sup>.

---

*seguridad e higiene en el trabajo (health and safety at work), el acoso sexual en el ámbito laboral (sexual harassment), etc.”. ALCARAZ VARO, Enrique. 2002. El inglés jurídico: textos y documentos. Barcelona, Editorial Ariel, p. 15.*

<sup>205</sup> ALDE (Alianza de los liberales y demócratas por Europa). 2016. Estabilidad en el empleo y protección del trabajador en caso de despido: el marco jurídico europeo y propuestas de debate para posibles nuevas reformas en España. España, Ediciones Hay Derecho: por una conciencia cívica, p. 36.

<sup>206</sup> “(...) se trata de determinar si actuó como un ‘empresario razonable’, por lo que se otorga valor a sus creencias, siempre que sean razonables, más que a la realidad objetiva; así, por ejemplo, si un empresario ha actuado adecuadamente en la investigación de una infracción laboral y ha llegado razonablemente a la conclusión de que ha sido cometida por un trabajador concreto, el despido puede ser legítimo aunque se demuestre que realmente no había cometido la falta. Esta es una clara manifestación

### 2.1.2 Francia y la causa real y seria del despido

A partir del año 1977 se encuentra vigente la exigencia abierta de que el despido debe estar fundado en una causa real y seria.

Así las cosas, de acuerdo con el artículo L. 1235-3 (párrafo 2) del Código de Trabajo, el trabajador despedido sin causa real y seria debe beneficiarse de una indemnización mínima equivalente a los seis últimos meses de salario. Sin embargo, esta indemnización mínima no es aplicable al despido de un trabajador con menos de dos años de antigüedad y al despido llevado a cabo por una empresa que cuenta con menos de 11 trabajadores (Código de Trabajo, artículo L. 1235-5, 2º)<sup>207</sup>.

Con todo, el 13 de octubre de 2016 se recurrió al Consejo Constitucional con la finalidad de que este órgano se pronunciara sobre la constitucionalidad del mínimo de trabajadores que imponía la obligación al empleador de indemnizar al trabajador con una suma equivalente a seis meses de remuneraciones. El requerimiento tuvo como sustento la vulneración del principio de igualdad ante la ley y de la libertad empresarial (ambas garantías fundamentales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico). Sin embargo, el Consejo declaró constitucionales las disposiciones legales en cuestión, habida

---

*de que el objetivo del legislador británico es simplemente limitar la arbitrariedad del poder del empresario*". ALVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. 2009, op.cit. p. 267.

<sup>207</sup> Cfr. ROJAS MIÑO, Irene. 2014. La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. Revista Ius et Praxis 20(1): p. 100.

consideración de que la diferencia de trato respecto de los efectos del despido en las empresas, obedecía a un interés general, cual era el de proteger a las organizaciones empresariales más frágiles. En tal sentido, el órgano jurisdiccional sentenció:

*“(...) previendo que el importe mínimo de la indemnización concedida por el juez en caso de despido sin causa real y grave es aplicable únicamente a los despidos en las empresas con al menos 11 trabajadores, el legislador ha tratado de evitar una carga excesiva sobre las empresas que ha estimado económicamente más frágiles, adaptando las condiciones en las que la responsabilidad de la empresa puede estar comprometida.*

*De esta forma ha perseguido un objetivo de interés general”<sup>208</sup>.*

En suma, la aplicación jurisprudencial del denominado “criterio legal de la plantilla”<sup>209</sup>, que alude, precisamente, al tamaño de la empresa en la determinación de los efectos indemnizatorios del despido, importa, a la vez, la persecución de un fin disuasivo en el ejercicio de la facultad de despido sin una causa real y seria. Si el despido carece de causa suficiente el juez podrá imponer la readmisión, pero, en la práctica, esta posibilidad no resulta aplicable, en los hechos, debido a que no es aceptada

---

<sup>208</sup> Véase en Gobierno de España. 2016. Relaciones laborales y condiciones de trabajo. Revista Actualidad Internacional SocioLaboral (206): p. 137.

<sup>209</sup> *Ibíd.*

ni por el trabajador ni por el empleador<sup>210</sup>. De igual forma, resulta imperioso precisar que, en el ordenamiento jurídico-laboral francés, el trabajador que ha incurrido en una falta grave, pierde sus derechos indemnizatorios cuando el empleador ejerce sus facultades disciplinarias.

### **2.1.3 España y la disminución de los costes del despido**

A partir de la reforma laboral del año 2012, mediante el Real Decreto Ley 3/2012, se introdujo la disminución de los costes de despido (tanto para las empresas públicas como privadas) y se eliminaron los controles judiciales y administrativos circunscritos al despido. En tal sentido, la dogmática ha puntualizado:

*“La supresión de los salarios de tramitación, y la rebaja de la indemnización por despido injustificado, son dos factores que flexibilizan y abaratan el despido sin causa, sin motivación ni justificación legal alguna. Es el mecanismo de la flexibilidad basada en la mera discrecionalidad empresarial para despedir.*

*Cabe destacar que es una medida que afecta, sobre todo, al conjunto de trabajadores fijos que actualmente vienen prestando servicios y mantienen una*

---

<sup>210</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. 2009, op. cit. p. 273.

*relación laboral en vigor, y en modo alguno es una medida que sólo comprenda a los nuevos contratos”*<sup>211</sup>.

Dentro de los estados que forman parte de la Unión Europea y, precisamente, a partir de la mencionada reforma, España es la latitud del viejo continente que cuenta con un régimen de libre despido para los contratos de trabajo con duración inferior a doce meses<sup>212</sup>, así como también para los contratos de prueba. El despido en las referidas figuras contractuales, al igual que al operar el despido disciplinario, el trabajador no tiene derecho a indemnización alguna.

Con todo, las relaciones laborales superiores a dicho plazo, de carácter indefinidas, gozan de un estatuto de protección al despido, según ha precisado el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

*“El tema conductor de este litigio discurre por los campos de las relaciones de trabajo, cuya sede constitucional es el art. 35 de la Ley suprema y cuya configuración se defiende al legislador. La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas*

---

<sup>211</sup> Fundación 1º de Mayo. 2012, op. cit. p. 4.

<sup>212</sup> MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo. 2016. La reforma laboral de 2012 y el aumento del despido y desempleo en España. Revista Andaluza de Antropología (11): 44-66.

*(indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva (SSTC 7/1993 y 14/1993). En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 C.E.), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”<sup>213</sup>.*

Ante la declaración de despido injustificado, la legislación española otorga al empresario las siguientes opciones entre las cuales puede optar:

i. Readmisión. Electa esta modalidad, el empleador debe pagar al trabajador las remuneraciones devengadas durante la tramitación del proceso judicial, desde el despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal acontecimiento fuera anterior a dicha sentencia.

---

<sup>213</sup> José Viturro Muñiz con Hermanos Gandon S.A. (1994): Tribunal Constitucional Español, Sentencia Nº 20-1994, de 27 de enero de 1994 (recurso de amparo), considerando segundo.



ii. Indemnización de perjuicios. El empleador debe pagar una reparación de daños equivalente a treinta y tres días de remuneraciones por año de servicio con un tope de dos años<sup>214</sup>.

Desde otra perspectiva, el Derecho del Trabajo español se ha configurado sobre la base de la tensión existente entre los derechos del trabajador y de las empresas. Dicha comprensión advierte la natural contraposición entre el capital y el trabajo, razón por la cual el análisis de la efectividad de la tutela laboral del trabajador se ha inclinado por el equilibrio necesario entre la salvaguardia de los trabajadores, por una parte, y la protección de las empresas, por la otra, mediante el estudio de los costos del despido.

En tal sentido, alguna doctrina ha advertido:

*“(...) el principio de protección (de tutela) del trabajador encuentra su límite intrínseco en el contexto del sistema vigente en la protección del sistema económico: del principio de rendimiento y de productividad, es decir, que la mejora de las condiciones de trabajo encuentra un límite objetivo: no puede anular la capacidad de funcionamiento y por consiguiente de supervivencia del propio modo de producción capitalista (...). De esta apreciación que la realidad del sistema capitalista nos ofrece se infiere la existencia contradictoria (en permanente contraposición dialéctica) entre dos grandes principios que vienen a caracterizar al Derecho del Trabajo informando sus instituciones e inspirando y*

---

<sup>214</sup> Investin Spain. 2015. Legislación laboral y de seguridad social. Revista Guía de Negocios en España. Legislación Laboral y de Seguridad Social (5): 1-38.

*condicionando a los verdaderos principios aplicativos e interpretativos de sus normas jurídicas. Tales principios básicos son, por simplificar, reconducibles a dos: el principio de protección del trabajador (el favor laboratoris que, entronizado en el Derecho del Trabajo, determina el carácter tuitivo del mismo) y el principio de libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado (principio este que en no poca medida se corresponde con el conocido principio de conservación y rendimiento de la empresa) que tutela el interés del empleador al condicionar económicamente el alcance del principio de protección”<sup>215</sup>.*

Aun cuando la dogmática española analice los alcances normativos de la contraposición de los derechos del trabajador y el derecho a la libertad de la empresa (y no respecto del ámbito del derecho fundamental del trabajo que le compete el empleador, que entre nosotros tiene sustento normativo en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República), lo cierto es, sin lugar a dudas, que dicha dualidad llega hasta nuestro derecho del trabajo del empleador, en su vertiente de libertad de contratación en su faz negativa.

Así las cosas, la finalidad del Derecho del Trabajo no puede sopesar, de forma exclusiva y excluyente, la consideración del valor social del trabajo. Esto porque según

---

<sup>215</sup> MONEREO PÉREZ, José. 1996. Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, p. 30.

afirmamos en otros capítulos de la presente investigación, el empleador es titular de una serie de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, de entre los cuales destacan, para efectos de nuestro estudio, la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa y este derecho no puede, sino, aprehenderse en conexión con el valor social de la empresa, concebida como institución.

Lo anterior aparece refrendado por alguna doctrina nacional especializada, al referirse al sistema jurídico-laboral español, en los términos que citamos a continuación:

*“La interpretación y aplicación de las normas jurídicas debe considerar que estas son una síntesis normativa entre protección al trabajador y a la empresa, pues la correcta armonización de ambos fines produce el efecto sinérgico de contribuir al desarrollo social.*

*El Derecho del Trabajo, metafóricamente hablando, representaría una ecuación altamente contingente, en donde las variables protección al trabajador y protección a la empresa mutan constantemente en pos de la paz y la justicia social”<sup>216</sup>.*

---

<sup>216</sup> LÓPEZ ONETO, Marcos. 2013. El principio de protección a la fuente del empleo en Chile. Pasos hacia un derecho del trabajo bidireccional. Santiago, Editorial Thomson Reuters, pp. 318 y 319.

#### 2.1.4 Italia y la inexistente facultad de despido

Al igual que en otros sistemas europeos, en Italia existía el derecho a reintegro del trabajador que ha sido despedido y cuyo despido ha sido declarado judicialmente carente de justificación. Con todo, a diferencia del derecho alternativo que le asiste al empresario en otros ordenamientos jurídicos de Europa, el derecho italiano preveía la obligación de éste de reincorporar al trabajador cuando se tratara de empresas de más de 15 de trabajadores. Sólo para las pequeñas empresas se encontraba previsto el derecho de opción aludido (reincorporación o pago de una indemnización de daños)<sup>217</sup>.

En este orden de ideas, la dogmática jurídica sopesaba los alcances del excesivo proteccionismo al trabajador y de los efectos del fenómeno del *over-inclusive* en la tutela de su fuente de empleo, especialmente en torno a los trabajadores con relaciones laborales indefinidas, en los términos que siguen:

*“El aspecto discutido no concierne tanto a la obligación de justificar el despido, que nadie contesta; concierne más bien al efecto, previsto por la ley, de la reintegración, considerada como elemento de excesivo proteccionismo a favor de los trabajadores, privados y públicos, que ya hacen parte de una relación de trabajo a tiempo indeterminado. Al régimen de ‘estabilidad real’, del cual gozan los sectores más tradicionales del trabajo (industria, servicios públicos, administración pública), se contrapone una vasta área de precariedad del empleo*

---

<sup>217</sup> GRANDI, Mario y ROIGÉ CASALS, Anna. 2003. El derecho de trabajo italiano en la perspectiva europea. Revista Chilena de Derecho 30(2): p. 221.

*sobre todo juvenil y femenino en el sector terciario y de la new economy (donde es prevalente la ocupación temporal o precaria sin garantía del puesto de trabajo). Este dualismo de tutelas agudiza la crisis de uno de los sectores típicos del Derecho del Trabajo tradicional, aquel representado por el trabajo subordinado estable a tiempo indeterminado”<sup>218</sup>.*

Sin embargo, la legislación italiana sufrió, recientemente, una importante reforma atingente el tópico del despido, a partir del Decreto N° 183, aprobado en el Consejo de Ministros del Gobierno italiano del 24 de diciembre de 2014. El precitado cuerpo normativo beneficia, en protección, al trabajador que goza de una relación laboral indefinida, en aras de la supervivencia del derecho de readmisión en el empleo.

Así, el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 183 establece:

*“El Juez, en la misma sentencia en la que declara la nulidad del despido por considerarlo discriminatorio o incluido en otros casos de nulidad expresamente previstos por la ley, ordena al empleador, empresario o no empresario, la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, independientemente de la razón formalmente invocada. Con posterioridad a la sentencia de readmisión, la relación laboral se entenderá finalizada cuando el trabajador no reingrese en su puesto de trabajo dentro de los siguientes 30 días a la llamada del empleador,*

---

<sup>218</sup> *Ibidem.*

*salvo en el caso en que el trabajador haya solicitado la indemnización según lo establecido en el párrafo tercero de este artículo. Este régimen se aplica también al despido declarado nulo por haber sido realizado en forma verbal”.*

Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que el Decreto N° 183 establece un derecho de opción para el trabajador: puede optar por la readmisión en el empleo, o bien, por el pago de una indemnización equivalente a quince mensualidades de remuneraciones, que supone la rescisión del contrato de trabajo y que no está sujeta a la obligación de cotizar.

Por su parte, el artículo 3° del mismo cuerpo normativo reemplaza el derecho de readmisión del trabajador, por el pago de una indemnización, cuando el despido sea declarado injustificado (nótese, no nulo), declarando resuelta la relación laboral. Empero, el legislador reserva el derecho de readmisión en las hipótesis en que el despido disciplinario se declara injustificado<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> Inciso 2° del artículo 3° del Decreto N° 183: *“Exclusivamente en los casos de despidos disciplinarios o por causa justa en los que se demuestre en el juicio la inexistencia del hecho material atribuido al trabajador, con respecto al cual será indiferente toda valoración sobre la desproporción del despido, el juez anulará el despido y condenará al empleador a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo y al pago de una indemnización de resarcimiento por importe de los salarios dejados de percibir desde el día del despido hasta la fecha efectiva de reingreso en el puesto, con la deducción de lo que el trabajador haya podido percibir por el desarrollo de otra actividad laboral, así como cuanto habría podido percibir aceptando una adecuada oferta de trabajo según el artículo 4 del Decreto Legislativo de 21 de abril de 2000”.*

Finalmente, cabe apuntar que en el caso de despidos económicos (asimílese a nuestro despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio) declarados improcedentes en sede judicial, la nueva legislación no establece el caso de readmisión del trabajador.

A partir del análisis de la legislación Italia nos parece apropiado formular los siguientes alcances.

Primero, se trata de un sistema jurídico laboral cuya fama radica, precisamente, en la *bona* protección de sus trabajadores. Es posible advertir la materialización de lo anterior en las normas laborales que constreñían la reincorporación del trabajador ante el despido improcedente<sup>220</sup>, sin consideración ni examen de la viabilidad económica del empresario para hacerlo, así como tampoco de los efectos nocivos que aquello puede importar en el clima bajo el cual deben desenvolverse las relaciones laborales.

Segundo, los efectos laboral-pecuniarios devengados a partir de la declaración de improcedencia del despido disciplinario, son muy diversos en sus causas, a aquellos producidos a la luz de nuestra normativa interna. Esto porque el ejercicio del poder disciplinario, ergo, del despido disciplinario, emanado del ámbito de la libertad de trabajo de que es titular el empleador, tal y como dimos cuenta en el capítulo I de

---

<sup>220</sup> Debe recordarse igualmente que la legislación italiana no contiene precisión alguna sobre las causas justificadas del despido. La normativa se limita a establecer que el empleador puede despedir al trabajador cuando concurra un “*giustificato motivo oggettivo*” (por razones económicas) o “*soggettivo*” (por motivos disciplinarios)” o una “*giusta causa*”. No existe definición alguna sobre las razones económicas que pueden justificar el despido ni sobre las razones de carácter disciplinario en que la terminación de la relación laboral, por voluntad del empleador, puede fundarse.

nuestro estudio, a propósito de los requisitos del ejercicio del poder disciplinario, debe respetar las exigencias impuestas por el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, junto con los requerimientos de la tipificación, irretroactividad, prescriptibilidad o perdón de la causal, de presunción de inocencia y de proporcionalidad. A mayor abundamiento, el cumplimiento de los requisitos del ejercicio eficaz de la libertad de contratación del empleador, en su faz negativa, a propósito del despido disciplinario no se agota en los elementos antes citados. Por el contrario, existen dos fuentes de obligaciones adicionales para el legislador. Así, desde la perspectiva legal, existe la necesidad de que el despido disciplinario se base en una de las causales establecidas taxativamente en la ley (artículo 160 del Código del Trabajo), que la invocación de la causal se haga en los términos del artículo 162 del Código del ramo y que se trate de conductas graves, debidamente comprobadas. Ahora bien, desde el plano jurisprudencial no es posible atribuir un plexo inamovible de requerimientos al despido disciplinario, toda vez que se pueda hallar múltiples adiciones a la ley, tales como la necesidad de que el despido se imponga como *última ratio* dentro del *ius puniendi* empresarial, que la falta laboral se manifieste de forma reiterada en el tiempo o que cause perjuicio al empleador<sup>221</sup>.

Sin embargo, en el tuitivo derecho laboral italiano, los efectos laborales o laborales-pecuniarios provenientes del despido disciplinario que ha sido declarado injustificado, sólo se generan cuando el hecho material (es decir, la falta laboral) en el

---

<sup>221</sup> En este sentido, véase en Corte Suprema, Sentencia ROL N° 12.054-2013, de 25 de marzo de 2014 (recurso de casación en el fondo), considerando octavo.



cual se basa dicha medida disciplinaria, no existe. En otros términos, no existe en el procedimiento laboral italiano, ninguna consideración a la gravedad o proporcionalidad del despido disciplinario como respuesta del empleador a la falta laboral del trabajador<sup>222</sup>.

### **3. La libertad de contratar en el derecho norteamericano**

Hemos reservado el presente apartado para el tratamiento de la libertad de contratar en el derecho norteamericano, en razón del especial interés que nos invoca la gran extensión del precitado derecho del empleador.

Dentro del sistema del *common law*, específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, rige el principio de la operatividad de la oferta y la demanda en el empleo, en virtud de la cual la flexibilidad de la normativa laboral se dirige a proteger los niveles de movilidad en el trabajo<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> “En cualquier caso, la posibilidad de que los jueces valoren como inexistentes las infracciones disciplinarias invocadas para el despido (aunque se especifica que debe quedar al margen cualquier valoración acerca de la proporcionalidad del despido) sigue manteniendo un cierto grado de incertidumbre sobre las eventuales consecuencias de un juicio por despido por estas causas”. Gobierno de España. 2013. Italia. Comentario General. Revista Actualidad Internacional SocioLaboral (166): p. 26.

<sup>223</sup> LÓPEZ ONETO, Diego. 2002. Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente. Revista Análisis Laboral (6), Fundación Friedrich Ebert Stiftung: 1-17.

En el citado contexto, en el derecho norteamericano, la libertad de despido es extensa (más no absoluta) y se refunde bajo la rúbrica del “*employment at will*” o empleo a voluntad, limitada sólo por leyes determinadas, generalmente antidiscriminatorias<sup>224</sup>.

Así las cosas, en virtud de la regla del *employment at will*, cualquiera de las partes de la relación laboral puede rescindir el contrato de trabajo, de manera inmediata y sin necesidad de alegar motivo justificado (*termination without cause*). Sin embargo, existen algunas excepciones legales al principio que refuerza la libertad de contratación del empleador en su faz negativa, referidas a los despidos ilegales (*wrongful dismissals*) basados en consideraciones de raza, edad, sexo o procedencia.

A partir del célebre caso *Lochner v. Nueva York*, en 1905, la Corte Suprema de Estados Unidos ha venido sosteniendo la existencia y vigencia de un derecho constitucional que tiene como titular al empleador, en torno a su libertad de contratación.

En la citada jurisprudencia, el empleador (*Lochner*) sostuvo que la primacía del “*right to contract freely*”, era un derecho constitucional desprendido de la quinta enmienda de la Carta Fundamental de Estados Unidos, que establece que a nadie “(...) *se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal (...)*”. Por su parte, la Suprema Corte declaró la supremacía y prevalencia de la libertad de

---

<sup>224</sup> MALO, Miguel. 2003. La evolución institucional del despido disciplinario: una interpretación en términos de accidente histórico. Revista del Departamento de Economía e Historia Económica de la Universidad de Salamanca (1): p. 22.

contratación (a partir de la lectura del referido fallo, se desprende el reconocimiento del aspecto bidimensional de la libertad de contratación, como garantía del empleador y del empleado), por sobre la intervención legislativa en materias de salud ocupacional y del establecimiento de la jornada máxima diaria. Dicha declaración fue hecha de la forma que sigue:

*“It is a question of which of two powers or rights shall prevail – the power of the State to legislate or the right of the individual to liberty of person and freedom of contract. The mere assertion that the subject relates though but in a remote degree to the public health does not necessarily render the enactment valid. The act must have a more direct relation, as a means to an end, and the end itself must be appropriate and legitimate, before an act can be held to be valid which interferes with the general right of an individual to be free in his person and in his power to contract in relation to his own labor”.*

El tribunal supremo, adiciona y subraya la doble faz de la libertad de contratación, en el siguiente orden de ideas:

*“We think the limit of the police power has been reached and passed in this case. There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be necessary or appropriate as a health law to safeguard the public health or the*

*health of the individuals who are following the trade of a baker. If this statute be valid, and if, therefore, a proper case is made out in which to deny **the right of an individual, sui juris, as employer or employee, to make contracts**<sup>225</sup> for the labor of the latter under the protection of the provisions of the Federal Constitution, there would seem to be no length to which legislation of this nature might not go”.*

A propósito de la constitucionalidad de las leyes estatales que pretenden introducirse en las jurisdicciones federales, cuyo contenido limita la libertad del empresario de organizar y dirigir su empresa, por una parte, y la libertad del trabajador de negociar sus propias condiciones de trabajo, por la otra, cabe señalar que no existe en el derecho estadounidense ningún cuerpo normativo que regule, de forma general, las relaciones laborales de carácter individual (*employment law*).

El fundamento de lo anterior es que las leyes que tienen aplicación general – civiles y comerciales– constituyen el punto de partida de la regulación del contrato de trabajo<sup>226</sup>. Con todo, las relaciones laborales pueden ser reguladas por leyes federales y producirse una superposición normativa.

Ahora bien, tal y como hemos venido señalando, el derecho norteamericano está dotado de un marco protectorio del trabajador en contra del despido discriminatorio, sin

---

<sup>225</sup> El destacado es nuestro.

<sup>226</sup> DE BUEN UNNA, Carlos. 2005. Derecho del trabajo en América del Norte: evolución y tendencias. Revista Gaceta Laboral 11(1): p. 162.

embargo, la tutela antes dicha no recibe aplicación el caso de los trabajadores indocumentados.

Así, a partir de un análisis jurisprudencial de la Corte Suprema estadounidense, es posible situar el mencionado precedente en el caso *Hoffman Plastic Compounds v. NLRB* del año 2002, en donde el máximo tribunal norteamericano declaró que el trabajador sin documentos no tenía derecho a recibir el “backpay” o derecho de los “salarios caídos”, contemplado en la *National Labor Relations Act* (NLRA)<sup>227</sup>, consistente en la obligación del empleador de pagar las remuneraciones del trabajador que no siguió trabajando por haber sido despedido injustamente<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> El Acta de Relaciones Laborales fue aprobada por el Congreso estadounidense el año 1935 y básicamente confiere a los trabajadores el derecho a organizarse, iniciar huelgas y negociar colectivamente.

<sup>228</sup> “El caso mencionado involucra al señor Castro, un trabajador contratado en la planta de la compañía *Hoffman Plastic Compounds* en Los Ángeles, California.

En 1989, cuando el señor Castro contribuyó a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, fue despedido. En enero de 1992 la *National Labor Relations Board* decidió que tal despido era ilegal y ordenó el pago de salarios caídos [back pay] y la reinstalación del señor Castro.

En junio de 1993, durante la audiencia realizada ante un juez administrativo de la *National Labor Relations Board* para determinar el monto del pago de salarios caídos [back pay], el señor Castro declaró que nunca había sido admitido legalmente ni autorizado para trabajar en los Estados Unidos de América. Debido a esta declaración, el juez administrativo decidió que no se podía otorgar el pago de salarios caídos [back pay], ya que ello estaría en conflicto con la *Immigration Control and Reform Act* de 1986. Esta ley prohíbe que los empleadores contraten a trabajadores indocumentados, con conocimiento de ello, y que los empleados utilicen documentos falsos para ser contratados.

En septiembre de 1998 la *National Labor Relations Board* revocó la referida decisión del juez administrativo e indicó que la forma más efectiva de fomentar las políticas de inmigración era proporcionando a los trabajadores indocumentados las mismas garantías y recursos de la *National Labor Relations Act* que se otorgan a los demás empleados. La *National Labor Relations Board* decidió que aunque el trabajador indocumentado no tenía derecho a ser reintegrado, se le debían pagar los salarios caídos [back pay] y los intereses acumulados por los tres años de trabajo perdido.

La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América denegó la solicitud de revisión presentada por la compañía *Hoffman Plastic Compounds* y reafirmó la decisión de la *National Labor Relations Board*.

El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró el caso y anuló el pago que se debía realizar al trabajador.

Con todo, la libertad de contratación-laboral norteamericana, fundada en el principio del *employment at will*, debe ser analizada a la luz de ciertos matices que nos permitirán preservar la idea de que la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa, como facultad de despido, constituye un límite cierto y tangible a la libertad de trabajo del trabajador, ergo, ante la colisión de ambas vertientes de la garantía fundamental objeto de nuestro estudio, no puede prevalecer, *per se*, siempre y bajo toda circunstancia, la titularidad del trabajador. De allí que nos abocaremos a dicho examen en los acápites que siguen.

### **3.1 Alcances del principio laboral estadounidense del *employment at will***

La doctrina del *employment at will* cobra aplicación en el marco de los contratos de duración indefinida que no han sido escriturados e importa que el empleador puede rescindir el contrato, sin necesidad de cursar un pre-aviso.

---

*La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que denegó el pago al trabajador indicó que permitir a la National Labor Relations Board que reconozca el pago de salarios caídos [back pay] a extranjeros ilegales, perjudicaría las prohibiciones estatutarias fundamentales para la política federal de inmigración. Ello estimularía la sustracción de las personas a las autoridades migratorias, perdonaría las violaciones que se realicen a las leyes de inmigración y fomentaría futuras infracciones".* Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, p. 46.

A partir del año 1990 los tribunales han fundado el principio del empleo a voluntad en la igualdad del poder negociador entre trabajador y empleador<sup>229</sup>. Aun cuando sólo el estado de Montana ha prohibido el despido sin justa causa<sup>230</sup>, lo cierto es que el marco regulatorio norteamericano de las relaciones laborales individuales, no se extiende hasta la libertad absoluta, así como tampoco se satisface de forma exclusiva en la voluntad del empleador en todas las figuras laborales que pueden encerrar las condiciones de trabajo.

En otros términos, el principio del *employment at will* comprende dos alcances preliminares.

Primero, el empleador está dotado de la discreción necesaria para decidir el curso de la relación laboral, así como su terminación por despido.

En segundo término, la regulación convencional de las relaciones laborales es autónoma respecto de la reglamentación gubernamental<sup>231</sup>.

Hemos formulado la precedente prevención con dos finalidades particulares. La primera es advertir el vicio de que adolecen ciertas premisas que fundan sus analogías comparativistas en el régimen del empleo a voluntad estadounidense, sin mayores

---

<sup>229</sup> “Traditionally and as recently as the early 1900s, courts viewed the relationship between employer and employee as being on equal footing in terms of bargaining power”. MUHL, Charles. 2001. The employment-at-will doctrine: three major exceptions. *Monthly Labor Review* (1): p. 3.

<sup>230</sup> DE BUEN UNNA, Carlos. 2005, op. cit. p. 176.

<sup>231</sup> BEFORT, Stephen. 2002. Labor and employment law at the millennium: A historical review and critical assessment. *Boston College Law Review* 2(2): 351-460.

precisiones limitativas en torno a la extensión de la facultad de que se encuentra premunido el empleador.

Esto porque, sin lugar a dudas, en el complejo sistema norteamericano, el despido no existe como institución sin limitaciones. Aun cuando no procede de un sistema normado desde el ámbito legislativo-estatal, sí se encuentra configurado por ciertas reglas que forman parte integrante de su fisionomía.

Por tanto, es preciso dar una doble mirada al principio del *employment at will*. En principio, abordaremos la fuente constitucional de su jerarquía y sustancia, para luego dar paso al tratamiento estricto del alcance del precitado principio.

El denominado *right to discharge* del empleador tiene bases constitucionales, a partir de lo dispuesto por la quinta y la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal. Tal y como había adelantado, la primera de las normas constitucionales mencionadas, dice relación con la libertad. En efecto, esta garantía fundamental se inserta dentro del denominado *Bill of Rights* (declaración de derechos contra el gobierno federal), disponiendo que nadie “*será privado de la (...) libertad (...) sin debido proceso de ley (...)*”.

Por su parte, el inciso 1° de la decimocuarta enmienda establece:

*“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que*



*residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.*

De lo anterior se desprende que la decimocuarta enmienda, hace oponible a los Estados los derechos del *Bill of Rights*<sup>232</sup>.

Ambas normas se cuadran con la garantía del debido proceso que, en términos sustantivos, implica que las legislaciones estatales no tienen el atributo de coartar la libertad de las personas, cuyo espectro comprende el ámbito de la libertad de contratación laboral.

A partir de la década de 1880, el Tribunal interpretó la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda como el establecimiento de una protección sustantiva a los contratos privados, prohibiendo así una gama de regulación social y económica. El Tribunal sostuvo que la decimocuarta enmienda protege "la libertad de contratación", es

---

<sup>232</sup> Véase en CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo. 2003. Criterios de racionalidad en el examen de constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Estados Unidos. *Revista de Estudios de la Justicia* (3): p. 24.

decir, el derecho de los trabajadores y los empleadores de negociar salarios sin mayor interferencia del Estado.

En este orden de ideas, la Corte revocó, en 1905, una ley dictada por el Estado de *New York*, que decretaba el máximo de horas para los trabajadores de una panadería en *Lochner v. New York* (jurisprudencia que ya tuvimos oportunidad de revisar con antelación<sup>233</sup>), así como también revocó una ley de salario mínimo en 1923 en *Adkins v. Hospital de Niños*<sup>234</sup>.

En este punto es necesario destacar que, aun cuando la *ratio legis* de la legislación *newyorkina* estaba dirigida a dar protección a la salud de los trabajadores, no perdió de vista la libertad de contratación (libertad de trabajo del empleador en su faz negativa, para nosotros), ergo, ante la interferencia estatal, el máximo tribunal estadounidense consideró que ésta debía prevalecer en razón de su protección constitucional. Lo anterior parece de suma relevancia habida consideración de los requerimientos estrictos que la jurisprudencia de la Corte Suprema impone a la legislación laboral, así como lo ha afirmado la doctrina especializada:

*“La Corte entendió que esta interferencia importaba infracción de la libertad constitucionalmente garantizada. La Corte entendió que no era suficiente que la*

---

<sup>233</sup> Véase en el apartado N° 3 del presente capítulo.

<sup>234</sup> La Corte consideró que la potestad del Estado termina donde comienza una interferencia con ciertos requisitos de la libertad protegida que se consideran indispensables, especialmente en lo que respecta a la fijación de precios y salarios

*ley se dirigiera a proteger la salud de los trabajadores, estableciendo de paso un estricto estándar de constitucionalidad:*

*La mera aserción de que la materia se relaciona aunque solo en grado remoto con la salud pública no hace necesariamente válida la ley. Ésta debe tener una relación más directa, como de medio a fin, y el fin en sí mismo debe ser apropiado y legítimo, antes de que pueda declararse válida una ley que interfiere con el derecho general de un individuo a la libertad de su persona y de su poder para contratar en relación con su propio trabajo”<sup>235</sup>.*

Ya en el año 1872, el juez Bradley precisó el alcance de la libertad en el plano de la contratación, en los términos que siguen:

*“Para la preservación, ejercicio y goce de estos derechos [vida, libertad, propiedad] el ciudadano individual debe, necesariamente, quedar libre para adoptar aquella vocación, profesión o comercio que le parezcan más conducentes a dicho fin. Sin este derecho no puede ser un hombre libre. Este derecho a elegir la propia vocación es una parte esencial de aquella libertad que es objeto de protección del gobierno; y una vocación, una vez elegida, es propiedad y derecho*

---

<sup>235</sup> CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo. 2003, op. cit. p. 28.

*del hombre. La libertad y la propiedad no están protegidas allí donde estos derechos son atacados arbitrariamente*”<sup>236</sup>.

Con todo, la denominada era *Lochner* cedió ante las exigencias de las doctrinas del *New Deal* del presidente Roosevelt<sup>237</sup>, para retomar el curso de la jurisprudencia de *Lochner* a partir del caso paradigmático de *Morehead v. Tipaldo*, en que la Corte invalidó una ley de Nueva York sobre salario mínimo para mujeres.

Ahora bien, habíamos advertido que trazáramos una segunda línea analítica en torno al *right to discharge* del empleador, cual era la de examinar su extensión a la luz de la regla del *employment at will*, es pos de desembrollar los alcances del “libre despido” estadounidense.

Ya en el año 1884 la Corte de Tennessee, formuló la formula clásica de la doctrina del *employment at will*, en el siguiente orden de ideas:

---

<sup>236</sup> The Slaughter-House cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

<sup>237</sup> Véase en SERRANO SEGARRA, María. 2010. La crisis económica de 1929: Roosevelt y el New Deal. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche 1(6): 113-130.

*“All may dismiss their employees at will, be they many or few, for good cause, for no cause or even for a cause morally wrong, without being thereby guilty of legal wrong”*<sup>238</sup>.

Así las cosas, cabe apuntar que la libertad de despido en el derecho laboral norteamericano, ha sido concebida en base a la ausencia de formalidades anexas a la decisión del empleador de poner término a la relación laboral.

En otros términos, no existen en el estatuto norteamericano exigencias tales como las de nuestro artículo 162 del Código del ramo<sup>239</sup>. En este orden de ideas, las normas federales, regulatorias de las relaciones de trabajo, no prevén el cumplimiento de formalidades anexas al despido, así como tampoco la expresión de causa del despido cuando se trata de relaciones laborales no escrituradas y de carácter indefinido.

Así, la *Fair Labor Standards Act* (Ley de Normas Razonables de Trabajo), no exige aviso del despido al trabajador, explicitación de la razón del mismo, así como tampoco el pago inmediato del último sueldo de los trabajadores despedidos<sup>240</sup>. Sin

---

<sup>238</sup> Véase en *Hutton v. Waters*.

<sup>239</sup> Artículo 162 inciso 1° del Código del Trabajo: “*Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas, en el artículo 160, deberá comunicarlo por letras a) y b) escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda*”.

<sup>240</sup> Departamento de Trabajo de EE.UU. Administración de Normas de Empleo División de Horas y Salarios. 2007. Guía Práctica Referente a la Ley de Normas Razonables de Trabajo. Publicación de WH 1282-SP: 1-23.

perjuicio de lo anterior, téngase presente que, en caso de que el contrato individual o colectivo establezca procedimientos de pre-aviso, el empleador deberá observarlos<sup>241</sup>.

Sin embargo, al igual que en nuestro régimen laboral, el ejercicio de la facultad de despido puede ser controlado judicialmente una vez que el despido ha sido comunicado al trabajador (sin necesidad de formalidad alguna). En otros términos, el *right to discharge* comprende la libertad contractual del empleador fundada en las garantías constitucionales de la quinta y decimocuarta enmienda y, en el plano del *employment at will*, lo anterior significa que las partes de la relación laboral pueden convenir libremente las condiciones a las cuales se sujetará dicho pacto, extendido al ámbito del despido.

Así las cosas, todas las relaciones laborales en Estados Unidos se presumen han sido convenidas a voluntad, salvo en el Estado de Montana. Empero, el *employment at will* en el que se traduce la libertad del empleador de despedir al trabajador sin formalidad alguna, tiene, en todos los Estados, una cortapisa ineludible, cual es la del *wrongful termination* o despido injustificado.

---

<sup>241</sup> “U.S. law does not expressly address notification procedures for dismissal of a worker with a contract. Workers in the United States generally do not have contracts. However, if an employment contract exists, the parties can bargain for terms in a contract to govern notification procedures. Similarly, if collective bargaining agreements or employee handbooks prescribe the circumstances for notice, then such documents would govern. In some states, eligible workers, regardless of whether the worker is under contract or not, may obtain a ‘service letter’ that indicates the reasons for the dismissal. In other states where there is no “service letter” concept, the worker can request the reason for termination. Typically, the worker must first submit a request for the “service letter” or for the reasons for his or her termination. However, no federal law mandates a service letter”. OECD. 2013. United States [en línea] <<https://www.oecd.org/els/emp/United%20States.pdf>> [consulta: 13 abril 2017].

En tal sentido, el *Economics Dictionary* ha conceptualizado el *wrongful termination* con los siguientes términos:

*“Unfair termination of employment refers to the process of dismissing employee in the absence of a substantial reason. It is the removing of someone from a work for reasons which are not legally. Unfair dismissal claims normally cannot be valid in the grounds where an employee is dismissed for genuine redundancy, incapability, or misconduct”*<sup>242</sup>.

Al igual que en nuestro medio, la doctrina laboralista comparada ha precisado que el despido es un derecho del empleador, derivado de la libertad contractual, consistente en el ejercicio de sus facultades disciplinarias al interior de la empresa<sup>243</sup>, pero el marco de legalidad en el que opera el mencionado derecho está sometido a la decisión judicial en caso de que el trabajador accione en contra del despido de que ha sido objeto.

Esto porque la eficacia del ejercicio del *right to discharge* se supedita a la protección de los trabajadores mediante las excepciones que a este respecto se han establecido dentro del plano jurisprudencial.

---

<sup>242</sup> Terminación injusta del empleo se refiere al proceso de despedir empleados en ausencia de una razón substancial. Es la eliminación de una persona de un trabajo por razones que no son legales. Las reclamaciones de despido normalmente no pueden ser válidas en los terrenos donde un empleado es despedido por verdadera redundancia, incapacidad o mala conducta. N. la traducción es nuestra.

<sup>243</sup> *“The process of dismissing someone from work is categorized in the group of disciplinary action of the office (Salamon, 2000). Disciplinary actions are formal actions taken by the management against an employee who fails to comply with rules established within the organization”*. MADINDA, Alexander. 2014. Unfair termination of employment at workplaces. Review IJETST 1(5): p, 764.

### 3.1.1 Excepciones a la regla del *employment at will*

En el derecho laboral estadounidense no existe el imperativo jurídico de que el contrato de trabajo se escriba, ni aun desde la perspectiva administrativa<sup>244</sup>.

Las partes de la relación laboral son libres de establecer por escrito cuáles son las condiciones de trabajo que presidirán el vínculo en cuestión. En efecto, los trabajadores que no cuentan con un contrato de trabajo que conste por escrito, pueden ser despedidos por una buena causa (*good cause*), por una mala causa (*bad cause*) o por ninguna causa (*no cause at all*).

Con todo, la Revolución Industrial germinó la evidencia de que la igualdad contractual de las partes de la relación laboral constituía, más que nada, una idealización de las facultades negociadoras de empleador y trabajador. Por tal motivo, la regla del empleo a voluntad comienza a transitar paulatinamente hacia un campo limitativo en contra del abuso del empleador.

*Prima facie*, cabe señalar que las fuerzas sindicales, con frecuencia, han venido impulsando el establecimiento de cláusulas limitativas de la libertad absoluta de

---

<sup>244</sup> Lo anterior porque en sistemas como el nuestro, la no escrituración del contrato de trabajo no implica su inexistencia ni su falta de perfeccionamiento (se trata, claro está, de un contrato consensual), sin embargo, si el empleador no lo escribe, arriesga multas administrativas, junto a la presunción de veracidad de las condiciones de trabajo que declara el trabajador, según dispone el artículo 9° incisos 2° y 4° del Código del Trabajo.



contratación del empleador<sup>245</sup>. Así, la faz negativa de la citada libertad (facultad de despido), generalmente se encuentra sujeta a la obligación del empleador de fundar el despido en una justa causa (*just cause*), en la medida en que los contratos colectivos suelen incluir dicha exigencia.

Ahora bien, el nuevo milenio trajo consigo la construcción y consolidación de ciertas excepciones generales (no privativas de los contratos colectivos) al principio del *employment at will* como derivación de la libertad contractual del empleador en el plano laboral (*right to discharge*). Las citadas excepciones pueden ser sistematizadas en la forma que sigue<sup>246</sup>.

- i. Despidos que violen el orden público de un Estado.
- ii. Despidos en caso de que se haya configurado un contrato de trabajo implícito.
- ii. Despidos que atenten contra la buena fe y el trato justo en materia laboral.

---

<sup>245</sup> DUQUETTE GORR, Jeanne. 1992. The Model Employment Termination Act: Fruitful Seed or Noxious Weed? *Duquesne Law Review* (31): p.111.

<sup>246</sup> MUHL, Charles. 2001, op. cit. p. 4.

## SEGUNDA PARTE

### LA FLEXIBILIDAD LABORAL, PRINCIPIO DE ESTABILIDAD Y PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DE EMPLEO

#### 4. Flexibilidad externa del mercado laboral

*“El principio de libre empresa en el marco del sistema de economía social de mercado actúa como condicionante económico del Derecho del Trabajo, pues si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente”.*

J. L. Moreneo Pérez, Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo, 1996, p. 34.

Nuestro análisis se ha topado con la configuración o sistematización del defecto de vacuidad que hemos venido advirtiendo en el ejercicio de la libertad de contratación del empleador dentro de su dimensión negativa en el ordenamiento jurídico nacional, cual es la tesis de la flexibilidad laboral.

Una profundización exhaustiva de la precitada doctrina supera las posibilidades y objetivos de nuestra investigación, por lo que nos satisface exponer los márgenes de la vertiente de la flexibilidad laboral que fortalece nuestra argumentación jurídica, es decir, la flexibilidad externa del mercado laboral.

Conceptualmente, la flexibilidad laboral importa, en líneas generales, la desregularización del mercado laboral, mediante la libre contratación y la libertad de despido, rompiendo con el principio de estabilidad laboral<sup>247</sup>.

La doctrina de la flexibilidad laboral no ha sido una cuestión ajena a nuestro sistema jurídico-laboral. Por el contrario, la necesidad de ponderar la protección de los derechos de los trabajadores ante el despido bajo la luz de los imperios económicos a los que puede verse sometida la empresa, fue uno de los factores considerados en la discusión parlamentaria de la actual redacción del artículo 161 del Código del Trabajo, que contempla la causal de despido por necesidad de la empresa, establecimiento o servicio.

Así las cosas, el mensaje presidencial con que fue acompañado el proyecto de la Ley N° 19.010 de 1990, rezaba:

---

<sup>247</sup> GUERRÓN AYALA, Santiago. 2003. Principios constitucionales del Derecho del Trabajo y flexibilidad laboral. Temas especiales de Derecho Económico. Quito, Corporación Editorial Nacional, p. 79.

*“Este proyecto otorga a los trabajadores condiciones adecuadas de protección y estabilidad de sus empleos y preserva la flexibilidad que requieren las empresas para elevar los niveles de inversión, expansión y modernización tecnológica (...)”.*

Por su parte, la discusión parlamentaria reforzó la idea de equilibrio entre los derechos laborales del trabajador y la protección empresarial, especialmente, a propósito de los devenires económicos, de la forma que sigue:

*“(...) en la relación laboral se deberá buscar la justa ecuación entre el fortalecimiento del derecho de gestión del propietario sobre su empresa y la debida protección y dignidad de los trabajadores”.*

De allí que la doctrina laboralista haya precisado:

*“Del análisis de los textos de la historia fidedigna de la Ley N°19.016 es posible advertir una clara orientación normativa de los legisladores, en el sentido de formular una legislación sobre terminación de contrato de trabajo que concilie, por una parte, la debida dignidad y protección del trabajador y, por la otra, la necesaria flexibilidad de la empresa para*

*adaptarse a las condiciones fluctuantes de la economía, para así seguir generando riqueza y empleos.*

*Vale decir, se legisló pensado en una doble función para la norma laboral: a) proteger al trabajador, y b) proteger la fuente del empleo. Para ello, se construyó una norma jurídica que autoriza el despido en casos de necesidades de la empresa (protección fuente del empleo) con las respectivas indemnizaciones (protección trabajador). Cabe señalar, que la sola circunstancia de creación de la causal legal cumple también un fin protectorio del trabajador, ya que evita el desahucio”<sup>248</sup>.*

## **5. Principio de estabilidad laboral**

El principio de estabilidad laboral es uno de aquellos que impera en el ámbito del Derecho del Trabajo<sup>249</sup>, en razón del objetivo perseguido por la citada rama del derecho, cual es el de la estabilidad y continuidad de las relaciones laborales.

---

<sup>248</sup> LÓPEZ ONETO, Marcos. 2008. Flexibilidad laboral chilena y principio de protección a la fuente de empleo. Algunas hipótesis. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 35.

<sup>249</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2008. Fundamentos del Derecho Laboral. Santiago, Editorial Legalpublishing, p. 170.

En este orden de ideas, desde la perspectiva del empleador, el principio de estabilidad laboral significa que éste no puede, por regla general, disolver el vínculo laboral por su sola voluntad.

De esta suerte, el principio de estabilidad laboral protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización<sup>250</sup> (artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo).

En otros términos, el principio de estabilidad laboral configura un marco protectorio del trabajador, en la medida en que el contrato de trabajo solo puede terminarse por motivos legales y justificados. De allí que las meras interrupciones de la relación laboral hayan sido desdeñadas por la jurisprudencia dentro de la categoría de extinción y nacimiento de la relación laboral.

Ahora bien, la doctrina especializada ha precisado la existencia de dos corrientes particulares que diferencian los alcances del principio de estabilidad laboral<sup>251</sup>. En una primera vertiente, la estabilidad laboral amplia, consiste en el derecho a permanecer en el empleo, también nomenclaturizada como “estabilidad de entrada”<sup>252</sup>. La segunda – estabilidad laboral relativa– consiste en la garantía de permanencia en el empleo

---

<sup>250</sup> AGUILAR CAMERO, Alfredo. 2015. Estabilidad e inamovilidad laboral. Un esfuerzo de distinción. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (5): p. 30.

<sup>251</sup> TREJO SÁNCHEZ, Karina. 2011. Estabilidad en el empleo y despido individual en la legislación laboral mexicana. *Revista El Cotidiano* (170): 79-87.

<sup>252</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 2015. Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo. Lima, Palestra Editores, p. 99.

mientras no medie una causa de despido prevista con antelación (“estabilidad de salida”<sup>253</sup>).

Lo anterior resulta de suma importancia si se tiene presente que la estabilidad laboral que rige las relaciones de trabajo en Chile, es de carácter relativa. En palabras de N. De Buen Lozano, *“la estabilidad en el empleo debe entenderse como el derecho a conservarlo, no necesariamente en forma indefinida, sino por el tiempo en que la naturaleza de la relación lo exija”*<sup>254</sup>.

Por otra parte, la continuidad y el adjetivo indefinido de las relaciones laborales, a la luz del principio de estabilidad laboral, ha sido sentenciado por la Corte Suprema, a través de expresiones de estilo:

*“Uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo es el de la continuidad de la relación laboral, que se manifiesta, entre otras nociones, en que en presencia de una sucesión de contratos de duración determinada debe tenderse a concluir que se trata de un contrato de duración indeterminada, principio que aparece recogido en algunas de las situaciones contempladas en el artículo 159, N° 4, del Código del Trabajo. No es admisible que la estabilidad en el empleo pueda dejar de ser respetada, mediante las aludidas figuras de celebraciones sucesivas de contratos y finiquitos, pues sin perjuicio de la aparición y proliferación de formas atípicas de prestación de servicios, contratos de corta*

---

<sup>253</sup> *Ibíd.*

<sup>254</sup> DE BUEN LOZANO, Néstor. 1976. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Editorial Porrúa, p. 547.

*duración para obras o servicios determinados, etc., en las situaciones normales de los contratos de trabajo debe configurarse la estabilidad, que es consubstancial con el carácter indefinido de dichos contratos y que responde al carácter protector del Derecho del Trabajo”<sup>255</sup>.*

Por tanto, la legislación laboral en Chile está concebida sobre un principio tutelar que garantiza a los trabajadores la estabilidad laboral, de modo tal que ha reglamentado las causales en virtud de las cuales puede ponerse término a la relación laboral<sup>256</sup>, según tuvimos oportunidad de examinar con antelación en nuestro estudio<sup>257</sup>.

Consecuencialmente, el legislador ha pregonado la protección de la estabilidad en el empleo a partir del Título V del Código del Trabajo, epigrafiado “*De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo*”. Dicha solución legislativa importa que la estabilidad del empleo que el Código protege, hace que dichas causales solo sean las establecidas taxativamente en él, lo que impide que puedan quedar establecidas

---

<sup>255</sup> D.C., E. con Fundación Duoc (2002): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 854-2002, de 18 de junio de 2002 (recurso de casación en el fondo), considerando noveno.

<sup>256</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. 2007. Corte Suprema, 29 de marzo de 2007. Aceituno Muñoz, Marisol y otras con Sociedad de Transportes Limitada (Casación en la forma y en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 430-436.

<sup>257</sup> Véase en el acápite N° 3 del capítulo tercero de esta tesis.



unilateralmente por el empleador, inclusive de consuno, atendida la irrenunciabilidad de los derechos que consagra el artículo 5º del Código del Trabajo<sup>258</sup>.

Con todo, el principio de estabilidad, dentro de nuestro sistema jurídico-laboral, es de carácter relativo, dado que se basa en la figura del contrato de trabajo continuo e indefinido, cuya excepción la constituye el despido, siempre y cuando sea causado. En tal sentido, la Corte Suprema ha sentenciado:

*“La legislación nacional se encuentra imbuida del principio de la estabilidad relativa en el empleo, es decir, el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida en que no incurra en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo 161 del Código del Trabajo, en el sentido de poder desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento de la empresa o desahucio; en aras de tal principio se establecen por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral”<sup>259</sup>.*

---

<sup>258</sup> En este sentido, véase en Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 129-2015, de 23 de diciembre de 2015 (recurso de nulidad), considerando cuarto.

<sup>259</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. 2005. Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): p. 369.

En efecto, en el ordenamiento jurídico se consagra la estabilidad relativa en el empleo o el sistema de despido causado, el que se refleja en la específica y expresa reglamentación que el legislador ha establecido para el término de la relación laboral. Así, contempla causales taxativas, sean de naturaleza subjetiva –artículo 160 del Código del Trabajo– u objetiva –artículos 159 y 161 del mismo cuerpo normativo–, de donde resulta que las partes no gozan de una amplia libertad para pactar circunstancias ante las cuales deba entenderse por terminada la relación laboral sólo en virtud de la convención acordada<sup>260</sup>.

Desde otra perspectiva, creemos preciso subrayar la refulgencia de la libertad de trabajo que compete al empleador, aún ante la valoración del principio de estabilidad en el empleo. Esto porque el sistema de estabilidad relativa se traduce en que el trabajador no tiene un derecho absoluto a un trabajo particular, en la medida en que el empleador se mantiene como titular del derecho a despedir a uno o más trabajadores ajustándose a los requisitos legales<sup>261</sup>.

En otros términos, el principio de estabilidad laboral, en su extensión, solo alcanza hasta la tendencia legislativa que anhela la configuración de relaciones laborales indefinidas, pero no perpetuas. Así, desde la perspectiva del trabajador, la precedente idea ha sido repudiada en aras del rechazo de cualquier forma de esclavitud y desde el

---

<sup>260</sup> En este sentido, véase en R.L.B.M. y A.M.B.F con Sociedad Evaluadora de Antecedentes S.A. (2000): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1288-2000, de 8 de agosto de 2000 (recurso de casación en el fondo), considerando sexto.

<sup>261</sup> Así se ha fallado. Véase en Corte Suprema. 2004. Corte Suprema, 30 de marzo de 2004. Bosquez Álvarez, Jorge con Banco de Chile S.A. (casación en la forma y en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 27-31.

punto de vista del empleador, no resulta lícito imponerle a un trabajador, tal y como veíamos a propósito de la historia fidedigna del artículo 19 N° 16 de nuestra carta fundamental<sup>262</sup>.

Con todo, nos parece necesario acotar los márgenes disyuntivos entre el principio de estabilidad laboral y la libertad de contratación del empleador en su faz negativa.

## **5.1 El principio de estabilidad laboral y el despido**

El efecto más directo del principio de estabilidad laboral, es aquel que concibe el despido como una anomalía jurídica<sup>263</sup> en el contexto de la figura contractual a la cual tiende la normativa del trabajo. En tal sentido, la doctrina comparada ha apuntado:

*“Todo principio de estabilidad se vulnera gravemente en la relación laboral con la aparición de la figura del despido, considerando que el desiderátum para el derecho del trabajo es su continuidad y permanencia, hasta los límites naturales*

---

<sup>262</sup> Véase en el planteamiento de nuestro problema de investigación.

<sup>263</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 2015. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta Edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 212.

*que ambas partes estén dispuestas asumir. A partir de estos conceptos, calificamos como despido, la ruptura del vínculo a iniciativa patronal*<sup>264</sup>.

*Prima facie*, la doctrina de la estabilidad laboral, parece suponer la divergencia absoluta entre sus postulados y la facultad disciplinaria del empleador de despedir al trabajador. Sin embargo, creemos que dicha afirmación debe ser matizada desde las perspectivas que siguen.

En el marco del Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, específicamente según se desprende de su artículo 4<sup>o</sup><sup>265</sup>, es posible sostener dos exigencias desprendidas del principio de estabilidad laboral.

La primera dice relación con la necesidad jurídica de que el término de la relación laboral por voluntad del empleador tenga asidero jurídico, que, entre nosotros, es el artículo 161 del Código del ramo.

La segunda, exigencia consiste en la posibilidad adjetiva de que la autoridad competente califique o juzgue la causa invocada por el empleador<sup>266</sup>, para que se

---

<sup>264</sup> MORALES SALDAÑA, Hugo. El despido y sus consecuencias en el desempleo. Revista Foro Jurídico (111); p. 60.

<sup>265</sup> El precitado artículo dispone: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

devenquen las consecuencias que el ordenamiento jurídico laboral ha previsto para el caso en que el despido sea declarado injustificado<sup>267</sup>.

El citado instrumento internacional considera también la posibilidad de que los Estados instauren sistemas de estabilidad laboral absoluta o relativa. En este orden de ideas, cuando el empleador hace uso de una causal económica de terminación de la relación laboral, a modo de potenciar la flexibilización laboral, y el despido se declara injustificado, el Convenio N° 158 prevé en su artículo 10:

*“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieron facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.*

Lo anterior implica que, en Estados en donde la readmisión procede como solución legislativa o jurisprudencial ante el despido injustificado (v.gr. Italia, Francia,

---

<sup>266</sup> Así el artículo 8 N° 1 del Convenio N° 158, establece: *“El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro”.*

<sup>267</sup> En este sentido, véase a AGUILAR CAMERO, Alfredo. 2015, op. cit. p. 30.

Alemania, entre otros), la estabilidad laboral es absoluta, por lo que el despido injustificado no surte efecto alguno cuando así ha sido declarado.

Por otra parte, en sistemas como el nuestro, la declaración de despido injustificado, aun por causales económicas (necesidades de la empresa, establecimiento o servicio del artículo 161 del Código del Trabajo), el reintegro del trabajador no es efecto previsto por la ley laboral, ergo, en pos del principio de estabilidad relativa, el despido es siempre válido, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan en beneficio del trabajador que ha perdido su fuente de empleo.

## **6. Principio protector de la fuente de empleo y su armonización con el principio de flexibilidad laboral**

En términos ontológicos, el principio protector de la fuente de empleo se refunde en la tutela jurídico-laboral de la empresa en cuanto causa de ese empleo<sup>268</sup>.

En tal sentido, la doctrina laboralista ha señalado:

*“Nuestra tesis sostiene que el derecho positivo del trabajo chileno ha evolucionado hacia la configuración de un ordenamiento jurídico laboral que no*

---

<sup>268</sup> LÓPEZ ONETO, Marcos. 2013, op. cit. p. 217.

*solo protege al trabajador sino que también a la empresa en tanto fuente de empleo*”<sup>269</sup>.

Adherimos a los postulados sostenidos por el doctor M. López, en orden a admitir la concordancia entre la flexibilidad laboral y el principio de protección a la fuente de empleo. Esto porque la protección de la empresa prevé la autorización del despido ante ciertas contingencias económicas que hacen necesaria la separación de uno o más trabajadores.

En efecto, el citado autor concluye:

*“Si pudiera resumirse en unas pocas palabras la finalidad de las políticas jurídicas de flexiseguridad que, institucionalmente promueve la UE, aquellas podrían ser las siguientes: mantención de la estabilidad del modelo jurídico social y económico de bienestar (altamente afectado). Para ello debe, necesariamente, armonizarse la protección al trabajador y la protección a la empresa. Si la empresa no tiene herramientas legales para adaptarse elástica y rápidamente a las contingencias sociales del mundo posindustrial, se verá enfrentada al riesgo de desaparecer (incluidos, por cierto, los empleos que entrega al modelo)”*<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> *Ibidem.*

<sup>270</sup> *Op. cit.* p. 314.

Es dable apuntar que la precitada doctrina ha sido recepcionada jurisprudencialmente, a partir del ejercicio de la libertad de trabajo del empleador, tanto en su faz positiva como negativa, a través de los siguientes lineamientos:

*“Que conforme la prueba rendida y observando este juez que efectivamente existió un proceso de restructuración en el interior del casino de juegos M. y que ello es producto de una fusión y una nueva administración que quedo a cargo del grupo empresarial Dreams, no es posible establecer indicios de que el despido del actor en su conjunto sea producto de una acción deliberada en cuanto a despedirlo por motivos de discriminación por ser un extranjero, es más del cúmulo de despidos acompañados no es posible tener por acreditado que solo se despedía a extranjeros, es más se acredita que el motivo de su contratación original en el 2008 era precisamente porque tenían la competencias para desempeñarse en el cargo las cuales no existían en Chile y es por ello que en el área de juegos existían un gran número de extranjeros trabajando y en todo caso sería una contradicción despedir solo a extranjeros si el grupo SunDreams no solo tiene negocios en Chile de casinos sino también Colombia, Panamá y Perú donde necesariamente trabajarán personal de distintos países.*

*Por lo tanto, existiendo modificaciones estructurales de cómo se administrara la empresa luego de la Fusión que implico reestructurar el área de juego del casino*



*y no siendo una situación aislada los despidos aplicados, sobre todo a las líneas de jefaturas y gerencias, se considerará ajustada a derecho el despido.*

*Que la configuración del despido por necesidades de la empresa, no se aleja o desacopla en lo esencial del tratamiento que de esta forma de término de contrato individual de trabajo, es posible de observar en el derecho comparado y que busca conciliar los desafíos que imponen los mercados actuales en cuanto a su necesaria modernización con la protección al trabajador y al empleo”<sup>271</sup>.*

Ahora bien, la protección a la fuente de empleo constituye una construcción jurídica delineada bajo la óptica protectora que el Estado debe otorgar a la empresa, de suerte que esta constituye un cuerpo intermedio de desarrollo social y económico.

Desde la perspectiva de la flexibilidad laboral, la empresa aparece como una célula social merecedora de tutela jurídica que le permitan contar con las herramientas legales necesarias para ajustar la eficiencia de su funcionamiento a la normativa laboral. El precitado fenómeno ha sido descrito por la doctrina mexicana en la forma que sigue:

*“De acuerdo con la teoría económica, cuando una empresa enfrenta un cambio en las condiciones de mercado que reduce la contribución del factor trabajo a sus*

---

<sup>271</sup> A.I. Lo Voulo con San Francisco Investment S.A. (2017): Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, Sentencia ROL N° T-63-2016, de 11 de enero de 2017 (procedimiento de tutela laboral), considerando décimo séptimo.

*ingresos netos, ésta debería poder disminuir su plantilla laboral hasta el punto en que la contribución del factor trabajo sea nuevamente igual a su costo. Por lo contrario, cuando las condiciones de mercado hacen a los ingresos netos por el uso del factor trabajo mayores a su costo, la empresa requerirá contratar más trabajadores hasta que el incremento marginal en costos sea igual a la contribución en los ingresos.*

*Sin embargo, en la práctica, la empresa no es capaz de realizar estos ajustes en las magnitudes deseadas. Normalmente, la regulación laboral establece un pago por el despido de un trabajador, haciendo costoso un ajuste en las plantillas laborales.*

*Por una parte, cuando una empresa necesite reducir su personal lo hará en una cantidad menor a la requerida para operar eficientemente y, por otra parte, cuando la empresa necesite incrementar su personal, lo hará en una cantidad menor a la eficiente. Esto último porque la empresa anticipa un costo futuro en casos de despido”<sup>272</sup>.*

En suma, el presente apartado ha querido significar una cuestión trascendental para nuestra investigación. La protección a la empresa, enmarcada dentro del ámbito del

---

<sup>272</sup> Departamento Jurídico del Banco BBVA. 2003. Flexibilización del Mercado Laboral. Revista Serie Propuestas (27): p. 8.

orden público económico, supone la tutela de la explotación de la propiedad (artículo 19 N° 24 del Código Político) y de la libertad de emprendimiento (artículo 19 N° 21 del mismo cuerpo normativo), bajo dos ópticas inherentes al desarrollo social y económico.

Primero, si bien la flexibilidad laboral apunta hacia la protección de la empresa, lo cierto es que la rigidez de la normativa respecto de las relaciones de trabajo y, específicamente, frente al despido, desemboca en la indeseable consecuencia del estancamiento económico y en los mayores índices de desempleo. Lo anterior ha sido reafirmado por los índices de crecimiento económico que es posible identificar en el escenario europeo, en donde la estabilidad laboral, muchas veces es absoluta o aún más limitada en el ejercicio del despido causado. Contrasta con lo anterior, realidades como la estadounidense, en donde no existe tal rigidez y el mercado laboral mantiene bajos índices de desempleo. El precedente fenómeno ha sido visualizado por la doctrina comparada:

*“Para superar esta situación se optó por una estrategia de aumento de la productividad, expansión de mercados y descentralización del trabajo que hizo necesarios procesos más intensos de flexibilidad laboral, innovación tecnológica y movilidad de capital, lo que a su vez favoreció la aparición de mercados laborales más interdependientes y menos regulados (Castells 1996). A esta actitud empresarial se unió la cada vez más extendida idea de que los altos niveles de desempleo en Europa, frente al bajo desempleo norteamericano, eran el resultado de la excesiva rigidez imperante en los mercados de trabajo. Los altos e*

*igualitarios salarios, las limitaciones al despido y la excesiva generosidad de las prestaciones sociales fueron señaladas como responsables del débil crecimiento de una Europa ‘esclerotizada’ frente al dinamismo norteamericano (Ellman, 1985; Krugman, 1993). A pesar de la crisis, en Europa se estaban manteniendo las restricciones al despido y a la contratación más flexible mientras se mantenía una amplia cobertura social que no hacía sino favorecer el déficit, la presión impositiva y la inflación. Esto lejos de crear empleo lo disminuía por su efecto negativo sobre la competitividad general de la economía”<sup>273</sup>.*

Desde una segunda perspectiva, la protección a la fuente de empleo<sup>274</sup>, cuyo eje tutelar también es la empresa, coincide –con nuestra hipótesis– en su extensión, con las facultades y poderes del empleador en el seno de las necesidades que impone la empresa. Así las cosas, el empleador goza, desde esta vereda, del poderío de despido ante las contingencias económicas respecto de uno o más trabajadores.

---

<sup>273</sup> Op. cit. p. 6.

<sup>274</sup> Téngase presente que, en general, cuando nuestra jurisprudencia hace alusión a la protección de la “fuente laboral”, quiere significar, protección al trabajo en sí mismo, como efecto del principio de estabilidad relativa, más que tutela al desempeño empresarial.

“Que, cabe decir que resulta compatible la indemnización a que tiene derecho la trabajadora, una, como consecuencia de verse forzada a dar término a la relación laboral y, la otra, correspondiente al fuero maternal, en tanto si bien ambas tienden a proteger la estabilidad en el empleo o la fuente laboral, el objetivo del fuero es diferente, cual es proteger un bien superior, como es el resguardo de la vida del que está por nacer”. A. con Constructora Branex Ltda. (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1308-2016, de 30 de agosto de 2016 (recurso de nulidad), considerando tercero.

## **7. Conclusiones al capítulo**

El ejercicio de la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa, constituye un tópico laboral que obedece a la mayor o menor rigidez con que los diversos ordenamientos jurídicos dan respuesta a la valoración de la protección socio-laboral versus la tutela económica de la empresa.

Por cierto, la vigencia del principio de estabilidad en el empleo, constituye el eje central de las regulaciones jurídico-laborales de los diversos estatutos. Desde allí se construye la orientación del Derecho del Trabajo. Empero, la estabilidad laboral relativa o sistema de despido con causa, no es contrario a nuestro paradigma de libertad de trabajo del empleador.

La justificación de lo anterior se cohesiona a través de las siguientes líneas argumentativas.

Creemos que la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa, cuyo sustento constitucional se encuentra en el tantas veces citado artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, jurídicamente, se encuentra flanqueada desde dos puntos de vista.

Primero, desde la perspectiva del empleador y de sus facultades disciplinarias, la conservación del empleo, mediante el estatuto de estabilidad laboral, consiste, precisamente, en la apreciación limitada de la garantía constitucional del empleador, en

la medida en que éste sólo puede ejercer su poder disciplinario cuando se configure una causal legal de aquellas contenidas en el artículo 160 del Código del Trabajo.

En otros términos, el principio de estabilidad laboral no sólo importa una salvaguardia para el trabajador (aun cuando esta sea la *ratio* axiomática del referido principio), sino que, por el contrario, supone un espacio de libertad para el empleador. Ese plexo libertario consiste en la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias para aquellos trabajadores que infrinjan el contenido obligacional de la relación laboral y que, en razón de su conducta infractora ameriten el despido.

En tal sentido, el poder de legislar al interior de la empresa, de impartir órdenes (potestad de mando) y de imponer sanciones, es la cara de la moneda en virtud de la cual el empleador no puede privar al trabajador, de su puesto de trabajo, mientras no medie a su respecto una causa legal que autorice el despido<sup>275</sup>. La otra cara de la moneda consiste en el beneplácito del Derecho Laboral para con el trabajador. Así, éste tiene el

---

<sup>275</sup> Téngase presente que aun cuando medie una causal legal de despido, si el empleador no ejerce su poder disciplinario con inmediatez, el trabajador recobra su derecho a conservar el empleo, en virtud de la regla jurisprudencial del “perdón de la causal”.

*“El verdadero sentido y alcance de la figura que en doctrina se denomina el perdón de la causal, se refiere a la prerrogativa del empleador en orden a no poner término a la relación laboral cuando el trabajador ha incurrido en una causal que justifica su despido. Para sostener la existencia de la figura del perdón de la causal por parte del empleador, es preciso que para absolver o renunciar éste a dicha posición ventajosa, permitiendo que el trabajador continuare prestando servicios, se debe exigir como premisa esencial que tenga el cabal y oportuno conocimiento de la participación que el dependiente habría tenido en los hechos cuestionados. Además, primeramente debe establecerse la concurrencia de los hechos constitutivos de las causales justificantes del despido, para posteriormente proceder a determinar la concurrencia de la figura anteriormente reseñada”.* E.M.D.A. con Autorentas del Pacífico S.A. (2005): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4100-2004, de 29 de noviembre de 2005 (recurso de casación en el fondo), considerando cuarto.

derecho de conservar su empleo siempre y cuando no incurra en alguna de las causales del artículo 160 del Código del ramo que autoriza el despido disciplinario.

En segundo lugar, la libertad de trabajo del empleador se ve cautelada desde la perspectiva de su organización empresarial. En el citado contexto, la flexibilidad laboral se ha erigido como una doctrina en total ascenso aplicacional, especialmente en el ámbito europeo, en atención a la intención de mitigar las altas tasas de desempleo y de potenciar la conservación del empleo. Así las cosas, un estudio global realizado por Oracle, publicado por el diario de circulación oficial “El Mercurio”, señaló que el 53% de los entrevistados cree que el trabajo móvil y flexible hace a las personas más productivas<sup>276</sup>.

Creemos que es importante subrayar que no estamos la desregularización laboral en aras de dejar el destino de las relaciones laborales, entregadas al poder absoluto y sin limitantes, del empleador. Por el contrario, nuestra propuesta en torno a la libertad de trabajo del empleador en su vertiente negativa, no concibe un sistema de libre despido o de nulidad del principio de estabilidad laboral. En cambio, sólo estamos por sostener que la esfera de libertad que compete al empleador, ejercida dentro de las exigencias legales, no puede ser, válidamente, desdeñada jurisprudencialmente en pos de los principios laborales que resguardan las garantías legales y fundamentales del trabajador.

---

<sup>276</sup> El Mercurio. Flexibilidad y movilidad laboral en las compañías, 20 de octubre de 2014.

## CONCLUSIONES

El artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental establece que toda persona tiene derecho a la libre contratación. Desde la perspectiva del empleador, la libertad de trabajo es un derecho fundamental reconocido bajo el supuesto de que a nadie le será impuesto un trabajador.

La libertad de contratación se traduce en un derecho fundamental del empleador que lo habilita para establecer relaciones jurídicas de acuerdo a los criterios de capacidad e idoneidad que prefije dentro de la organización empresarial; cuestiones que lo dotan del poder de seleccionar personal, fijar los sistemas de rendimiento, promoción y ascenso, así como para dictar normas de dirección y disciplina que la empresa o actividad tengan, dentro de las cuales cabe comprender las facultades de despido ajustadas al régimen legal vigente.

La extensión de dicha garantía constitucional abarca no sólo el momento de la contratación laboral, sino que alcanza el momento de la extinción de dicha convención, cuando el empleador, en ejercicio del poder disciplinario emanado del poder de mando que conforma el contenido jurídico-instrumental del contrato de trabajo, despide al trabajador.



La forma en que la citada garantía ha sido concebida en nuestro medio, supone visualizarla –siempre– desde la perspectiva del empleador, en la medida en que se traduce en los derechos del trabajador que la libertad del empresario no puede conculcar. Dotar de contenido a un derecho fundamental desde una perspectiva negativa supone una mala forma interpretativa e integradora del ordenamiento laboral.

Por el contrario, el verdadero contenido de la libertad de contratación del empleador es su autonomía para organizar el capital humano integrante de su empresa, sujeto, por cierto, a las restricciones legales, empero, libre al fin decidir quienes entran y salen de su organización.

Sin embargo, la mencionada facultad, que es puesta por el mismo ordenamiento jurídico a disposición del empleador, aparece totalmente desdibujada en el tratamiento jurisprudencial que de ella se ha hecho, lo que merma su eficacia y transforma el derecho del empresario en “letra muerta”.

No existe un reconocimiento expreso dentro de los litigios laborales de la libertad del empleador para mantener dentro de su organización empresarial al personal que considere idóneo para el desarrollo y explotación de su interés económico, sujeto, por supuesto, a las limitaciones impuestas, también de manera expresa dentro del ordenamiento jurídico.

La dogmática jurídica alude incansablemente al aspecto bilateral el contrato de trabajo, así como a los efectos derivados del incumplimiento de los deberes y obligaciones respecto del empleador. De igual forma, se ha abocado al tratamiento de los efectos pecuniarios derivados de la declaración judicial del despido.

Sin embargo, si el trabajador no cumple con las labores para las cuales fue contratado, lo hace de manera imperfecta o no acata las órdenes o instrucciones emanadas del empleador, y, la consecuencia de dichos incumplimientos es el despido, el sistema tautológico de incumplimiento y responsabilidad del trabajador, se caen a merced del principio *pro operario* y del carácter sobre-tuitivo del Derecho Laboral.

En el mismo sentido, ante el ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador, los juicios sobre despido planean sobre un sistema de estabilidad laboral ajeno a nuestro derecho. Cuando de despido por causales subjetivas-disciplinarias no neutras (v.gr. falta de probidad e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato) u objetivas-económicas (v.gr. necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio), la responsabilidad laboral del empleador, es ineludible e invariablemente idéntica.

Esto porque respecto del primer grupo de causales analizadas “subjetivas-disciplinarias no neutras”, los tribunales a través de un ejercicio discrecional, consideran que no se han constatado los presupuestos fácticos que configuran las respectivas

causales, declarando justificado el despido, ergo, equiparando jurídicamente las consecuencias derivadas del despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, según establece el artículo 168 del Código del Trabajo, en el siguiente orden de ideas:

*“Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores”.*

Luego, cuando se trata de las causales previstas en el artículo 161 del Código del ramo, la poca probabilidad funcional de acreditar en el proceso la configuración de los elementos externos que configuran la causal de necesidades de la empresa, trae aparejada los siguientes peligros.

Primero, los jueces han venido legislando en torno a un derecho laboral pro-operario que no existe en nuestro ordenamiento jurídico positivo, tal y como tuvimos oportunidad de comprobar a través de la imposición al empleador de seguir pagando las

remuneraciones de los trabajadores contratados por obra o faena cuando se invoca la causal en comento mientras el servicio aún está vigente.

En otros términos, adicionan la ultra-actividad del contrato de trabajo aun después del despido. El defecto anotado encuentra su justificación en que la supervivencia de la obligación de remunerar al trabajador, aun después del despido, se reduce a los casos en que el legislador deje sin efecto el despido, como sucede en la hipótesis de no pago de cotizaciones previsionales. Lo anterior resulta asimilable a una condena de reintegro del trabajador –que no se encuentra prevista en este supuesto–, pero sin la obligación del trabajador de prestar servicios.

Segundo, ante los defectos de la comunicación de pre-aviso, que sustituye el pago de la indemnización de aviso previo, cierta jurisprudencia ha restado efectos al despido, aun cuando los supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso y ha anulado el efecto compensatorio del despido por necesidades de la empresa, según prevé la Ley N° 19.728.

Tercero, nuestros jueces han ultra-moralizado una causal de despido que es objetiva y que no requiere expresión de causa, dado que se basa, justamente, en la voluntad unilateral del empleador, cual es la de desahucio. En dichos términos, han impuesto exigencias de “oportunidad”, de “contexto” y de “proporcionalidad”, ajenas absolutamente a la letra de la ley.

La presente investigación puso de relieve que, tratándose del despido, es indudable que éste limita los derechos del trabajador, toda vez que, toda persona que pierde su fuente laboral sufre algún grado de angustia o pesar y, en aquellos casos en que el despido se funda en una causa imputable al trabajador, es evidente que existe un reproche a su respecto, que se hace público en el ámbito donde se desenvuelve. Sin embargo, ello no implica la responsabilidad –laboral– del empleador o no debería hacerlo, sino en aquellos casos que reúnen los requisitos de falta de justificación suficiente o en que el despido es arbitrario o desproporcionado respecto del acto, o bien sin respeto a su contenido esencial.

De igual manera, subrayamos en cuanto a la justificación del despido, la exigencia de que ésta sea “suficiente”, lo que no implica una justificación plena, es decir, basta con la aportación de antecedentes que sean aptos o bastantes para justificar el ejercicio de la facultad legal. En efecto, estimar que los derechos fundamentales del trabajador se vulneran por no estar plenamente justificado el despido, llevaría al absurdo de establecer que todo despido injustificado vulnera derechos fundamentales.

El ejercicio de la libertad de trabajo del empleador en su faz negativa, constituye un tópico laboral que obedece a la mayor o menor rigidez con que los diversos ordenamientos jurídicos dan respuesta a la valoración de la protección socio-laboral versus la tutela económica de la empresa.

En este contexto, la dogmática jurídica, especialmente comparada, ha avanzado hacia la construcción de ciertos principios que justifican y reafirman la libertad negativa de contratación del empleador y lo hacen desde la perspectiva de la empresa.

En efecto, desde la perspectiva de la protección directa de la libertad de contratación del empleador, el principio de estabilidad laboral plantea ciertas cuestiones que resulta importante destacar. Lo primero y más esencial, es señalar la vigencia de un sistema de estabilidad relativa en el empleo dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Esto significa que el principio de estabilidad laboral no sólo importa una salvaguardia para el trabajador (aun cuando esta sea la *ratio* axiomática del referido principio), sino que, por el contrario, supone un espacio de libertad para el empleador. Ese plexo libertario consiste en la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias para aquellos trabajadores que infrinjan el contenido obligacional de la relación laboral y que, en razón de su conducta infractora ameriten el despido.

Luego, desde la perspectiva de la tutela jurídica de la empresa, el principio de protección a la fuente de empleo plantea la necesidad de concebir la protección de ésta a modo de previsión de la autorización del despido ante ciertas contingencias económicas que hacen imperiosa la separación de uno o más trabajadores.

El valor económico y social de la empresa propone la relativización del principio de protección del trabajador, en caso que la aplicación lineal e irrestricta de aquél

pudiera poner en peligro la adaptabilidad de dicha fuente a las fluctuaciones de los mercados hacia los cuales está orientada.

Consecuencialmente, la facultad de despido objetivo-económico constituye una expresión manifiesta del principio de protección a la fuente de empleo, tal y como se constató en la discusión parlamentaria de la Ley N° 19.010 de 1990, en el siguiente orden de ideas:

*“(...) en la relación laboral se deberá buscar la justa ecuación entre el fortalecimiento del derecho de gestión del propietario sobre su empresa y la debida protección y dignidad de los trabajadores”.*

Finalmente, el principio de flexibilidad laboral constituye una protección a la organización empresarial, ergo, del bloque económico-constitucional de derechos fundamentales de que es titular el empleador, sin perjuicio de la importante función de mitigar las altas tasas de desempleo y de potenciar la conservación del empleo.

Desde una perspectiva comparada, la presente investigación cotejó los lineamientos generales que bordean la facultad de despido del empleador, constatando ciertas cuestiones comunes.

En el concierto europeo, tal y como en nuestro ordenamiento laboral, existe una marcada vocación tuitiva del trabajador y de sus derechos. Tal calificación es de entidad, en la medida en que la eficacia práctica de la facultad de despido del empleador, cuando es declarada injustificada, arbitraria o discriminatoria, acarrea consecuencias aún más gravosas para el empleador, tales y como el reintegro del trabajador.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando lo anterior parece una ventaja comparativa en lo que a libertad de contratación del empleador respecta en nuestro derecho respecto del europeo-continental, lo cierto es que en legislaciones conservadoras como la italiana, los efectos laborales o laborales-pecuniarios provenientes del despido disciplinario que ha sido declarado injustificado, sólo se generan cuando el hecho material (es decir, la falta laboral) en el cual se basa dicha medida disciplinaria, no existe. En otros términos, no existe en el procedimiento laboral italiano, ninguna consideración a la gravedad o proporcionalidad del despido disciplinario como respuesta del empleador a la falta laboral del trabajador.

Lo anterior parece de suma importancia habida consideración de los peligros que elementos como “gravedad” y “proporcionalidad” implican en manos de los tribunales de justicia.



Por su parte, el ordenamiento jurídico-laboral norteamericano, cuya fama reside en la libertad de despido con que cuentan los empleadores, no se encuentra configurado sobre un sistema de despido libre en forma absoluta e irrestricta.

Según tuvimos oportunidad de precisar, en virtud de la doctrina *del employment at will*, cualquiera de las partes de la relación laboral puede rescindir el contrato de trabajo, de manera inmediata y sin necesidad de alegar motivo justificado (*termination without cause*). Sin embargo, la libertad de despido del derecho estadounidense, en términos generales, se encuentra referida a la inexistente obligación del empleador de comunicar el despido (salvo que éste haya decidido obligarse a ello a través de un instrumento contractual colectivo). Suma y sigue, la facultad de despido del empleador norteamericano no puede ejercerse por razones que constituyan discriminación contra el trabajador.

Con todo, la libertad de contratación del empleador en su faz negativa, existe en el derecho estadounidense, como nos gustaría que existiera en nuestro país. Esto porque la Corte Suprema ha declarado expresamente la vigencia constitucional del *right to discharge*, en base a lo establecido en la quinta y en la decimocuarta enmienda de la Constitución.

La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo que la decimocuarta enmienda protege "la libertad de contratación", es decir, el derecho de los trabajadores y los empleadores de negociar salarios sin mayor interferencia del Estado.

Ahora bien, también es cierto que la libertad de trabajo del empleador estadounidense no admite intervenciones estatales; escenario muy distinto de aquel presente en nuestro medio.

El orden público laboral, tal y como ha sido concebido en nuestro medio, dista mucho de anular el poder de intervención legislativa ante la autonomía de voluntad de las partes de la relación laboral, desde donde surge la pretendida prevalencia del orden público laboral por sobre el orden público económico.

Empero, nuestra investigación constató que existen ámbitos en que no es posible hablar de un orden público económico o laboral, de forma excluyente o paralela, puesto que ambas esferas coinciden. Es el caso de la libertad de contratación.

Lo anterior no parece superficial cuando se considera los fines de la protección o tutela judicial de los derechos fundamentales que han sido lesionados en el curso o extinción de la relación laboral, mismos que pueden tener su origen en los derechos del empleador. Empero, cuando de objetivos perseguidos por la tutela jurisdiccional-laboral y de protección de derechos subjetivos se trata, nuestros tribunales concentran el manto tuitivo en las garantías constitucionales de los trabajadores, tales como la libertad de

trabajo, libertad de sindicalización, libertad de negociación colectiva e incluso sobre los derechos de propiedad de los trabajadores afectados y de la organización sindical considerada colectivamente, anulando la bi-dimensión de la libertad de contratación que favorece al empleador.

La facultad de despido del empleador, como manifestación de su garantía constitucional de contratación en su faz negativa, está siempre sujeta a la revisión judicial. Lo anterior constituye, incluso, un parámetro propugnado por la OIT a través de sus recomendaciones (v.gr. N° 158). Sin embargo, hicimos presente que la facultad revisora de los tribunales no puede extenderse a la neutralización de la facultad disciplinaria del empleador como expresión de su poder de mando, alcanzando ésta sólo una labor “revisora”. En otros términos, basta con que el tribunal coteje los hechos involucrados y probados a propósito del despido con la norma legal que contiene la causal respectiva, sin añadir cuestiones de índole moral a su juicio.

Esto porque dentro de los juicios morales, los tribunales han abanderado el activismo judicial pro-operario, mediante técnicas de ponderación mal ejecutadas. Desde la citada perspectiva, los juicios de ponderación que realizan los tribunales, se reducen a juicios de valoración, en la medida en que no introducen en sus argumentaciones las justificaciones suficientes para hacer primar –siempre– la esfera constitucional de los derechos de los trabajadores por sobre los de los empleadores.

Adhiriendo a la doctrina española del profesor J.A. García Amado, concluimos que no todas las cuestiones que planean por sobre la órbita de la libertad de contratación negativa del empleador deben desembocar en una cuestión de ponderación de derechos fundamentales.

Los argumentos que vertimos al respecto, pueden ser sintetizados de la forma que sigue.

Primero, no todo juicio sobre despido injustificado conlleva una discusión fáctico-jurídica de colisión de derechos fundamentales, dado que no siempre el ejercicio de un derecho fundamental del empleador vulnera un derecho fundamental del trabajador y, en tal hipótesis, nada hay que ponderar.

Luego, si existe realmente una colisión de derechos fundamentales, no existe ponderación –sino que un simple ardid para escapar de las exigencias argumentativas a los sentenciadores– si los jueces hacen prevalecer una interpretación decisiva, sin dar razón de por qué la interpretación elegida es preferible a cualquier otra interpretación posible, de las que podrían brindarse como alternativa. En suma, la “ponderación” de las esferas de la libertad de trabajo de empleador y trabajador –así como de otros derechos fundamentales– no se trataría más que de un juicio de “valoración”. Todo lo anterior se enmarca en una mal llamada “ponderación” que sólo viene a ratificar las convicciones

morales de los jueces, tal y como la pregonada por el Ministro integrante de la sala laboral de la Corte Suprema, Sr. Carlos Cerda, quien expresó:

*“(...) porque aquí no podemos decir lo que se piensa y yo como juez, hoy día en la Corte Suprema digo: yo estoy aquí para defender al trabajador en la materia laboral, porque el derecho laboral es tutelar de la parte más débil, es un derecho de fuero y eso no se lo callo a nadie, sin que nadie me pueda decir que por eso estoy pre-juiciando, es lo que el legislador quiere (...)”.*

La bi-dimensión de la libertad de trabajo que planteamos, no excluye en todos los casos la afectación de los derechos fundamentales del trabajador, misma que puede producirse en el seno del ejercicio de los derechos fundamentales del empleador que dan sustrato a los poderes empresariales (libertad de trabajo, derecho de propiedad y libertad para desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen). El sentenciador parece aceptar dicha perturbación, empero, con una limitación: que la afectación de los derechos o garantías del trabajador no sea injustificada, arbitraria, desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial. Las anteriores son las fórmulas utilizadas por el legislador en el artículo 485 del Código del Trabajo, en torno a la regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

Creemos que es importante subrayar que no estamos la desregularización laboral en aras de dejar el destino de las relaciones laborales, entregadas al poder absoluto y sin limitantes, del empleador. Por el contrario, nuestra propuesta en torno a la libertad de trabajo del empleador en su vertiente negativa, no concibe un sistema de libre despido o de nulidad del principio de estabilidad laboral. En cambio, sólo estamos por sostener que la esfera de libertad que compete al empleador, ejercida dentro de las exigencias legales, no puede ser, válidamente, desdeñada jurisprudencialmente en pos de los principios laborales que resguardan las garantías legales y fundamentales del trabajador.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- ABELIUK MANASEVICH, René. 2009. Las Obligaciones. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- AGUILAR CAMERO, Alfredo. 2015. Estabilidad e inamovilidad laboral. Un esfuerzo de distinción. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (5): 25-82.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y CONTRERAS ROJAS, Cristian. 2007. El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Revista Ius et Praxis* 13(1): 205-243.
- ALCARAZ VARO, Enrique. 2002. El inglés jurídico: textos y documentos. Barcelona, Editorial Ariel.
- ALONSO GARCÍA, Manuel. 1987. Curso de Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Ariel Derecho.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Elena. 1997. Derecho del Trabajo. Madrid, Editorial Universidad Complutense.
- ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. 2003. Poder Disciplinario del Empresario y Límites al Principio Contractual de Buena Fe en Periodo de Vacaciones (a propósito de la STC 192/2003, de 27 octubre). España, Repositorio de la Universidade da Coruña.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. 2009. Informe sobre la regulación del despido en Europa. *Revista Temas Laborales* (99): 259-297.
- ATIENZA, Manuel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. 2016. Diálogo entre Manuel Atienza y García Amado. *Revista Diálogos Jurídicos*: 229-255.
- BARRAGÁN, José. 1990. La libertad de trabajo, profesión y la cuestión obrera en la Constitución de 1917. *Anuario Jurídico de la Universidad Nacional Autónoma de México* (17): 11-33.
- BARROS BOURIE, Enrique. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BECKER, Gary. 2007. El mercado laboral en Europa. *Cuadernos de Pensamiento Político* (13): 51-62.
- BEFORT, Stephen. 2002. Labor and employment law at the millennium: A historical review and critical assessment. *Boston College Law Review* 2(2): 351-460.

- BERLÍN, Isaiah. 2001. Dos conceptos de libertad y otros escritos. Madrid, Editorial Alianza.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 2015. Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo. Lima, Palestra Editores.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. 2011. La cláusula del Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima, Ediciones Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BULNES ALDUNATE, Luz. 1980. La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público* (28): 207-224.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a la estabilidad laboral. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (40): 185-212.
- CÁCERES PAREDES, José. 2014. La remuneración como derecho fundamental. A propósito de la delimitación de su contenido esencial. *Soluciones Laborales* N° 80: 66-73.
- CARRASCO DELGADO, Sergio. 1970. Estatuto de Garantías Democráticas. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 38(153): 121-128.
- CASTELLO, Alejandro. 1995. El poder disciplinario en la jurisprudencia uruguaya. *Revista del Colegio de Abogados de Maldonado* (8): 1-16.
- CEA EGAÑA, José Luis. 2004. Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y garantías. Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis. 1988. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Código del Trabajo Interpretado. 2008. 3ª Edición. Tomo I. Santiago, Editorial Punto Lex S.A.
- Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, Sesión 194 de 25 de marzo de 1976.
- CONTRERAS, Sebastián. 2012. La justicia en Aristóteles. Una revisión de las ideas fundamentales de *Ethica Nicomachea*. *Revista Ágora. Estudios Clásicos en Debate* (14): 63-80.
- CONTRERAS HAUSER, Marcelo. 1993. Perspectiva iusnaturalista de la justicia. *Revista Chilena de Derecho* 20(2-3): 227-228.
- CORREA GONZÁLEZ, Rodrigo. 2003. Criterios de racionalidad en el examen de constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Estados Unidos. *Revista de Estudios de la Justicia* (3): 21-33.



- DE BUEN LOZANO, Néstor. 1976. Derecho del Trabajo. Tomo I. Editorial Porrúa.
- DE BUEN UNNA, Carlos. 2005. Derecho del trabajo en América del Norte: evolución y tendencias. *Revista Gaceta Laboral* 11(1): 161-216.
- DE LA CUEVA, Mario. 1975. El nuevo Derecho mexicano del trabajo. Tomo I. Tercera Edición. México, Editorial Porrúa.
- Departamento de Trabajo de EE.UU. Administración de Normas de Empleo División de Horas y Salarios. 2007. Guía Práctica Referente a la Ley de Normas Razonables de Trabajo. Publicación de WH 1282-SP: 1-23.
- Departamento Jurídico del Banco BBVA. 2003. Flexibilización del Mercado Laboral. *Revista Serie Propuestas* (27).
- DWORKIN, Ronald. 1989. Theories of rights. Editado por Jeremy Waldron. New York, Oxford University Press.
- ESCRÍBAR MANDIOLA, Héctor. 1944. Tratado del Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Zigzag. S.A.
- DUQUETTE GORR, Jeanne. 1992. The Model Employment Termination Act: Fruitful Seed or Noxious Weed? *Duquesne Law Review* (31): 111.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. 1999. Los derechos constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FALCHETTI, Roberto. 2011. Los derechos de los empleadores en materia laboral y sus proyecciones en el MERCOSUR. En: Derecho de los Empleadores en el MERCOSUR (Montevideo, 10 de septiembre de 2001). Derecho de los Empleadores. Estudio de países. [en línea]. Santiago Chile. Organización Internacional el Trabajo, 2002, pp. 107 y 108. <<http://www.oitchile.cl/pdf/dia/dia016.pdf>>. [Consulta: 5 septiembre 2015].
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José. 2010. Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y a la fijación de los salarios por ley (a propósito de la ley N° 20.281 sobre sueldo base). *Revista Chilena de Derecho* 37(2): 343-376.
- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2000. El orden público económico bajo la Constitución de 1980. *Revista IusPublicum* (4): 63-69.
- FERNÁNDEZ BUEY, Charo. 1981. Reflexiones sobre la situación laboral del trabajador hoy. *Revista Mientras Tanto*, Barcelona, Icaria Editorial, p. 86.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. 2012. Curso de Derecho Civil. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Fundación 1 de Mayo. 2012. El modelo de despido en la Unión Europea [en línea] <<http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/InformeDespido.pdf>> [consulta: 12 marzo 2017].
- GAJARDO HARBOE, María Cristina. 2014. El deber de seguridad. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 5(9): pp. 15-32.
- GOLDIN, Adrián. 2014. *El Derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Buenos Aires, Editorial Ediar.
- GÓMEZ ARANDA, Rodolfo. 2012. *Derecho Laboral I*. México, Ediciones Red Tercer Milenio.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. *El ABC del contrato de trabajo*. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina. 2012. *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2008. *Fundamentos del Derecho Laboral*. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 1998. *Introducción al derecho del trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. 2017. ¿Qué es ponderar? Sobre implicancias y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación* (13): 1-22.
- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. 2010. Las obligaciones implícitas o inherentes de los trabajadores, *Soluciones Laborales* N° 36. *Gaceta Jurídica*. Lima.
- Gobierno de España. 2016. Relaciones laborales y condiciones de trabajo. *Revista Actualidad Internacional SocioLaboral* (206): 121-142.
- Gobierno de España. 2013. Italia. Comentario General. *Revista Actualidad Internacional SocioLaboral* (166): 36-86.
- GRANDI, Mario y ROIGÉ CASALS, Anna María. 2003. El derecho del trabajo italiano en la perspectiva europea. *Revista Chilena de Derecho* 30(2): 217-223.
- GUERRÓN AYALA, Santiago. 2003. Principios constitucionales del Derecho del Trabajo y flexibilidad laboral. *Temas especiales de Derecho Económico*. Quito, Corporación Editorial Nacional.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. 2002. *Sistemas internacionales de Derechos Humanos*. Madrid, Editorial Dykinson.
- HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. 1997. Poder de dirección del empleador, *Revista Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. *Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Universidad

Nacional Autónoma de México Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.

- HUMERES NOGUER, Héctor. 2009. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES NOGUER, Héctor. 2007. Corte Suprema, 29 de marzo de 2007. Aceituno Muñoz, Marisol y otras con Sociedad de Transportes Limitada (Casación en la forma y en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 430-436.
- HUMERES NOGUER, Héctor. 2005. Corte Suprema, 30 De Noviembre De 2005. Frías Gómez, Peter Eladio Con Empresa Méndez Y Cartagena Ltda. (Casación En El Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (2): 993-997.
- HUMERES NOGUER, Héctor. 2005. Corte Suprema, 23 de Junio De 2005. Vilches Zapata, Ricardo Con Segetrans Transportes S.A. (Casación en el Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 369-372.
- Investin Spain. 2015. Legislación laboral y de seguridad social. Revista Guía de Negocios en España. Legislación Laboral y de Seguridad Social (5): 1-38.
- IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de la empresa. Revista Estudios Constitucionales 11(2): 369-424.
- IRURETA URIARTE, Pedro. 2011. Vigencia del Principio de Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno. Revista Ius et Praxis (2): 133-188.
- IRURETA URIARTE, Pedro. 2006. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado (9): 53-61.
- IRURETA URIARTE, Pedro. 1992. Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile 19(3): 489-508.
- JARAMILLO JASSIR, Iván. 2011. Del derecho laboral al derecho del trabajo. Colombia, Editorial Universidad de Rosario.
- KAHN-FREUND, Otto. 1987. Trabajo y Derecho. Madrid, Ediciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela. 2010. Contrato Individual de Trabajo. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- LÓPEZ BASANTA, Justo. 1988. El Salario. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas.

- LÓPEZ ONETO, Marcos. 2013. El principio de protección a la fuente del empleo en Chile. Pasos hacia un derecho del trabajo bidireccional. Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- LÓPEZ ONETO, Marcos. 2008. Flexibilidad laboral chilena y principio de protección a la fuente de empleo. Algunas hipótesis. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- LÓPEZ ONETO, Diego. 2002. Mitos, alcances y perspectivas de la flexibilización laboral: un debate permanente. Revista Análisis Laboral (6), Fundación Friedrich Ebert Stiftung: 1-17.
- LÜDERS SCHWARZENBERG, Rolf. 2012. La Misión Klein-Saks, los Chicago Boys y la Política Económica. Documento de Trabajo del Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile (411): 1-34.
- MADINDA, Alexander. 2014. Unfair termination of employment at workplaces. Review IJETST 1(5): 764-769.
- MALO, Miguel. 2003. La evolución institucional del despido disciplinario: una interpretación en términos de accidente histórico. Revista del Departamento de Economía e Historia Económica de la Universidad de Salamanca (1): 1-31.
- MARTÍNEZ MATUTE, Marta y PÉREZ DOMÍNGUEZ, Carlos. 2012. El impacto de los costes de despido sobre el empleo en España: una estimación con datos de panel. Revista Asociación Internacional de Economía Aplicada 30(1): 137-162.
- MARTÍNEZ VEIGA, Ubaldo. 2016. La reforma laboral de 2012 y el aumento del despido y desempleo en España. Revista Andaluza de Antropología (11): 44-66.
- MELIS VALENCIA, Christian. 2010. Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Segunda Edición. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- MERA MANZANO, Rubén. 2002. Corte Suprema, 29 de enero De 2002. Silva Díaz, Eduardo (Casación en el Fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 18-21.
- MIRABAL RENDÓN, Iván. 2014. Notas sobre los derechos fundamentales laborales y la teoría de la ponderación. Revista Derecho del Trabajo de la Fundación Universitas (17): 13-37.
- MOLINA GUAITA, Hernán. 2011. Derecho constitucional. 11ª Edición. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- MONEREO PÉREZ, José. 1996. Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo. 2004. El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 48. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid: 135-145.
- MORALES SALDAÑA, Hugo. El despido y sus consecuencias en el desempleo. Revista Foro Jurídico (111): 60-65.
- MORENO DE TORO, Carmen. 2009. Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de sanciones. Revista Temas Laborales N° 101, España: 255-265.
- MUHL, Charles J. 2001. The employment-at-will doctrine: three major exceptions. Monthly Labor Review: 3-11.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando. 2013. Ciudadanía laboral: crítica y defensa de un concepto jurídico-político. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20(2): 373-404.
- MURO ARELLANO, Martha. 2007. Derechos Fundamentales. México D.F., Editorial Instituto de la Judicatura Federal.
- OECD. 2013. United States [en línea] <<https://www.oecd.org/els/emp/United%20States.pdf>> [consulta: 13 abril 2017].
- Organización Internacional del Trabajo. 2011. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166). Ginebra, 18-21 de abril de 2011.
- Organización Internacional del Trabajo. 2009. Conocer los derechos fundamentales en el mundo del trabajo. San José, Oficina Subregional para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana.
- Organización Internacional del Trabajo. 2008. La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas: Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 97ª Reunión, Informe I (B).
- Organización Internacional del Trabajo. 2003. Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo. Madrid, Editado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Publicaciones.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2013. La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura. Revista Laboral Chilena (8): 79-83.
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio. 2002. El despido nulo por deuda previsional: un esfermento jurídico. Revista Ius et Praxis 8(2): 557-573.

- PARRA, Waldo. 2013. El concepto de derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito laboral chileno y la tutela jurídica de su eficacia horizontal. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 2015. Los principios del Derecho del Trabajo. Cuarta Edición. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. 1998. Los principios del derecho del trabajo. 3ª edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Depalma.
- POLAVIEJA, Javier. 2006. ¿Por qué es tan alta la tasa de empleo temporal? España en perspectiva comparada. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (113): 77-108.
- QUIÑONES INFANTE, Sergio. 2007. La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en Perú. Lima, Editorial Palestra.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Rosiris. 2009. Derechos Fundamentales y Derechos Laborales. Revista Derecho del Trabajo de la Fundación Universitas (7): 797-810.
- ROJAS MIÑO, Irene. 2014. La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. Revista Ius et Praxis 20(1): 91-122.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro. 2000. La responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo: una lectura procesal. Revista Chilena de Derecho 27(1): 155-166.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2000. Principios constitucionales del Estado empresario. Revista de Derecho Público del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (62): 48-65.
- RUIZ-TAGLE, PABLO. 1996. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SERRANO SEGARRA, María. 2010. La crisis económica de 1929: Roosevelt y el New Deal. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche 1(6): 113-130.
- SIERRA HERRERO, Alfredo. 2014. La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo. Revista Ius et Praxis 20(2): pp. 109-155.
- SCHMITT, Carl. 1982. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial.
- SPINANGER, Dean y MURILLO, Lorena. 2001. Normas comerciales y laborales en Europa. Revista Foro Internacional 41(2): 324-334.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. 2010. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- THAYER ARTEAGA, William. 2009. Contenido ético de las relaciones laborales. Revista Jurídica del Trabajo, Disponible en el portal historia política de la Biblioteca del Congreso Nacional: 43-47.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. 2009. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. Derecho Individual de Trabajo (continuación) y Derecho Procesal de Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TORRIJO ROJAS, Juan Pablo. 2009. Orden público económico. y Constitución económica. Revista Ius Novum (2): 285-314.
- TREJO SÁNCHEZ, Karina. 2011. Estabilidad en el empleo y despido individual en la legislación laboral mexicana. Revista El Cotidiano (170): 79-87.
- UGARTE CATALDO, José Luis. 2011. Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 36(1): 141-164.
- UGARTE CATALDO, José Luis. 2010. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Santiago, Editorial Legalpublishing.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian. 2009. La nulidad del despido de mujer embarazada. Historia reciente a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo español. Revista de Derechos Fundamentales (3): 263-273.

## **JURISPRUDENCIA**

- Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, Sentencia ROL N° T-63-2016, de 11 de enero de 2017.
- Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia ROL N° 68-2016, de 12 de septiembre de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1308-2016, de 30 de agosto de 2016.
- Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia ROL N° 90-2016, de 28 de junio de 2016.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Sentencia ROL N° O-44-2016, de 4 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia ROL N° 171-2016, de 3 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia Rol N° 171-2016, de 3 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia ROL N° 26-2016, de 7 de abril de 2016.

Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia ROL N° 239-2015, de 2 de febrero de 2016.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 32197-2014, de 28 de diciembre de 2015.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 129-2015, de 23 de diciembre de 2015.

Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 236-2015, de 14 de octubre de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, Sentencia ROL N° T-25-2015, de 8 de octubre de 2015.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia RIT N° 223-2015, de 19 de agosto de 2015.

Juzgado de Letras de Punta Arenas, Sentencia ROL N° T-1-2015, de 7 de julio de 2015.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia RIT N° 127-2015, de 15 de mayo de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT N° T-212-2014, de 13 de mayo de 2015.

Juzgado de Letras de Constitución, Sentencia ROL N° T-1-2015, de 13 de mayo de 2015.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia O-2404-2014, de 10 de febrero de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° T-135-2014, de 30 de enero de 2015

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT N° T-303-2014, de 8 de enero de 2015.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 3547-2014, de 29 de diciembre de 2014.

Dirección del Trabajo, ORD. N° 5073-082, de 16 de diciembre de 2014.

Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, Sentencia ROL T-52-2014, de 17 de noviembre de 2014.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia RIT O-461-2014, de 5 de noviembre de 2014.

Juzgado de Letras de Constitución, Sentencia ROL N° T-5-2014, de 3 de diciembre de 2014.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT N° T-190-2014, de 7 de julio de 2014.



Corte Suprema, Sentencia ROL N° 12.514-2013, de 23 de junio de 2014.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, ROL T-156-2014, de 17 de junio de 2014.

Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, ROL O-510-2013, de 13 de junio de 2014.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, ROL O-197-2014, de 2 de junio de 2014.

Juzgado de Letras de Nacimiento, RIT O-5-2014, de 26 de mayo de 2014.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4317-2014, de 12 de mayo de 2014.

Juzgado de Letras de Tomé, Sentencia ROL N° O-30-2013, de 14 de abril de 2014.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 12.054-2013, de 25 de marzo de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1234-2013, de 6 de enero de 2014

Corte de Apelaciones de Iquique, Sentencia ROL N° 35-2013, de 13 de agosto de 2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 384-2013, de 7 de junio de 2013.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2202-2012, de 18 de enero de 2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1234-2013, de 6 de enero de 2014.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 113-2013, de 27 de noviembre de 2013.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° O-351-2013, de 22 de noviembre de 2013.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4111-2013, de 27 de agosto de 2013.

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1852-2010, de 26 de julio de 2011.

Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, Sentencia RIT N° O-436-2010, de 27 de enero de 2011.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5429-2010, de 23 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1413-2010, de 16 de noviembre de 2010.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 3845-2010, de 8 de octubre de 2010.

Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1605-2010, de 1 de julio de 2010

Segundo Juzgado de Letras de Santiago, Sentencia RIT O-6-2010, de 11 de mayo de 2010.

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1254-2008, de 29 de julio de 2009

Dirección del Trabajo, ORD. N° 2210-035, de 5 de junio de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 6706-2008, de 30 de diciembre de 2008.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 6290-2008, de 30 de diciembre de 2008.

Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, Sentencia Rol N° O-26-2008, de 20 de agosto de 2008.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia Rol N° 507-2007, de 4 de diciembre de 2007.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 131-2006, de 3 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia ROL N° 41-2006, de 13 de febrero de 2006.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4125-2004, de 30 de noviembre de 2005.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4100-2004, de 29 de noviembre de 2005.

Corte Suprema. 2004. Corte Suprema, 30 de marzo de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de 2003. Aguas Andinas S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios. 2003. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 26-29.

Dirección del Trabajo, ORD. N° 2856-162, de 30 de agosto de 2002.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 854-2002, de 18 de junio de 2002.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1161-2000, de 14 de septiembre de 2000.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1288-2000, de 8 de agosto de 2000.

European Court Reports 1999 I-00623.

Corte Suprema, 25 de octubre de 1999. A.F.P. Planvital S.A. (casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (3): 216-222.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 20-1994, de 27 de enero de 1994.

Pino Navarro con Sociedad Planta Faenadora de Carne Lo Valledor Ltda. (1980): Corte del Trabajo, ROL N° 9754-1980, de 24 de abril de 1980 (procedimiento reclamación terminación contrato de trabajo). Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXVII (2): 53-54.

The Slaughter-House cases, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873).

Corte Suprema [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=4wSjAbITh00>> [consulta: 15 mayo 2017].

## **LEYES Y ACTAS**

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 199, celebrada el 7 de abril de 1976, pp. 13-17.

California Labor Code.

National Labor Relations Board.

## **PERIODICOS**

El Mercurio. Flexibilidad y movilidad laboral en las compañías, 20 de octubre de 2014.