



UNIVERSIDAD DE CHILE

Magíster Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El control judicial de la autocomposición en los procedimientos de tutela laboral

**Actividad formativa para optar al grado de Magíster de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

Raúl Salinas Fernández

Profesor guía: Claudio Palavecino Cáceres

Santiago de Chile

2021

A mis hijos Sofía y Maximiliano

Índice

I.	Introducción.....	4
II.	Planteamiento del problema.....	6
III.	Objeto general.....	7
IV.	El procedimiento de tutela laboral	7
1.	Aspectos generales de los derechos fundamentales	7
2.	El procedimiento tutelar en Chile.....	11
3.	Regulación y ámbito de aplicación	12
4.	Requisitos	15
4.1.	Que los hechos ocurran en la relación laboral	15
4.2.	Que se verifique por aplicación de las normas laborales.....	20
4.3.	Que se refiera al ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador;	22
4.4.	Que dicho ejercicio no tenga justificación suficiente, sea arbitrario o desproporcionado, o sin respeto a su contenido esencial	23
4.5.	Que tales hechos provoquen la afectación de derechos fundamentales.....	25
5.	Sujetos del procedimiento.....	25
6.	Prueba en el procedimiento de tutela laboral	27
7.	Despido lesivo de derechos fundamentales.....	29
8.	La sentencia y régimen de reparación.....	31
V.	Formas alternativas de solución de los conflictos.....	32
1.	Medios de solución de conflictos.....	32
2.	Equivalentes jurisdiccionales	33
2.1.	El Avenimiento	34
2.2.	La conciliación.....	35
2.3.	La Transacción.....	37
2.4.	El finiquito.....	38
VI.	De los mecanismos de autocomposición en el procedimiento de tutela laboral	44
1.	Renuncia del derecho.....	44
2.	Problema del art. 495 CT.....	46
3.	Crítica a la norma	47
4.	Mecanismos compositivos objeto de control judicial.	48
5.	Juez a cargo del control.....	49
6.	Oportunidad procesal del control judicial	51
7.	Problema de la sentencia anticipatoria en el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales.....	53
8.	Efectos del control judicial.....	55
VII.	Conclusiones.....	56
VIII.	Bibliografía	60

I. Introducción

La Ley 20.087, contempla la denominada acción de tutela laboral cuya finalidad central es la protección de los derechos fundamentales del trabajador de naturaleza no laboral. El marco en que se desenvuelve esta acción queda delimitado por el artículo 485 CT. que señala: "El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador".

Habiendo transcurrido más de 15 años desde su entrada en vigencia, existe vasta literatura respecto al contenido normativo de los derechos protegidos, mayoritariamente, desde un punto de vista doctrinario, sin embargo, no es profundo el desarrollo que se le ha dado desde una arista práctica al procedimiento. Así tenemos que, no obstante, el tiempo acontecido desde la publicación de la ley, aún existen materias que no han sido tratadas por nuestra doctrina e incluso no han sido objeto de pronunciamiento por parte de nuestros tribunales de justicia.

Esto es lo que ocurre, a propósito del control que deben ejercer los jueces en el procedimiento lesivo de derechos fundamentales, respecto al ejercicio de la autocomposición como mecanismo de solución del conflicto intersubjetivo.

La regla tradicionalmente aplicada en los procesos civiles, consiste en que las partes son libres de celebrar los acuerdos que estimen pertinentes con el objeto de solucionar sus diferencias, es decir, de celebrar equivalentes jurisdiccionales.

¿Opera realmente esta regla en el ámbito laboral?

En principio la respuesta es sí, manifestación de ello, es el doble ejercicio de la heterocomposición en el proceso, llevado a cabo, en una etapa administrativa por la Inspección del Trabajo y por otra, de carácter judicial, llevada a cabo por el propio tribunal al realizar el llamado a conciliación, proponiendo bases de acuerdo.

¿Dónde está el problema?

El problema se suscita a propósito de la autocomposición en el procedimiento de tutela laboral, ya que el artículo 495 CT, pareciera restringir su aplicación como una herramienta para efectos de poner término a un conflicto de esta naturaleza, tanto en la oportunidad procesal para hacerlo, como por la vía para materializar el acuerdo.

Así, el art. 495 prescribe que *“En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.”*

Como podemos apreciar, la problemática surge, para efectos de determinar a qué clase de acuerdos se refiere, ya que, en principio, conforme lo dispuesto en los artículos 434 N° 3 y 711 ambos del Código de Procedimiento Civil, el único que requiere de aprobación judicial es el avenimiento, pero qué ocurre con el resto de los mecanismos autocompositivos posibles, en que no es necesaria la concurrencia del juez, como requisito de eficacia del acto jurídico. Así sucede por ejemplo con la transacción, la conciliación extrajudicial o el finiquito. ¿Se extiende la exigencia, a esta clase de instrumentos procesales?

Otro problema, que podría surgir del texto expreso de la norma precitada, es determinar en qué momento opera este control judicial. Podríamos estimar que opera durante todo el contencioso procesal, como por ejemplo, al redactar un acuerdo en la etapa conciliatoria; o bien, sólo opera luego de dictada la sentencia condenatoria, pero antes de que ésta quede firme y ejecutoriada.

Como se puede apreciar, las interrogantes aquí planteadas pueden llevar en la praxis judicial a problemas jurídicos nuevos, requiriendo, por tanto, un tratamiento científico que dé respuesta a cada uno de los escenarios posibles.

II. Planteamiento del problema.

Como se ha esgrimido en la introducción del presente trabajo, el artículo 495 del CT, ha exigido al juez, en los procedimientos de tutela laboral, la obligación de visar los acuerdos a los que arriban las partes del conflicto jurídico. Sin embargo, no se ha determinado el verdadero sentido y alcance práctico que puede tener. De hecho, es una norma que los intervinientes suelen preterir y sobre la cual carece pronunciamiento científico sobre la materia.

No obstante, su falta de estudio, es una norma que resulta interesante analizar, ya que influye directamente en la facultad que tienen las partes de poner término al proceso tutelar mediante un equivalente jurisdiccional, condicionando el acuerdo a un examen posterior de revisión por parte del juez de la causa.

Estimamos que, conforme la proliferación de los juicios tutelares existente, una norma que limite o restrinja las actuaciones de las partes, para arribar a acuerdo, debe tener un sentido y alcance claro y determinado.

Es en este sentido, y entendiendo que la norma no precisa la oportunidad procesal en que debe llevarse a cabo dicho control judicial, es que creemos necesario determinar y restringir su aplicación. Lo mismo sucede, al no especificar la naturaleza de los acuerdos a los que se extiende el control de los jueces.

Surge por tanto la pregunta ¿Puede el empleador que ha sido condenado por actos lesivos de derechos fundamentales, no encontrándose la sentencia firme y ejecutoriada, celebrar transacción judicial como equivalente jurisdiccional? ¿Podrá el empleador tener certeza que dicho acuerdo –inter privados- tendrá la eficacia de poner término al juicio?

La solución de estas interrogantes, nos lleva, por una parte, al estudio de los equivalentes jurisdiccionales, y por la otra, al estudio del procedimiento tutelar, determinando la naturaleza de las normas, e identificando los distintos procesos tutelares (durante la relación laboral y con ocasión del despido) para los efectos de establecer si los efectos de los acuerdos son los mismos en cada proceso.

Desde ya pretendemos establecer un estudio crítico de diferenciación respecto a los tipos de acuerdos sujetos al control del juez, dependiendo de si se trata de una tutela

laboral durante la vigencia de la relación laboral, respecto si se trata de una vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido.

III. Objeto general

De esta manera, el objeto del presente trabajo es determinar el sentido práctico, del control que ejercen los jueces en la autocomposición durante el procedimiento tutelar, identificando los equivalentes jurisdiccionales objeto de revisión y la temporalidad en que dicho ejercicio debe llevarse a cabo.

IV. El procedimiento de tutela laboral

1. Aspectos generales de los derechos fundamentales

Históricamente los derechos fundamentales sólo constituían mandatos restrictivos para el poder público (Estado respecto de sus ciudadanos), sin embargo, con el reconocimiento constitucional de normas propias del derecho laboral y con la aplicación de normas estrictamente constitucionales al ámbito laboral, en lo que se denomina constitucionalización del derecho laboral o derecho del trabajo, se comienza a delinear la idea de establecer límites a las potestades empresariales.

Como corolario de la revolución industrial y la proliferación del movimiento social, durante la crisis de 1929 (crisis del 29), surgió la necesidad de consagrar el reconocimiento de los derechos del trabajador y de protección en materia de seguridad social. Surge así las exigencias de una clase obrera que hasta la época se encontraba precarizada, pero que unida como clase social, reclama protección en derechos tales como la huelga y convenios colectivos.

Comprendiendo que la figura del empleador, conlleva la ostentación de poder, principalmente de carácter económico, y como corolario del mismo, instaurarse en una posición de autoridad discrecional frente al trabajador supeditado, se gesta la necesidad de limitar dicho poder, mediante el reconocimiento normativo.

Una de las primeras constituciones en reconocer objetivamente estos derechos, es la Constitución de México de 1917 que regula normas sobre trabajo y previsión social¹. Le

¹ Destacado es el art. 5 que prescribe: *El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la*

seguirá la Constitución de Weimar en 1919 mediante la defensa de la libertad de expresión², y coetáneamente, proseguirá el reconocimiento de los derechos a nivel internacional a través de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo³.

Este proceso se denominará constitucionalismo social, en donde se realiza el reconocimiento de los derechos fundamentales de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, los que se instauran como una herramienta de poder ante la potestad patronal.

De esta manera, la protección de los derechos laborales no sólo se gestaba de una manera ascendente, a través de la constitucionalización del derecho del trabajo, sino también de manera descendente, aplicando las garantías constitucionales al trabajador como ciudadano en la empresa.

“La antigua posición que sólo reconocía eficacia vertical a los derechos fundamentales, estaba anclada en el viejo constitucionalismo, en tanto que en las primeras constituciones, las proclamaciones de esos derechos se efectuaban para proteger al individuo de la tiranía del Estado. En cambio, en las sociedades modernas es claro que junto a un posible Estado agresor del individuo, los grandes núcleos privados de poder económico pueden dar lugar a relaciones de dominación de los individuos, tan intensas o más que las nacidas desde los poderes públicos y respecto de las que también resulta imprescindible defenderse”⁴.

Precisamente ese núcleo de poder lo constituía la figura del empleador, quien durante la relación de trabajo ha sobrepuesto sus intereses o los de su negocio, por sobre los de los trabajadores. De esta manera, y comprendiendo que la relación que se gesta en el ámbito del trabajo es asimétrica, se comienza a gestar con fuerza la idea de limitar las potestades patronales a través de la aplicación del catálogo de garantías constitucionales

renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

² El art. 118 señalaba que: *Todo alemán tendrá derecho, dentro de los límites marcados por las leyes generales, a la libre emisión de sus ideas, de palabra, por escrito o mediante la imprenta, el grabado o cualquier otro medio análogo. Este derecho no será restringido por causa de su condición de trabajador o empleador, ni tampoco podrá nadie perjudicarles por haber hecho uso de este derecho.*

³ El Tratado de Versalles en su sección II, principios generales, art. 427 establecía como métodos y principios fundamentales, de carácter urgentes, entre otros, el principio fundamental que el trabajo no debe considerarse como una mercancía, el derecho de asociación, el pago a un salario, límite de jornada de trabajo, descanso semanal, la abolición del trabajo infantil, y la imposición de condiciones para el trabajo de jóvenes, salario igualitario y sin distinción de sexo, entre otros.

⁴ PEDRAJAS, A. citado UGARTE CATALDO, JOSÉ (2018), *Derechos Fundamentales Tutela y Trabajo*, Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 16.

no laborales.

Para ello, se crea la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales. *“Por efecto relativo u horizontal de los derechos constitucionales se entiende, en un sentido amplio, las consecuencias que la consagración y protección constitucional de los derechos individuales tiene para los particulares, y en un sentido algo más restringido, la incidencia específica de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas. Ello, en oposición a la tradicional apreciación de los derechos fundamentales como derechos cuyo destinatario es la autoridad pública”*⁵.

Es así como la protección constitucional no se concibe únicamente como un límite al poder estatal, en pro de los ciudadanos, sino que ahora su aplicación irradia y se extiende, en el ámbito laboral, como destinatario a la figura del empleador, respecto de sus trabajadores.

Así se distinguen los derechos fundamentales específicos, que tienen una naturaleza intrínseca laboral y de reconocimiento constitucional, tales como el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y a la libertad del trabajo; y los derechos fundamentales inespecíficos que son aquellas garantías prescritas en la Constitución que tienen un origen general, por cuanto no son de índole laboral.

Palomeque señala que *los derechos constitucionales específicamente laborales tienen verdaderamente su origen o razón de ser exclusiva o principal en el ámbito de las relaciones jurídicas de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas*⁶. Agrega que *al propio tiempo, existen otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenida*⁷.

Mayoritariamente existe consenso en la doctrina, en reconocer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, existiendo debate principalmente en el modo en que

⁵ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2008), *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile, Legal Publishing, p.211.

⁶ PALOMEQUE, citado por PARRA, WALDO L. (2013), *El Concepto de Derechos Fundamentales Inespecíficos en el Ámbito Laboral Chileno y La Tutela Jurídica de su Eficacia Horizontal*, Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 177.

⁷ Ibid.

operan estos derechos en las relaciones jurídicas entre privados. Se habla de eficacia Mediata o Indirecta para identificar que los derechos fundamentales vinculan y obligan, directa y únicamente a los poderes y autoridades públicas, quienes deben aplicarlos a las relaciones entre particulares, mediatizados y traducidos en leyes que los desarrollen o en interpretaciones judiciales que los invoquen⁸. Por su parte, se habla de eficacia directa o inmediata para referir a la vinculación directa de los derechos fundamentales, en tanto derechos subjetivos amparados con la garantía constitucional, a las relaciones entre particulares. De esta manera, entonces, el derecho fundamental es también oponible frente a sujetos privados, y lo es con independencia de que una ley haya procedido o no a delimitar el contenido constitucionalmente protegido por el derecho. En caso de existir, el juez tendrá que aplicar el bloque de la norma iusfundamental integrado por la Constitución y la ley como fundamento de su decisión, pudiendo ejercer, si el ordenamiento jurídico lo considera, el oportuno control a través del juicio de proporcionalidad. Pero de no existir norma legal, el juez deberá ponderar en qué medida la conducta o comportamiento de un particular produjo una lesión de un derecho fundamental de otro particular y, en caso de constatar la existencia de esa violación, amparar la petición del justiciable⁹.

Por otra parte, Gamonal nos señala que no se trata de una *eficacia vertical*, porque el empleador no tiene el mismo poder del Estado, pero tampoco es una *eficacia horizontal*, dadas las intensas potestades del empleador que impiden entender al contrato de trabajo como una simple relación de coordinación entre pares. Por ello, la realidad del contrato de trabajo se ubica en un rango intermedio, de *eficacia diagonal u oblicua* (donde el empleador tiene menos poder que el Estado, pero mucho más que un simple particular)¹⁰.

Conforme lo indica Ferrada y Walter la tesis sostenida por la doctrina constitucional chilena supone afirmar que los derechos fundamentales, en cuanto normas-valores objetivos, se aplican en el ordenamiento jurídico directa e inmediatamente, en especial – en lo que aquí nos interesa– en las controversias entre particulares, sin que medie o

⁸ UGARTE CATALDO, JOSÉ (2018), op. cit., p.26

⁹ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO (2006), “*La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, Valparaíso Chile, p.25-26.

¹⁰ GAMONAL CONTRERAS, SERGIO (2015), *La Eficacia Diagonal u Oblicua y los Estándares de Conducta en el derecho del Trabajo*, Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 43.

intervenga decisivamente otra norma jurídica infraconstitucional en la materia¹¹.

2. El procedimiento tutelar en Chile

El procedimiento tutelar establecido en nuestro ordenamiento jurídico laboral, constituye una manifestación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre los particulares, específicamente de la eficacia inmediata o directa.

Si bien en nuestro Ordenamiento Jurídico, se reconoce la protección del catálogo de garantías constitucionales a través de acciones o vías propias otorgadas por nuestra propia Carta Fundamental. En el ámbito del Derecho del trabajador se ha optado por optimizar la defensa y protección de los derechos fundamentales, estableciendo un sistema especial de tutela.

Constituye una manifestación concreta de protección y de reconocimiento expreso a la limitación contenida en el artículo 5° del Código del Trabajo¹².

Este sistema tutelar, si bien se denomina procedimiento de tutela laboral, pero más que establecer y regular un procedimiento nuevo y especial, lo que hace es remitir formalmente su tramitación al procedimiento de carácter general u ordinario¹³ contemplado en el Código del Trabajo.

En el iter contractual, las etapas protegidas sólo abarcan la vulneración de derechos fundamentales mientras esté vigente la relación laboral y la vulneración de dichos derechos que se generen con ocasión del despido del trabajador. Excluyendo, por tanto, las posibles vulneraciones que se podrían generar en la etapa precontractual y post contrato, las cuales deberán buscar asilo conforme la tradicional protección de amparo¹⁴.

Se destaca de este procedimiento, la ampliación de legitimados activos, el sistema probatorio de los indicios, la aportación de mayores antecedentes a la denuncia, las

¹¹ FERRADA BÓRQUEZ, JUAN Y WALTER DÍAZ, RODOLFO (2011), “*La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*”, Revista de Derecho de Valdivia, Volumen XXIV, N° 2, p. 102.

¹² Art. 5, inciso primer. *El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*

¹³ El procedimiento de aplicación general se encuentra regulado en el Párrafo 3°, del Capítulo II, del Título I, del Libro IV del Código del Trabajo.

¹⁴ Es lo que sucede, por ejemplo, con las ofertas de trabajo discriminatorias descritas en el artículo 2° inciso sexto del Código del Trabajo.

medidas de reparación, y la posibilidad de revisión de los instrumentos de autocomposición como mecanismos de solución alternativa de la litis.

3. Regulación y ámbito de aplicación

Bajo el título “Del Procedimiento de Tutela Laboral”, regulado en el art. 485 y ss., párrafo 6º, Capítulo II, del Título I, del Libro IV del Código del Trabajo, se contiene varias disposiciones destinadas a garantizar la protección de determinados derechos o garantías constitucionales que han sido lesionadas por el ejercicio arbitrario o desproporcionado de las facultades patronales, o sin que exista una justificación suficiente, o sin que se respete el contenido esencial del derecho tutelar.

El artículo 485 del Código del Trabajo, establece expresamente como derechos fundamentales tutelados los consagrados en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 1º inciso primero, esto es, *el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona*, N° 4 *El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales*, N° 5 *La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada*, N° 6 inciso primero, *la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*, N° 12 *La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio*, N° 16 en lo relativo a *la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección*.

Como señala la doctrina¹⁵ se trata de un catálogo cerrado en cuanto establece e identifica las garantías fundamentales amparadas por este procedimiento, pero amplio en cuanto a la extensión de su contenido.

También procede su aplicación para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código¹⁶, y las denuncias respecto a diferencias arbitrarias que atenten contra el principio de igualdad en las remuneraciones¹⁷.

¹⁵ UGARTE CATALDO, JOSÉ (2018), op. cit., pp. 41-42.

¹⁶ El artículo 2º CT señala que los actos discriminatorios son contrarios a los principios de las leyes laborales, definiendo los actos discriminatorios *como las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones*

Resulta aplicable para el conocimiento y la resolución de infracciones por práctica desleal o antisindicales contenidas en el Capítulo IX, artículo 289 y ss. Intitulado *de las prácticas antisindicales y de su sanción*.

Finalmente, procede ante los actos de represalia ejercidos en contra de los trabajadores que han ejercido acciones judiciales en contra de su empleador, o por haber sido ofrecidos o haber tenido participación como testigos, o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo.

En este último caso, se establece una protección legal a la garantía de indemnidad que "corresponde a la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o contractuales), de resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos"¹⁸.

Antes de la Ley 20.974, que modifica normas sobre el procedimiento de tutela laboral y procedimiento monitorio, los actos de represalia ejercidos por el empleador estaban constituidos únicamente por la actividad desplegada por la Inspección del Trabajo en su rol fiscalizador o por el ejercicio de acciones judiciales, siendo discutida la protección tutelar del trabajador, que participa en juicio, como testigo, en contra de su empleador.

“Que lo expuesto es suficiente para desestimar esta acción principal toda vez que en el caso que nos convoca la demandante no ha ejercido acciones judiciales que hayan acarreado como consecuencia que el empleador despida a la demandante como represalia por haberlas ejercido. Cabe recordar en este punto que lo que la ley exige es el “ejercicio de acciones judiciales. (...)

gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁷ El artículo 62 bis CT establece la protección al principio de igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres que prestan un mismo trabajo. En caso de existir denuncias, y una vez concluido el procedimiento de reclamación contenido en el Reglamento Interno, procederá su conocimiento conforme el procedimiento de tutela laboral.

¹⁸ UGARTE CATALDO, JOSÉ (2007), *“La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, vol. XX, p. 64.

Las probanzas rendidas sólo dan cuenta que en causa RIT O 67 del año 2015 del ingreso de este Tribunal, la demandante declaró como testigo en contra de la misma demandada de estos autos, siendo en definitiva acogida la demanda interpuesta por Héctor Silva Martínez y otros, todos trabajadores de la empresa Bigger SPA (...) sin embargo a juicio de esta Jueza, tal hipótesis no está contemplada dentro de la norma que la regula que exige el ejercicio de acciones judicial, hipótesis que no se configura cuando el trabajador declara como testigo, aun cuando la declaración sea prestada contra los intereses del empleador.

Concluir de otra manera implicaría aplicar por analogía una sanción a situaciones o hipótesis no contempladas por el legislador, en circunstancias que el principio que rige en materia sanciones es la prohibición de dar aplicación extensiva a las penas, sino restrictiva, a los casos típicos, esto es expresa y claramente consignados en la ley¹⁹.”

En el caso de marras, la demandante interpuso recurso de nulidad fundado principalmente en el art. 477 en relación con el artículo 485 del Código del Trabajo, alegando infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, fundándolo en que el sentenciador ha restringido el ámbito de aplicación de la norma única y exclusivamente al caso de denuncia de fiscalización ante la Inspección del Trabajo o el ejercicio de acción judicial.

Por su parte la Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo del recurso, acoge la nulidad, por la causal señalada, resolviendo en su considerando sexto que:

“Sexto: *Que de lo expuesto es dable concluir que de la garantía debe entenderse en sentido amplio. No solo ampara al trabajador que de manera directa ejerza acciones judiciales contra el empleador o que recurra ante la autoridad administrativa, sino que también protege a los trabajadores que indirectamente son objeto de represalia; por ejemplo, en el caso en que un trabajador atestigüe a favor de otro en contra del mismo empleador o defienda explícitamente los derechos de otros trabajadores involucrados.*

¹⁹ Juzgado de letras del Trabajo de Valdivia, RIT T-14-2016, de fecha 26 de agosto de 2016.

Entender la situación de otra forma sería limitar la protección a casos mínimos y previsibles²⁰”.

Por otra parte, el artículo 489 CT establece las reglas de este procedimiento cuando la vulneración se ha producido con ocasión del despido, limitando la legitimación activa y ampliando el haz indemnizatorio, como se verá más adelante.

4. Requisitos

4.1. Que los hechos ocurran en la relación laboral

Respecto al primero de los requisitos, el procedimiento tutelar requiere que los conflictos se susciten dentro de la relación laboral existente entre las partes, esto es, entre empleador y trabajador.

Respecto de los casos en que existe tercerización, existe consenso en la doctrina que el procedimiento tutelar resulta aplicable en los contratos de puesta a disposición, es decir, en aquellos casos en que el objeto del contrato es la cesión de trabajadores para servicios transitorios en favor de la empresa usuaria, manteniendo esta última el poder de dirección respecto de dichos trabajadores. La figura del empleador la detenta la Empresa de Servicios Transitorios o empresa cedente, quien pone a disposición sus trabajadores para ejecutar labores o tareas transitorias u ocasionales en favor de una o más empresas usuarias.

En este caso, ha sido el propio legislador laboral quien ha calificado el vínculo existente entre un trabajador de servicios transitorios y una empresa usuaria como una relación laboral, configurándose el presupuesto exigido por el procedimiento tutelar. Adicionalmente, y como réplica de lo dispuesto en el art. 5 del Código del Trabajo, también le ha impuesto a la empresa usuaria el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los trabajadores transitorios.

“Artículo 183-Y.- El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

²⁰ Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL 109-2016, de fecha 03 de noviembre de 2016.

La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.”

Como señala Caamaño *“El trabajador transitorio se encuentra en una especial posición de sujeción frente a la empresa usuaria, con quien no la une un vínculo contractual alguno, sino una situación de hecho puntual, cual es la circunstancia de tener que prestar servicios para ella. Esto último adquiere un mayor énfasis si se considera que el trabajador transitorio quedará también sujeto al reglamento interno de la usuaria, conforme a lo prescrito por el artículo 183 X inciso 1, frase 2. Es así, como la ausencia de condiciones particulares referidas a la situación del trabajador en la empresa usuaria, salvo las generales que contiene el contrato de puesta a disposición en materia de jornada de trabajo, descansos, la naturaleza de los servicios o el lugar en que deben prestarse, genera una suerte de zona gris propicia a los excesos del control de la actividad laboral por la EU todo lo cual puede repercutir negativamente en la situación personal y profesional del trabajador”²¹.*

Por su parte, en los vínculos jurídicos generados en el régimen de subcontratación²², a diferencia de lo que ocurre en los contratos de puesta a disposición, la doctrina mayoritaria se inclina por rechazar como legitimado pasivo de la acción de tutela laboral, a la empresa mandante.

Como señala Palavecino *“La exigencia de una relación laboral entre las partes impide asimismo que la empresa principal sea legitimada pasiva de la acción de tutela laboral aunque haya cometido una vulneración directa de algún derecho fundamental del trabajador del contratista, puesto que para que haya subcontratación el trabajador debe estar subordinado exclusivamente al contratista y no a la empresa principal, vale decir, si hay subcontratación no hay relación laboral entre el trabajador y la empresa principal”²³.*

²¹ CAAMAÑO ROJO, EDUARDO (2007), *“La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios*, Ius et Praxis, N° 13, N° 2, Talca, p. 182.

²² Artículo 183-A.- Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas.

²³ PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2014), *“El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile”*, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N° 9, p. 35.

A su vez, el mismo criterio de legitimación en caso de procedimientos administrativos por vulneración a derechos fundamentales se desprende de la Orden de Servicio N° 9 de 31.12.2008 de la Dirección del Trabajo en los siguientes términos: “La norma exige que la vulneración **tenga lugar en la relación laboral, y por aplicación de las normas laborales**, con lo que debe entenderse que sólo se encuentran tuteladas por este procedimiento, los específicos derechos reseñados en la norma cuando **son afectados en el ámbito del trabajo, con ocasión del trabajo o como consecuencia del mismo.**” (El destacado es nuestro).

Lo anterior no es coincidencia, toda vez que lo relevante para el legislador será que la vulneración que habilita el ejercicio de este tipo de acciones radicare únicamente en actos del empleador eximiéndose la empresa principal de toda responsabilidad, no obstante, ser esta la generadora de la vulneración antijurídica.

Ugarte²⁴ también mantiene la premisa general de radicar el procedimiento y sus efectos en la figura del empleador, sin embargo, establece dos excepciones de aplicación del procedimiento en la empresa mandante: (i) que la vulneración dimanare del incumplimiento en materia de higiene y seguridad que cabe a la mandante por aplicación directa del art. 183 E CT.; y (ii) en caso que la mandante se arrogase facultades patronales, interviniendo ilegalmente la esfera del poder del empleador.

Compartimos el criterio establecido por el profesor Ugarte, sin embargo, el uso de la segunda hipótesis debiere ser reconducida procesalmente, toda vez, que tal declaración no quedaría sujeta a las especiales condiciones del procedimiento de tutela. Esto, si bien para el criterio del profesor José Luis UGARTE no debiere importar mutación de la acción²⁵, en la práctica sí modificaría las reglas sobre onus probandi.

Tal cambio en el paradigma probatorio, queda en evidencia en causa T-15-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, la cual accedió a declarar co-empleadores tanto a la empresa contratista como a las mandantes involucradas, no obstante, ser anulada posteriormente ante la ICA de Concepción, como veremos. En dicho sentido,

²⁴ UGARTE CATALDO, JOSÉ (2018), op. cit., pp. 65-66.

²⁵ Señala Ugarte en ese sentido: “*Parece perfectamente posible que en la demanda de tutela se haga ver este hecho –el ejercicio ilegal de facultades que restringen derechos fundamentales del trabajador- no para solicitar que se le imponga la calidad de empleador –cuestión que sería objeto de un juicio distinto-, sino para abrir por esa vía la acción de tutela.*” Ibidem.

respecto de la sentencia de grado, cabe destacar lo siguiente:

“DÉCIMO OCTAVO: que la misma prueba rendida por la parte demandante, referida precedentemente, absolución de posiciones, prueba testimonial y documental, se desprende que la demandante, efectuó para ser contratada todas sus actividades por intermedio de Movistar, siendo contratada por Team Work Recursos Humanos Ltda, RUT: 76.646.570-6., sin embargo desarrollaba sus actividades en la oficina de Movistar calle Valdivia 491 de Los Ángeles en la que trabajen las dos sociedades, la demandante era supervisada por las dos sociedades por intermedio de María José Aravena y Gianni Pons; también están contestes los testigos en los hostigamientos dando razón de sus dichos, lo que concluyó luego de las licencias de la demandante y su reincorporación, con la desvinculación de la demandante;

*DÉCIMO NOVENO: De lo dicho, puede concluirse asimismo, que las demandadas tienen la calidad de coempleadoras de la demandante, **teniendo para ello presente el principio de primacía de la realidad**”.* (Los destacados son nuestros).

Sin embargo y como adelantábamos, la I. Corte de Apelaciones de Concepción en autos Rol N° 135-2015, de fecha 10.06.2015, anuló la sentencia en lo relativo a las empresas mandantes por, precisamente, carecer de prueba conducente a dicha declaración, señalando:

“DECIMOSEPTIMO: Que en lo tocantes a las demandadas Telefónica Móviles Chile S.A. y Telefónica Chile S.A. ninguna prueba esgrimida en autos permite establecer su calidad de coempleadoras de la actora; al contrario, las mismas características que menciona la propia demandante en su libelo unidas al contrato de Prestación de Servicios de Atención al Cliente suscrito entre Telefónica Móviles Chile S.A. y Team Work Recursos Humanos Limitada de 01 de junio de 2007, dan cuenta de los presupuestos que configuran una relación de subcontratación.

En efecto, en la subcontratación de bienes y servicios se relacionan dos entidades independientes entre sí, una de las cuales encarga a la otra la producción de bienes o la prestación de servicios, que la otra empresa se compromete a realizar por sí misma y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Esta clase de tercerización se regula en el artículo 183-A del Código del Trabajo [...].

Tales características están descritas en el contrato referido y en las funciones que realizaba la actora de manera tal que no puede sino establecerse en autos que las demandadas Telefónica Móviles de Chile S.A. y Telefónica Chila S.A., incorporada en el contrato por Addendum N°1 de 1 de abril de 2012, tiene las obligaciones que le son propias en su carácter de empresa principal.” (Destacados son nuestros).

La misma Corte en su fallo, además, refrenda el criterio respecto de una eventual vinculación de las empresas principales como garantes patrimoniales, en su caso, de las obligaciones indemnizatorias suscitadas por sentencia judicial en esta sede, indicando:

“DECIMONOVENO: [...] Podría aceptarse la solidaridad de la empresa principal en el pago de las indemnizaciones por tutela laboral cuando la obligación nace, como en este caso, de un procedimiento de tutela por despido; sin embargo, el artículo 183-B ya referido es claro en cuanto disponer que tal condena solidaria procede sólo en el pago de las indemnizaciones legales con ocasión del término de un contrato de trabajo, sin referirse a las sanciones por vulneración de derechos, **omisión realizada precisamente porque las indemnizaciones por término del contrato de trabajo y las sanciones por vulneración de derechos fundamentales tienen una naturaleza jurídica distinta.**”

[...]

VIGESIMO: Que, en resumen, del tenor literal del artículo 183-B del Código del Trabajo, podemos desprender que la empresa principal no tiene responsabilidad alguna por la vulneración a los derechos fundamentales de la empresa contratista, al no contemplar este artículo las hipótesis de responsabilidad que establece el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.” (Todos los destacados son nuestros).

En este caso, en particular, el planteamiento de la Ilustrísima Corte para descartar la responsabilidad de las empresas mandantes en el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales se adoptó desde las normas propias del régimen de subcontratación, esto es, en virtud del régimen de responsabilidad impuesto en el artículo 183 B del Código del Trabajo, que mediante una interpretación literal excluye el régimen especial de sanciones establecidos en las normas que regulan la tutela laboral. Sin embargo, extrañamos el planteamiento propio a la luz de las normas que regulan el procedimiento en comento, lo anterior, ya que el actuar antijurídico de las demandadas

había sido plenamente acreditado.

Lo resuelto por la Ilustrísima Corte, deja en evidencia una discontinuidad entre las normas que regulan la subcontratación y el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales. Conforme lo expuesto, se ratifica que una empresa mandante, aun cuando se pruebe con claridad ser el autor de conductas antijurídicas, jamás tendrá sanción, no por aplicación de las normas que regulan el procedimiento tutela, sino más bien, por que el régimen de subcontratación no lo permite, situación que no nos parece acertada, ya que el derecho jamás puede amparar situaciones de impunidad.

En este caso, y siguiendo las situaciones de excepción que señala el profesor Ugarte, las mandantes si debieron ser sancionadas, por haberse irrogado facultades de empleador. Ya veremos más adelante, que otro de los requisitos de este procedimiento consiste en que la conducta vulneratoria se produzca dentro de las facultades que la ley le reconoce al empleador.

4.2. Que se verifique por aplicación de las normas laborales

Otro de los presupuestos del procedimiento tutelar, consiste en que la lesión de derechos fundamentales debe devenir de la transgresión de normas laborales. Este requisito ha llevado a parte de la doctrina ha plantear que el juez al resolver el conflicto, debe hacerlo desde una mirada estrictamente legalista (infraconstitucional), y no conforme la resolución tradicional de ponderación de los derechos fundamentales.

Siguiendo a Waldo L. Parra²⁶, la ponderación contiene la siguiente estructura: *i. La ley de la ponderación*, que implica establecer cuanto mayor es el grado de la no satisfacción tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Se resume en tres reglas: 1. Definir cuál es el nivel de insatisfacción de un determinado principio, 2. Definir el nivel de importancia de la satisfacción del principio que actúa en sentido contrario, y 3. Definir si la importancia de la satisfacción de dicho principio contrario justifica la insatisfacción del otro principio. En definitiva, implica aplicar el principio de proporcionalidad con sus tres máximas de adecuación, necesidad y proporcionalidad; *ii. La fórmula del peso*, esto implica reconocer un determinado peso abstracto de un derecho fundamental sobre otro, se trata de asignar mayor importancia de acuerdo con los valores

²⁶ WALDO L. (2013), op. Cit., p. 74-79.

predominantes, y a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas que versa sobre la afectación de la medida examinada; *iii. Las cargas de argumentación*, esto es, en aquellos casos en que los derechos fundamentales contengan una igualdad de pesos, es decir, cuando se produzca un empate entre las garantías opuestas. Ante la falta de criterios objetivos para determinar los factores determinantes del peso, se constituye como un límite a la racionalidad de la ponderación el margen subjetivo del interprete, inclinándose por una postura ideológica.

De esta manera, la ponderación se constituye como una técnica que permite al juez, resolver el conflicto asignando a un determinado derecho fundamental un peso superior por sobre otro derecho fundamental con el cual colisiona. Se trata de un desplazamiento jerárquico (aun cuando normativamente no exista) de un derecho sobre otro con el cual se encuentra en conflicto.

La doctrina que aboga por una resolución legalista del conflicto, establece que la Constitución no es norma que deba ser aplicada directamente para resolver la cuestión debatida, sino que debe servir como un estándar de interpretación de las normas legales. El juez debe interpretar la ley, en conformidad a los derechos fundamentales. Esta doctrina, se inclina por la aplicación del principio de supremacía de la Constitución, de manera tal, que la aplicación de la Carta Fundamental sólo procederá respecto de aquellos casos en los que existan verdaderos vacíos legales. En este sentido, el juez no puede prescindir de la ley para resolver el conflicto lesivo de derechos fundamentales. Antes de proceder a determinar si una determinada conducta es constitutiva de una vulneración a una garantía constitucional, lo primero que debe resolver, es si el actuar del empleador se encuentra amparado legalmente. Si no lo está, y por lo tanto, su actuar es ilegal, se puede proceder al análisis de determinar, si además es vulneratorio de un derecho fundamental. De esta manera, la ilegalidad o ilicitud de la actuación del empleador se constituye como una condición necesaria para que la tutela laboral sea acogida²⁷.

²⁷ SILVA, LUIS ALEJANDRO (2011), “*Supremacía constitucional y tutela laboral*”, en: Revista de Derecho, vol.24, n. 1, Valdivia, Chile, pp. 31-48

4.3. Que se refiera al ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador;

El artículo 5º inciso 1º del Código del Trabajo, expresamente dispone que *"el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos"*.

La Inspección del Trabajo, mediante dictamen, fijó el sentido y alcance de esta disposición, señalando que la *"norma está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral"(...)* Agrega el dictamen que *"esta norma está llamada a constituirse en la idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral"*²⁸.

Nos encontramos frente a una función limitadora respecto de los poderes empresariales. Esto significa, que ningún empleador podrá dentro del ámbito de sus facultades (empresariales) de administración, dirección y ni aun disciplinarias, afectar, o conculcar derechos fundamentales del trabajador.

Sin embargo, como señala Palavecino *"tal mandato de respeto no entraña conferir a las libertades fundamentales del trabajador un carácter absoluto, hegemónico e infranqueable respecto de las posibilidades de actuación del empleador. De una parte porque eso inhibiría prácticamente la actividad empresarial y, de otra, porque el contrato de trabajo supone la asunción por el trabajador de la condición de subordinado, esto es, supone por definición la asunción de límites a sus libertades"*²⁹.

Por otra parte, si bien el artículo 5 del Código del Ramo, constituye la norma principal de reconocimiento de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores, ésta no es la única. Así, tenemos el reconocimiento normativo al derecho a la no discriminación en el Art. 2 del mismo cuerpo normativo. Debemos recordar, también,

²⁸ Dictamen de la Dirección, N°2856/162 de 30/08/2002, fija sentido y alcance del inciso primero del artículo 5º del Código del Trabajo.

²⁹ PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2014), op cit., p. 38.

que en el contrato de puesta a disposición se encuentra una norma de idéntico reconocimiento a lo dispuesto en el art. 5, respecto de la empresa usuaria sobre los trabajadores puestos a disposición (Art. 183-Y). Otra disposición de reconocimiento, la constituye el art. 154 de nuestro Código, que regula los requisitos mínimos que debe contener el Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad (RIOHS), el que en su inciso final prescribe que *“las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”*.

En general, todas estas disposiciones constituyen un reconocimiento de la aplicación de las garantías constitucionales en el ámbito del trabajo (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), siendo el procedimiento de tutela laboral, su mecanismo judicial de ejercicio.

4.4. Que dicho ejercicio no tenga justificación suficiente, sea arbitrario o desproporcionado, o sin respeto a su contenido esencial

No toda afectación será catalogada como antijurídica, para ello se requiere que el actuar del empleador no tenga justificación suficiente, sea arbitrario o desproporcionado, o bien no respete el contenido esencial de la garantía constitucional.

Se ha discutido en la doctrina si la descripción de *casus* señalado en el art. 485 del CT constituye una sola afectación de carácter universal, o bien se trata de hipótesis distinta de afectación.

Para Ferrada³⁰, se trata de diversas modalidades de afectación de derechos fundamentales, las cuales no constituyen expresiones sinónimas, teniendo entre cada una de ellas, una forma interpretación y aplicación distintas. Cuando se habla de **afectación al contenido esencial** del derecho fundamental, nos estamos refiriendo a una violación del derecho mismo, se trata de una afectación en la substancia del derecho mismo, por ejemplo, cuando el empleador ejerce una orden que priva a los trabajadores de su libertad

³⁰ FERRADA BÓRQUEZ, JUAN Y WALTER DÍAZ, RODOLFO (2011), op. Cit., pp. 106-109.

de expresión. En este caso, el empleador al censurar a los trabajadores, está afectando la esencia del derecho propiamente tal.

Por su parte, cuando nos referimos a que el empleador vulnera derechos fundamentales al ejercer sus facultades patronales **sin justificación suficiente**, implica reconocer lo ya señalado por Palavecino, en el sentido, de reconocer que existen limitaciones o afectaciones válidas de garantías constitucionales. En este caso, la justificación vendrá dada por el propio Ordenamiento Jurídico Laboral, el cual impondrá los requisitos que deberá cumplir el empleador para no incurrir en la lesión de un derecho fundamental. De no cumplirlos, es decir, de no explicar los fundamentos de las medidas adoptadas (art. 493 CT.) no existiría justificación suficiente en la conducta desplegada por el empleador, ejemplo, en el uso de cámaras de seguridad.

Otra de las medidas adoptadas por el legislador, contempla la facultad patronal ejercida en forma **arbitraria o desproporcionada**, lo que deriva en la lesión del derecho fundamental. En este caso, hablamos de que la facultad ha sido desplegada de una forma abusiva, es decir, extendiendo su actuar más allá de lo permitido.

Los adherentes de esta teoría, señalan que este último caso, es el único que debe ser resuelto por el juez mediante la técnica de la ponderación o proporción, aplicando los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Por su parte, para la doctrina nacional, los tipos descritos por el legislador no son más que sinónimos que conllevan al juez a una misma operación lógica de resolución del conflicto, y esto es, mediante el método de la ponderación o proporción. Para ellos, la respuesta se encuentra en el tenor expreso de las normas que regulan la materia.

En el caso del derecho chileno, existe un significativo reconocimiento en el propio derecho del Trabajo, ya que la norma legal laboral ha recogido expresamente la idea de la proporcionalidad. El artículo 485 del Código del Trabajo establece que los derechos fundamentales del trabajador se entenderán lesionados cuando sean limitados por el empleador “sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada”. A su turno,

el artículo 493 del Código del Trabajo exige del empleador que, ante la presencia de indicios de vulneración, acredite la justificación de su conducta y “su proporcionalidad”³¹.

4.5. Que tales hechos provoquen la afectación de derechos fundamentales.

Para que tenga lugar este tipo de procedimiento, es necesario que se afecte un derecho fundamental.

Es menester señalar que, por expresa disposición de la ley, sólo serán aplicables las garantías enunciadas en la norma (art. 485 CT), y sólo respecto de aquellas contenidas en la Constitución Política de la República, excluyendo el resto de las garantías contenidas en el art. 19, y los establecidos y reconocidos por los Tratados Internacionales. Se trata entonces, de una garantía cerrada de casos dispuestos por el propio legislador laboral, y que implican un reconocimiento a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

“Si bien en un comienzo se propuso la inclusión de todos los derechos humanos, una garantía abierta, durante el curso de la tramitación legislativa, se modificó, quedando una indicación selectiva de aquellos derechos humanos de los trabajadores que pueden ser objeto del procedimiento de tutela”³².

En cuanto a las garantías fundamentales tuteladas por este procedimiento, ya fueron descritos al tratar la regulación y ámbito de aplicación del procedimiento de tutela laboral, por lo que se omitirá su enunciación.

5. Sujetos del procedimiento

El artículo 486 del Código del Trabajo es el que establece los sujetos activo para el ejercicio del procedimiento tutelar. Así tenemos al trabajador, al sindicato y a la Inspección del Trabajo.

El sujeto activo por antonomasia de este procedimiento, es el trabajador, quien podrá ejercer la acción cuando haya sufrido una lesión en sus derechos fundamentales, ya sea mientras esté vigente la relación laboral o bien con ocasión de su despido.

³¹ UGARTE CATALDO, JOSÉ (2018), op. cit., p. 241.

³² AGUILAR, GONZALO; CONTRERAS, CRISTIAN (2007). *“El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”*, en: Ius et Praxis, vol. 13, n°1, Talca, Chile, 2007, pp. 205-243. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100008>

También podrá ejercer la acción cuando invoque un derecho o interés legítimo, en cuyo caso, sólo tendrá lugar mientras el procedimiento tutelar se ventile mientras la relación laboral se encuentre vigente, ya que el procedimiento lesivo de derechos fundamentales con ocasión del despido corresponde únicamente al trabajador afectado (interés jurídico directo).

En este último caso, el trabajador no es el afectado directo del actuar antijurídico del empleador, sin embargo, la conducta desplegada puede terminar afectándolo por ejemplo en el holding empresarial en que se haya decretado la unidad económica.

La figura del interés legítimo, corresponde a una categoría de estudio propio del derecho administrativo, principalmente de la doctrina comparada, teniendo sus inicios en Italia³³.

Constituye una de las categorías de interés para efectos de ejercitar la acción. Así se distingue el interés jurídico o directo, que como su nombre lo indica, es restrictivo y supone la afectación personal y directa de un derecho del cual el demandante debe ser su titular; el interés legítimo cuya característica es ser mas permisivo para acceder a la justicia, toda vez, que supone que el demandante se encuentra en una especial situación frente al orden jurídico, y; interés simple o difuso, se trata de una legitimación sumamente permisiva para acceder a la justicia, toda vez, que supone que el demandante debe y puede cuidar la constitucionalidad de cualquier acto³⁴.

“El interés legítimo no supone una afectación directa al status jurídico, sino una indirecta, en la medida en que la persona sufre una afectación no en sí misma, sino por encontrarse ubicada en una especial situación frente al orden jurídico que le permite accionar para obtener el respeto a su interés jurídicamente tutelado(...) la afectación al interés legítimo se da en la medida en que el sujeto forma parte de un ente colectivo que, de manera abstracta, tiene interés en que el orden jurídico opere de manera efectiva”³⁵.

³³ BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (2018), *“Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno”*, Revista de derecho Universidad Austral, pp. 1-26.

³⁴ VÁSQUEZ GÓMEZ BISOGNIO, FRANCISCO (2012), *“El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado”*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 26, pp. 430-431.

³⁵ SCHMILL ORDÓÑEZ, ULISES; DE SILVA NAVA, CARLOS (2013), *“El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”*, Isonomía No. 38, pp. 261-262. Recuperado en 01 de julio de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100009&lng=es&tlng=es.

También se constituye como sujeto activo el sindicato, el cual para actuar necesariamente deberá invocar un derecho o interés legítimo. En este caso, opera con mayor claridad, el hecho de que el sindicato no tiene un interés jurídico directo, ya que no puede ser objeto de una vulneración personal que lo habilite para denunciar.

De esta manera el sindicato podrá actuar como parte principal respecto de sus afiliados cuyos derechos han sido vulnerados, o bien, adherir a la acción del trabajador afiliado, como tercero coadyuvante.

La Inspección del Trabajo también podrá obrar como parte principal, si producto de sus facultades fiscalizadoras o actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales. Y siempre que, previamente, haya fracasado la mediación correctiva de las infracciones detectadas. También, el ente administrativo se podrá hacer parte en el proceso incoado.

De esta manera, y con la cantidad de sujetos activos, podemos apreciar que el legislador laboral ha querido dar la mayor amplitud de denuncia de los casos de ilicitud, con la finalidad de evitar casos o situaciones de indefensión.

Por su parte, el sujeto pasivo es el empleador, o quien se atribuye facultades patronales, que, como vimos, conforme las reglas de tercerización ya comentadas, también lo será la empresa usuaria.

6. Prueba en el procedimiento de tutela laboral

En nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral, en materia de vulneración de derechos fundamentales, nuestro legislador ha adoptado un mecanismo o regla de prueba especial.

Es una manifestación más o corolario de la evolución que ha experimentado el derecho laboral, de variar las reglas tradicionales del proceso, hacia una justicia distributiva respecto de la parte considerada como más débil en el iter contractual. Como señala Baylos *“se trata, en consecuencia, de alteraciones de reglas generales del proceso en su moldeado clásico de cuño individualista, sobre la base de equilibrar la posición de menor poder del contratante débil, o de reconocer tratamientos diferenciados sobre la base de esa situación previa y condicionante de desigualdad material, de manera que, si no se produjeran tales modificaciones, se estaría generando una real situación de*

*indefensión para el trabajador como parte del proceso.*³⁶

Así el Art. 493 CT, prescribe que *“Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

Parte de la doctrina se ha referido a esta norma como la regla de indicios, que consiste en un sistema de rebaja del estándar probatorio para el denunciante. No se trata, entonces, de alterar la regla general en materia probatoria dispuesta en el artículo 1698 CC, al invertir la carga probatoria en el empleador denunciado, sino que, por el contrario, se trata de aligerar o rebajar el estándar probatorio del trabajador denunciante, sobre el cual, pesa la acreditación de los indicios suficientes.

Así también se desprende del propio mensaje del proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, al señalar que *“se introduce una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, absolutamente imprescindible a la hora de brindar protección a este tipo de figuras, en relación con el onus probandi, que consiste en facilitar o alivianar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprendan indicios en orden a que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales. En este caso, surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad”*³⁷

De esta manera, el trabajador deberá acreditar por medio de antecedentes, haber sido víctima de los hechos vulneratorios que alega, debiendo acreditar a lo menos los indicios que señala. Si los acredita, le favorece la regla dispuesta en el art. 493. Si prueba en forma directa los hechos denunciados, no recibe aplicación la norma, ya que no será necesario para el juez acudir a los indicios.

Como señala Ugarte³⁸, el trabajador debe aportar hechos o circunstancias que logren generar en el juez laboral la sospecha razonable de que esa conducta lesiva

³⁶ BAYLOS, ANTONIO (1994), *“La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”*, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Número 4, p. 124.

³⁷ Mensaje del ejecutivo N° 4-350, proyecto de ley 20.087, de fecha 22 de septiembre de 2003, pp. 25-26

³⁸ UGARTE CATALDO, JOSÉ (2018), *op. cit.*, p. 75.

denunciada se ha producido. Siguiendo con este autor, se trata de una regla legal de juicio que no opera, por tanto, ni en la etapa de aceptabilidad de la prueba -audiencia preparatoria-, ni de la rendición de prueba – audiencia de juicio-, sino que en la etapa de construcción de la sentencia por parte del juez, esto es, en la de la decisión judicial del fondo del asunto³⁹.

Precisamente, la circunstancia de que esta sea una regla que opere en la etapa final del proceso, ha dado lugar a críticas por parte de la doctrina, ya que, cómo puede enterarse el empleador si el o los indicios aportados por el trabajador son suficiente. En qué etapa el empleador podrá advertir que le corresponde probar la fundamentación de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se encuentra acaso, el empleador siempre en la obligación procesal de fundamentar las medidas adoptadas, aun cuando no existan antecedentes aportados por el trabajador denunciante.

Alvarado citado por Palavecino, señala que el tema de “la incumbencia confirmatoria -que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba- [...] es, en esencia, una clara *regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto”. Por tanto debe ser la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- la que regule todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad jurisdiccional, evitando así que el juez altere las reglas del onus probandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado⁴⁰.

Con todo, corresponderá al empleador adoptar como estrategia procesal, por una parte, la defensa negativa destruyendo los “supuestos indicios” aportados por el denunciante, o probando racionalmente que el ejercicio de las facultades desplegadas no constituye vulneración de derechos fundamentales.

7. Despido lesivo de derechos fundamentales

El procedimiento de tutela laboral no sólo protege al trabajador del ejercicio abusivo,

³⁹ *Ibíd.* 73.

⁴⁰ ALVARADO, ADOLFO citado por PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2015), “*La reforma procesal laboral chilena. Una visión crítica desde el garantismo procesal*”, *Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente*, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 1° Ed., p. 168

ilícito o desproporcionado de las facultades ejercidas por empleador durante la relación laboral que ocasiona vulneración de garantías constitucionales del trabajador. Sino que durante todo el vínculo contractual, incluso hasta el término del mismo.

Precisamente, puede ocurrir que el empleador invocando una causa legal para generar el término de la relación laboral, en el ejercicio de su facultad disciplinaria afecte un derecho fundamental del trabajador, en este caso nos referimos al despido lesivo de derechos fundamentales.

En este caso, la legitimación activa corresponde únicamente al trabajador afectado. Debiendo ejercer su acción dentro del plazo de 60 días contados desde la separación de funciones. Por expreso mandato, el trabajador deberá deducir en lo principal la denuncia de derechos fundamentales y subsidiariamente la acción de despido injustificado, indebido o improcedente.

De acogerse esta acción, el juez ordenará el pago de las indemnizaciones propias del despido injustificado, esto es, la indemnización sustitutiva de aviso previo, la indemnización por años de servicios o de antigüedad, y el respectivo recargo legal en conformidad al art. 168 CT. Adicionalmente, se establece una indemnización especial, tarifada por el legislador para esta clase de procedimiento, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Si bien el efecto reparatorio es principalmente de carácter económico, también existe otro de carácter restitutorio, que opera, por ejemplo, en el caso de despido de trabajadores con fuero sindical. En este caso el acto es nulo, debiendo por tanto el empleador, pagar la remuneración pendiente mientras ha permanecido separado de funciones, y reincorporar al trabajador.

También existe, la posibilidad de otorgar un derecho alternativo al trabajador, como ocurre, en el caso de despido discriminatorio calificado de grave, donde el trabajador puede elegir entre la reincorporación o la indemnización adicional ya señalada.

En virtud de la ley 21258, será siempre calificado como grave, el despido discriminatorio que se base en el padecimiento de cáncer.

En virtud de la ley 21.280, de fecha 09 de noviembre de 2020, se pone término a la

discusión respecto de la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales respecto de los funcionarios públicos. De acogerse la acción de estos funcionarios, sólo les corresponderá la indemnización especial por tutela, sin perjuicio del despido discriminatorio, que genera el derecho alternativo a optar entre la indemnización o la reincorporación.

8. La sentencia y régimen de reparación

El artículo 495 CT establece

Art. 495. La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;

2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;

3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y

4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

Conforme se puede apreciar, el juez además de cumplir con los requisitos comunes a todo fallo art. 459 CT, deberá cumplir con los requisitos especiales que le ha impuesto el legislador. Debido a la naturaleza especial del procedimiento que se trata, se contempla

un régimen especial de protección que consta de:

- Tutela inhibitoria: Cese inmediato de la o las conductas lesivas, bajo apercibimiento de multa.
- Tutela restitutoria: El juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada. O sea, el acto vulneratorio es nulo.
- Tutela resarcitoria: El juez indicará en forma concreta las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración.

Como se puede apreciar, en la tutela con ocasión del despido, la reparación será eminentemente resarcitoria, y por regla general, no contemplará una tutela restitutoria, salvo como se ha dicho en el caso del despido por practica antisindical, o discriminación grave, siempre que se opte, en este último caso, por la reincorporación.

V. Formas alternativas de solución de los conflictos.

1. Medios de solución de conflictos

La existencia de conflictos de relevancia jurídica, genera una afectación al orden social cuya solución resulta necesario abordar. La doctrina⁴¹ ha señalado que en la historia de las instituciones procesales, coexisten en el presente tres métodos o posibles medios de solución: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición.

La autotutela como mecanismo de autodefensa, es decir, es un mecanismo coactivo ejercido por uno de las partes en contra de la otra, implica un mecanismo retrogrado, de resolver el conflicto por mano propia. Implica la carencia de un proceso judicial o la ausencia de un tercero imparcial (juez) que solucione el conflicto.

De aplicación y reconocimiento jurídico residual, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, este mecanismo adquiere vigencia en las instituciones como la huelga⁴² y el lock-

⁴¹ GIMENO SENDRA, JOSÉ (1981), “*Fundamentos de Derecho Procesal*”, Madrid, Editorial Civitas, p. 22.

⁴² La huelga debe ser entendida en el Derecho chileno como aquella alteración colectiva de la normalidad productiva que expresa una protesta o un conflicto laboral y cuyo objetivo es la presión sobre el empleador para obtener una o más reivindicaciones de los trabajadores. UGARTE CATALDO, JOSÉ (2016), *Huelga y derecho*, Santiago de Chile, Legal

out del empleador⁴³.

La heterocomposición, por su parte, es la solución al conflicto a través de la intervención de un tercero imparcial, con poder y autoridad suficiente para imponer su decisión. Dicho tercero puede ser el juez en el proceso judicial o el árbitro en el arbitraje⁴⁴

Es la respuesta del Estado como forma de limitar o restringir la autotutela.

La autocomposición, bajo esta denominación se incluyen todas las conductas mediante las cuales, los interesados buscan sus propias soluciones, logrando un avance más humanizado en el resultado de los problemas que enfrentan⁴⁵.

Sin embargo, debido a su naturaleza y extensión, y principalmente a los fines de este trabajo, sólo nos enfocaremos en aquellos mecanismos autocompositivos de carácter bilateral, también denominados por sus efectos, como equivalentes jurisdiccionales.

2. Equivalentes jurisdiccionales

La doctrina procesal señala que los equivalentes jurisdiccionales son actos procesales destinados a resolver ciertos conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada⁴⁶.

También se le ha definido como “todo acto que sin haber emanado de la jurisdicción estatal equivale a los efectos que produce una sentencia en lo que liga con la composición del conflicto jurídico”⁴⁷.

Existen equivalentes de carácter unilateral como lo son, por ejemplo, la renuncia, el desistimiento, etc., y también existen aquellos de carácter bilateral como lo son la transacción, el avenimiento, el finiquito y la conciliación.

Para nuestro estudio, nos enfocaremos única y exclusivamente en los equivalentes

Publishing, 1º Ed., p. 109.

⁴³ Es una facultad legal del empleador, como respuesta a la huelga de los trabajadores, que consiste en impedir el acceso a todos los trabajadores a la empresa o predio o al establecimiento (Art. 353 CT).

⁴⁴ MONTES DE OCA VIDAL, ALIPIO, “*Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*”, Lumen Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, p. 114.

⁴⁵ MORALES, HUGO ITALO (2011), “*La Conciliación Laboral*”, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, N° 3, p. 199.

⁴⁶ COLOMBO CAMPBELL, JUAN (1997), *Los Actos procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1º Ed., p. 377.

⁴⁷ PEREIRA ANABALÓN, HUGO (1993), *Curso de Derecho Procesal*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, p. 104.

de carácter bilateral como mecanismos de solución de conflictos.

De esta manera, entenderemos como equivalente jurídico bilateral a los actos jurídicos queridos y consentidos por las partes de un determinado conflicto de relevancia jurídica, que, reconocidos por la ley, permiten la solución del mismo.

Es un requisito de existencia para los equivalentes jurisdiccionales que estemos en presencia de un conflicto de relevancia jurídica. Si no existe conflicto, no existe equivalente como tal, sino un mero contrato.

Lo que se busca, por regla general, es generar mecanismos compositivos de un conflicto jurídico, en donde las partes, a través de los acuerdos que generen, suplan la voluntad de los órganos jurisdiccionales. Para ello, será necesario que la ley permita el acto de que se trate.

Como todo acto procesal, los equivalentes jurisdiccionales deben cumplir con los requisitos de existencia y validez del acto jurídico. En este sentido, y como objeto del presente estudio resulta relevante que el mecanismo compositivo esté autorizado por la ley, y que verse sobre derechos disponibles. Relevancia adquiere este último punto, principalmente sobre la posibilidad de celebrar acuerdos compositivos cuando el procedimiento versa sobre vulneraciones a derechos fundamentales, los cuales, por esencia no son objeto de disposición.

Sin perjuicio de lo anterior, más adelante veremos que lo transable no es el derecho mismo en su esencia, sino el ejercicio de ese derecho, como titular y sujeto autónomo del mismo.

2.1. El Avenimiento

Esta clase de mecanismo de composición se encuentra reconocida en nuestro sistema en los artículos 434 N° 3 y 711, ambos del Código de Procedimiento Civil. La primera de estas normas, dispone en el juicio ejecutivo como título perfecto al “Acta de avenimiento pasada ante el tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación”. Por su parte, el art. 711 dispone que “el avenimiento pondrá fin al juicio y tendrá la autoridad de cosa juzgada”.

Si bien no existe una definición normativa, a diferencia de lo que ocurre con la transacción, podemos definir el avenimiento como un equivalente jurisdiccional, de carácter bilateral, que pone término a un conflicto de relevancia jurídica, que requiere de aprobación judicial previa.

Al juez le corresponderá controlar y determinar si el contenido del avenimiento se ajusta a derecho. Debemos recordar, que todos los equivalentes jurisdiccionales deben versar sobre derechos disponibles por las partes del conflicto. Por lo tanto, si el acuerdo trata sobre derechos que no son objeto de disposición, el juez debe abstenerse de aprobarlo, y proseguir con la sustanciación del proceso

El avenimiento no requiere de concesiones o renunciaciones recíprocas, sólo se trata de un acuerdo entre partes con el objeto de poner término al proceso, que requiere para su perfeccionamiento la aprobación del juez. A diferencia de la Transacción, que como veremos más adelante, necesariamente requiere de concesiones recíprocas.

2.2. La conciliación

La conciliación es un mecanismo de composición del conflicto, que opera a iniciativa del juez que conoce del proceso. En este sentido, el juez tiene un rol de amigable componedor, de manera tal, que las partes logren alcanzar sus propios acuerdos.

La doctrina procesal la ha definido como “un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa de un juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo”⁴⁸.

También se le ha definido como “El acuerdo o avenencia de las partes, que mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evitan el litigio eventual”⁴⁹

A diferencia del resto de los equivalentes señalados, la conciliación forma parte del proceso, como una exigencia legal del mismo, mientras que la transacción y el avenimiento no tienen ese carácter.

⁴⁸ COLOMBO CAMPBELL, JUAN (1991), *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*, Santiago de Chile, Ed. Legal Publishing, 1° Ed., p. 16.

⁴⁹ COUTURE, EDUARDO (1989), *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires Argentina, Ediciones Depalma, Tomo I., p. 225.

De igual manera, la participación del juez en la conciliación es más activa, puesto que debe iniciar y promover la solución del conflicto, mientras que en el avenimiento, el juez sólo ejerce un control de legalidad, pero no interviene en su génesis, por su parte, en la transacción extrajudicial no existe participación alguna del juez.

Es este rol activo del juez, que deviene como manifestación, en el ámbito laboral, del impulso procesal de oficio, que ha llevado a gran parte de la doctrina⁵⁰ a determinar, que este mecanismo equivalente jurisdiccional busca la composición justa, por cuanto, es el juez el llamado a determinar el equilibrio de las posiciones de las partes, en aras de la búsqueda de la justicia, y no las partes por sí mismas.

En este sentido, se ha señalado que los métodos alternativos pueden ser muy útiles y también indispensables, pero deben asegurar imparcialidad, contradicción e igualdad en el tratamiento de los intereses de todas las partes en conflicto⁵¹. Criterios todos, que resultan patentes en la conciliación, ya que es el juez el llamado a velar por la imparcialidad proponiendo bases de composición justa a los intereses de las partes sometidas a ella.

En materia laboral, la conciliación puede ser judicial o extrajudicial. La conciliación judicial se constituye como un imperativo legal, al cual se encuentra obligado el juez, con independencia del proceso de que se trate, so pena de nulidad del procedimiento (Art. 432 CT). Este llamado debe hacerlo siempre antes de comenzar la etapa probatoria, para, de esta manera, evitar que el juez pueda comprometer su imparcialidad al anticipar el posible resultado del juicio.

La labor del juez no sólo será la de acercar las posiciones de las partes, sino la de proponer directamente bases de acuerdo, sin que sus opiniones puedan ser causal de inhabilitación.

“En el ámbito del Derecho del Trabajo, específicamente, el juez puede avizorar la solución con los elementos de los que dispone, pero en su actividad conciliadora, debe

⁵⁰ COLOMBO CAMPBELL, JUAN (1997), op. cit., p. 241.

⁵¹ TARUFFO, MICHELE citado PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2013), “*Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud*”, Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública, Santiago de Chile, Legal Publishing, 1° Ed., p. 387.

*tratar de no decantar excesivamente la balanza. Es decir, las normas del Código del trabajo destacan por su carácter protectorio, pero el juez, debe ser excesivamente cuidadoso a la hora de fomentar esta solución. Es probable que pueda intuir el resultado, pero todavía, al ser una propuesta temprana debe caracterizarse por su cautela, ya que podría cambiar el signo de su parecer si se sigue adelante con el procedimiento”.*⁵²

Por su parte, la conciliación extrajudicial corresponde llevarla a cabo a la Inspección del Trabajo, como una etapa previa al escenario judicial, de carácter voluntario, por regla general, para el solicitante, pero obligatorio para el requerido. Será obligatorio para el solicitante en aquellos casos en que la cuantía total de lo reclamado se deba ventilar en un procedimiento monitorio, esto es, igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales.

Ambas clases de conciliación persiguen el mismo objeto, poner término al conflicto entre partes, el cual de generarse, producirá el efecto de cosa juzgada (Art. 453 N°2 CT).

“La conciliación actualmente es el tipo de término con mayor relevancia, tanto a nivel del procedimiento monitorio como en el de aplicación general, llegando a constituir la conciliación, en promedio, más de un 40% de los términos aplicados en ambos procedimientos”⁵³.

2.3. La Transacción

La transacción es un mecanismo de composición de los conflictos de carácter bilateral, extrajudicial y reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo efecto propio es el efecto de cosa juzgada.

Legalmente se define como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual (Art. 2446 CC).

La transacción es en si misma un contrato que como tal, requiere la voluntad de los interesados en poner término a un conflicto jurídico, sea que se encuentre pendiente (el proceso) o en vías de generarse.

⁵² DELGADO CASTRO, JORDI (2018), “*Consideraciones sobre el rol y función del juez en el proceso laboral a propósito de la conciliación*”, Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución, Chile, Legal Publishing Chile, 1° Ed., p. 586.

⁵³ LILLO, RICARDO; ALCAINO, EDUARDO, citado por PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2015), “*Proceso Laboral Chileno y La Tutela Judicial Efectiva: Sobre el difícil avance hacia un mejor modelo que no sacrifique postulados elementales del debido proceso*”. Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente, ob. cit, p. 404.

Las partes, para alcanzar el acuerdo, deberán realizar concesiones recíprocas, es decir, ambas deberán ceder en sus posiciones frente al conflicto. Se trata de una renuncia recíproca de derechos en pos de sus aspiraciones para finalizar el conflicto.

Este acuerdo o negocio jurídico se genera fuera del juicio propiamente tal, y para su perfeccionamiento no requiere de la aprobación judicial.

Como corolario a su carácter de equivalente jurisdiccional, la transacción se celebra para efecto de poner término a un conflicto de intereses de relevancia jurídica. Es por ello que, no constituye transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (Art. 2446 inciso segundo CC). Lo esencial, será siempre la existencia de un conflicto jurídico que es objeto de un proceso o dará lugar a él.

Este mecanismo de composición se puede celebrar previo al inicio del proceso, durante el desarrollo del mismo, e incluso una vez que se ha dictado sentencia, pero antes que esta se encuentre firme y ejecutoriada.

2.4. El finiquito

El finiquito, como tal es un acto jurídico bilateral, extrajudicial, es decir, un contrato que constata y regula las condiciones de término del contrato de trabajo.

También se le ha definido como *“un acto jurídico de carácter bilateral, en que las partes del contrato de trabajo, con motivo del término del mismo, dejan constancia del cumplimiento de las obligaciones de cada parte, y de las excepciones o reservas del caso. El propósito en definitiva del finiquito, es dar constancia del término de la relación laboral y saldar las cuentas que pudieren existir y que derivan del contrato de trabajo”*⁵⁴.

Atendida su naturaleza contractual, se le ha otorgado el carácter de ser una especie de transacción extrajudicial.

Así lo ha señalado nuestra Excma. Corte Suprema, que conociendo de un recurso de unificación ha declarado que *“En ese sentido, el finiquito es una transacción en la especie, contrato por el que las partes precaven un eventual litigio, de acuerdo con lo*

⁵⁴ Definición extraída de la historia fidedigna de la ley 20.684, que establece plazo para el otorgamiento del finiquito, publicada con fecha 23 de agosto de 2013, Boletín 7467-13, Primer informe comisión del trabajo, pág. 7.

*dispuesto en el artículo 2446 del Código Civil- en la que se ajustan cuentas pendientes,*⁵⁵.

Atendida su importancia en materia laboral, le hemos tratado en un apartado diferenciado del título dedicado a la transacción.

Para que el finiquito genere efectos, y pueda ser invocado por el empleador es necesario que sea firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado sindical respectivos, o bien, que sea ratificado por el trabajador ante un Ministro de fe.

Actúan como ministros de fe, para estos efectos, el inspector del trabajo, el notario público de la localidad, el oficial del registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente.

A diferencia del resto de los equivalentes jurisdiccionales, la ley ha impuesto un plazo al empleador para poner a disposición del trabajador el finiquito y su pago, siendo éste de 10 días hábiles. Antes de la entrada en vigencia de la ley 20.684, no existía un plazo para extender el finiquito, quedando éste al arbitrio del empleador, debiendo el trabajador acudir a los órganos administrativos o judiciales para obtener su pago.

Todas estas exigencias, derivan del carácter protector en que se constituye nuestro derecho laboral, al proteger al contratante más débil de la relación laboral, de manera tal, que el simple concurso de voluntades no es suficiente para su perfeccionamiento, sino que resulta necesario dotarlo de seguridad y certeza jurídica.

Al igual que el resto de los mecanismos compositivos, el finiquito genera el efecto de cosa juzgada. Lo anterior, queda de manifiesto conforme lo dispone el art. 464 N° 3 que señala precisamente como título ejecutivo laboral el finiquito que cumple con los requisitos legales.

Sin perjuicio de lo anterior, su efecto no es expansivo, es decir, el finiquito no pone término a todas las obligaciones laborales, sino sólo a aquellas que se han acordado entre las partes y que han quedado debidamente establecidas en el respectivo instrumento.

En este sentido la sentencia ya citada de la Excma. Corte Suprema, señala que “es

⁵⁵ Excma. Corte Suprema, Rol 34.574-2017, de fecha 07 de marzo de 2018.

dable exigirle la especificidad necesaria, en atención no sólo a los bienes jurídicos en juego, esto es, derechos laborales de orden público, sino también porque se trata de evitar o eludir un pleito, una controversia, entre quienes comparecen a dicho ajuste de cuentas, de ahí que es necesario requerir la máxima nitidez en cuanto a las materias, derechos, obligaciones, prestaciones e indemnizaciones sobre los cuales se ha formado el consentimiento, con el objeto precisamente de impedir discusiones como la presente en que una parte entiende que no ha transado y la otra, supone el acuerdo. De ese modo - con la nitidez sobre los temas que versa el acuerdo- podrá exigírsele a cada parte que cumpla con lo acordado, desde que constituye una ley para los contratantes y en el que debe concurrir la buena fe”.

Es decir, el efecto liberatorio del finiquito, deja a resguardo, por una parte, las obligaciones pendientes o nuevas contraídas con ocasión de su celebración (acción de cosa juzgada), así como también, respecto de toda aquella prestación u obligación laboral que no se haya extinguido expresamente.

En este último caso, la ineficacia del instrumento, deviene, por una parte, por no cumplir con la triple identidad (igualdad de partes, igualdad de objeto e igualdad de causa de pedir), verbigracia, el finiquito versó sobre obligaciones e indemnizaciones laborales, el trabajador deduce demanda por accidente de trabajo, reclamando indemnizaciones propias de la ley 16.744, las cuales no fueron objeto de transacción en el finiquito celebrado (la causa de pedir es diversa).

Por otra parte, la ineficacia se genera producto de la reserva de acciones que ha realizado el trabajador expresamente en el finiquito.

Nuestra judicatura ha definido la reserva de derechos como *“un acto unilateral no recepticio, que la legislación ha reconocido tácitamente como un derecho irrenunciable del trabajador y que lo habilita para interponer las acciones legales para reclamar por la vía judicial del derecho reservado⁵⁶.*

Interesante resulta la definición dada, ya que considera la reserva de derechos como un acto unilateral del trabajador, que no requiere de consentimiento o la aquiescencia del

⁵⁶ I. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 66.504-2018, de fecha 05 de noviembre de 2018.

empleador, aun cuando, el finiquito, por esencia, es un acto jurídico bilateral.

Recordemos que el finiquito es una especie de transacción, que, como tal, para su perfeccionamiento requiere del consenso de voluntades. El cual, una vez celebrado genera el efecto de cosa juzgada. Es decir, el efecto propio de una sentencia firme y ejecutoriada, lo cual implica, impugnabilidad e inmutabilidad, para ser revisada en un proceso ulterior. Sin embargo, este acuerdo de voluntades se ve alterado, producto de un acto posterior, ejercido discrecionalmente por el trabajador, el cual podrá discutir en fase administrativa o judicial los conceptos que fueron objeto de reserva, sin que el empleador pueda beneficiarse de la excepción de cosa juzgada.

Acorde con lo expuesto en el párrafo precedente, se encuentra la Inspección del Trabajo, en cuya doctrina ha señalado que *“si el finiquito es una convención en que han consentido voluntariamente el trabajador y empleador, produciendo recíproco y pleno valor liberatorio, no es susceptible, a juicio de la suscrita, de ser modificado o desvirtuado posteriormente por una declaración unilateral de una de las partes que lo otorgó, sin que concurra la voluntad del otro contratante”*⁵⁷.

Por otra parte, la definición dada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, señala que la reserva es un derecho irrenunciable del trabajador. Puede ser comprensible este carácter cuando se trata de derechos indisponibles, como lo son los derechos fundamentales, o los derechos protegidos por la ley, como ocurre con en el caso que las cotizaciones previsionales no se encuentren íntegramente pagadas. Sin embargo, resulta discutible, cuando se trata de prestaciones u obligaciones objeto de disposición, ya que precisamente el artículo 5 inciso segundo del CT que establece la irrenunciabilidad de derechos, dispone que este carácter se encuentra vigente mientras subsista el contrato de trabajo, por lo tanto, al poner término al mismo, la irrenunciabilidad de derechos pierde su eficacia, pudiendo ser objeto de disposición por parte del trabajador.

Con todo, la tendencia actual en materia de reserva de derechos es ha considerarlo como un acto unilateral del trabajador, que no puede ser negado ni desconocido por parte

⁵⁷ Inspección del Trabajo, Ordinario 3115, de fecha 09 de julio de 2018.

del empleador ni del ministro de fe que autoriza⁵⁸.

Manifestación de ello, es el actual proyecto de ley N° 13561-13⁵⁹, de fecha 02 de junio de 2020, iniciado en la Cámara de diputados, que propone el reconocimiento legal del carácter irrenunciable de la reserva de acciones del trabajador.

Incluso se ha llegado al absurdo, de reconocer efectos a la reserva, aun cuando ésta no ha sido especificada expresamente en el respectivo finiquito, esto es lo que ha ocurrido recientemente, a propósito del finiquito laboral electrónico⁶⁰.

La Ilma. Corte de Apelaciones de Chillán, rechazando un recurso de nulidad interpuesto por el empleador, ha declarado: *“Que la doctrina y jurisprudencia acepta la reserva de derechos y acciones que pueden efectuar los trabajadores en los finiquitos, considerando la reserva como un acto unilateral que el legislador ha establecido como un*

⁵⁸ Son múltiples los recursos de protección interpuestos contra los Notarios. Así I. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 66.504-2018, de fecha 05 de noviembre de 2018, declara: **UNDÉCIMO:** Que así las cosas, lo cierto es que el Notario recurrido a actuar como lo hizo, esto es, al haber desconocido la real manifestación de voluntad de unos de los suscriptores del documento, vedándole la posibilidad de explicitarla en el finiquito, se condujo de manera ilegal, dado que atendida la clara existencia de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en favor de los trabajadores, vulneró su derecho a la igualdad, al establecer una diferencia arbitraria frente a los demás, al impedirle que pudiera ejercer su derecho de expresar su ánimo de firmar el finiquito con reserva de acciones.

A este respecto no es posible soslayar que el artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales señala como funciones del Notario, entre otras, la de dar fe de los hechos para que fueren requeridos y que no estuvieran encomendados a otros funcionarios. Pues bien, incumple dicho deber el funcionario que impone a un trabajador la firma de un finiquito del modo en que lo propone el empleador sin permitirle plasmar en el documento su voluntad manifestada verbalmente ante él, de hacer reserva de derechos.

En este mismo sentido, no puede escudarse el recurrido en la instrucción que le habría formulado el empleador en orden a impedir una reserva claramente manifestada, ni tampoco en el parecer expresado en aquella oportunidad por quien comparecía en su nombre, pues ello, además de que difiere de la conducta que es esperable de un servidor público que debe velar por la veracidad de las actuaciones que ante él se realizan, lesiona el derecho del trabajador y puede, también, erigirse en un mecanismo de presión ilegítima para obtener la suscripción de un finiquito en forma pura y simple, a cambio del pago de las prestaciones que en él se contienen;

DUODÉCIMO: Que luego de lo dicho, habiéndose incurrido por parte del auxiliar de la administración de justicia en un acto ilegal, transgrediendo con ello la garantía constitucional que la Carta Fundamental reconoce a la recurrente en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al habersele otorgado un trato discriminatorio, el presente recurso deberá necesariamente ser acogido, con la finalidad de restablecer de inmediato el imperio del derecho.

⁵⁹ Señala el proyecto: Artículo Único. “Modifíquese el artículo 177 del Decreto con Fuerza de Ley 1 de 16 de enero de 2003, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, incorporando a continuación del punto final, que pasa a ser punto seguido, la siguiente oración: “Todo finiquito deberá incluir siempre una cláusula en que conste la reserva de acciones y derechos que el trabajador pueda ejercer oportunamente en contra de su empleador, la que tendrá carácter de irrenunciable salvo en los casos de mutuo acuerdo donde, de existir renuncia, ésta deberá constar expresamente.”

⁶⁰ El finiquito laboral electrónico es el instrumento digital que ha habilitado la Inspección del Trabajo, en su plataforma online, certificando en su calidad de ministro de fe, la identidad y acuerdo de los otorgantes y que el pago se haya realizado mediante transferencia electrónica en la cuenta bancaria del trabajador. A través de este instrumento, las partes no requieren de comparecer presencialmente a su firma ante un ministro de fe.

derecho irrenunciable del trabajador y que lo habilita para interponer las acciones legales y reclamar por la vía judicial el derecho reservado.

Que de acuerdo a lo anterior, resulta incuestionable que el trabajador al momento de suscribir un finiquito debe tener la posibilidad de formular reserva y, en el presente caso la recurrente no impugna lo sostenida por la sentenciadora, respecto que en la plataforma de acceso al finiquito electrónico creado por la Dirección del Trabajo no es posible formular reserva alguna.

Por lo anterior, estos sentenciadores concuerdan con la conclusión de la juez a quo en el sentido que el finiquito en este caso carece de poder liberatorio, y no puede impedir a la trabajadora recurrir a los tribunales en defensa de sus derechos, ya que la trabajadora se encontraba impedida de manifestar su voluntad en orden a la reserva, lo que atenta contra sus derechos procesales y laborales, creándose una diferencia arbitraria respecto de los trabajadores que firman un finiquito presencial, conculcando el derecho constitucional a la igualdad⁶¹”.

Bastante cuestionable resulta este planteamiento, por cuanto la discusión no se centra en el cumplimiento o no de los requisitos legales para su otorgamiento (requisitos de validez), sino únicamente, a la imposibilidad que ha tenido el trabajador de poder suscribir una reserva, ya que la plataforma de la Inspección del Trabajo no se lo permite, afectando de esta forma el poder liberatorio del mentado instrumento. Como se aprecia, la judicatura ha impuesto un requisito adicional al finiquito, que consistiría en la posibilidad que el trabajador haya renunciado a su derecho de estampar una reserva de acciones.

Lo anterior es relevante, ya que la Dirección del Trabajo ha sostenido, respecto del finiquito electrónico, que este produciría “en términos generales” los mismos efectos que el ratificado presencialmente, haciendo, eso sí, la salvedad que no admite reservas y que el trabajador que quiera formularlas “debe recurrir presencialmente ante las oficinas de la Inspección del Trabajo, activando el correspondiente reclamo administrativo por término de relación laboral, o bien, suscribir el finiquito por los medios presenciales ante los

⁶¹ I. Corte de Apelaciones de Chillán, ROL 231-2020, de fecha 23 de febrero de 2021.

ministros de fe que correspondan”⁶².

Es decir, al trabajador no se le ha vedado su derecho a la reserva de acciones, ya que de no estar de acuerdo con los términos del finiquito electrónico, siempre tuvo a resguardo la posibilidad de acceder a la firma presencial o bien, de iniciar el procedimiento de reclamación ante la Inspección del Trabajo, e incluso de demandar directamente.

Con todo lo expuesto, se puede apreciar que la eficacia del finiquito se encuentra condicionada, por una parte, a la especificidad de las materias o negocios que se transigen, y por la otra, a la existencia posterior de una reserva de derechos generada por el trabajador. En ambos casos, el finiquito no tendrá el carácter de transacción, y por lo tanto, carecerá de poder liberatorio para el empleador, habilitando al trabajador para interponer la acción judicial respectiva.

VI. De los mecanismos de autocomposición en el procedimiento de tutela laboral

1. Renuncia del derecho

Sabemos que conforme lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo del CT., los derechos labores son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

El artículo 5 no es sólo el reconocimiento expreso de la función limitadora de los derechos fundamentales en relación a los poderes o facultades patronales en el ámbito del trabajo, sino también, es la norma estructural que balanza el desequilibrio existente entre las partes del contrato de trabajo.

A través de esta norma, el empleador no podrá, prelado de su poderío económico, tomar ventaja sobre el trabajador, para lograr desequilibrar los términos del contrato de trabajo en su favor.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales, pone fin a toda posibilidad de fuerza moral, que pueda padecer el trabajador por encontrarse en estado de dependencia de su empleador, y se extenderá, mientras se mantenga vigente el vínculo contractual. Lo anterior, es lógico, ya que una vez terminada la relación laboral, se pone término a la

⁶² Manual de Usuario del Finiquito Laboral Electrónico, ver https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-117005_archivo_01.pdf

asimetría existente entre las partes, de manera tal, que los derechos laborales se incorporan dentro del patrimonio del trabajador, pudiendo por tanto, disponer libremente.

Sin embargo, qué es lo que sucede respecto a los derechos fundamentales.

Durante los primeros años de entrada en vigencia de la ley 20.087, los criterios judiciales eran disímiles al respecto. Existen aquellos que reconocen la renunciabilidad de derechos una vez finalizado el vínculo laboral, y por tanto, reconocen efecto liberatorio a los finiquitos celebrados⁶³. Otros, por otra parte, desatienden el efecto liberatorio del finiquito, a propósito de derechos fundamentales.

Así la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió que *“No es posible liberar al empleador de todas sus obligaciones contractuales y legales provenientes de la relación laboral que tiene con el trabajador, especialmente respecto de la obligación de seguridad, mediante un finiquito suscrito por las partes, porque, aun cuando pareciera que a la luz del artículo 5° inciso 2° del Código del Trabajo ello es procedente, no sucede así, ya que aun terminada la relación laboral, la renuncia formulada por el trabajador es ineficaz en la medida que no se vincula con el puro interés patrimonial individual del actor, sino con un bien jurídico o interés colectivo, como lo es el derecho a la integridad física y psíquica, el que dado su carácter de garantía constitucional, es indisponible entre las partes, no pudiendo ser objeto de renuncia⁶⁴”*.

Sabemos, que conforme nuestro sistema, los derechos fundamentales se alzan como verdaderos límites infranqueables para el empleador, que operan en todo momento, tanto al inicio de la relación laboral, como en su desarrollo y conclusión. Sin embargo, su aplicación no es absoluta, por cuanto reconocen como límites el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales, la moral, el orden público y el bien común.

En este sentido, los derechos fundamentales, en cuanto al derecho mismo, no resulta posible su renuncia como acto abdicativo que separe el derecho de su titular⁶⁵. Atendido su status jurídico son irrenunciables e irreductibles.

Sin embargo, es posible, como límite, que el titular del derecho fundamental, opte por

⁶³ Excma. Corte Suprema, Rol 15401-2005, fecha 26 de abril de 2007.

⁶⁴ Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 17-2007, fecha 24 de agosto de 2007.

⁶⁵ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2008), op. cit. p.161.

la prevalencia de otra garantía fundamental, como lo es la libertad, principalmente la libertad de ejercicio.

Como señala Aldunate, lo que protege la Constitución es al titular de un derecho frente a intromisiones en su ejercicio, pero no le impone una modalidad específica de este ejercicio. De esta manera, debe denunciarse como impropia y contraria a la vigencia de los derechos fundamentales un enfoque que pretende asegurar ciertos derechos en contra de las decisiones sobre su ejercicio tomadas por sus propios titulares⁶⁶.

De esta manera, al trabajador que se ha puesto término a su contrato de trabajo con vulneración de derechos fundamentales, tendrá la libertad de elegir, entre denunciar la conducta antijurídica desplegada por el empleador, o autolimitar sus derechos, a través de la firma del correspondiente finiquito. Lo anterior, sin perjuicio de lo que ya se ha señalado respecto a la reserva de derechos.

2. Problema del art. 495 CT.

Todos los mecanismos compositivos son susceptibles de ser celebrados en un pleito de naturaleza laboral. Así la conciliación constituye un trámite esencial del procedimiento, no siendo la excepción en materia laboral, es tal su importancia que su omisión puede acarrear la nulidad del proceso. Por su parte, como se señaló, el avenimiento, y la transacción pueden ser celebrado en cualquier etapa del procedimiento, y siempre que la sentencia no se encuentre firme y ejecutoriada, con la salvedad que el avenimiento requiere de aprobación judicial, mientras que en la transacción no se exige este requisito. Finalmente, como señalamos el finiquito, por mandato legal, debe ser puesto a disposición por el empleador, al trabajador dentro de un plazo de 10 días contados desde la separación del trabajador.

Todos los mecanismos compositivos o equivalentes jurisdiccionales tienen como presupuesto que deben versar sobre derechos disponibles.

A diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los procedimientos laborales, en el procedimiento ordinario por vulneración de derechos fundamentales, la ley pareciera haber otorgado al juez el control de los mecanismos compositivos que puedan celebrarse

⁶⁶ Supra ALDUNATE.

como equivalentes jurisdiccionales, al permitir su revisión.

Así señala el penúltimo inciso del artículo 495 del Código del Trabajo que, *“En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”*.

En materia laboral, especialmente en el procedimiento de tutela, el legislador pareciera alejarse del criterio clásico, aplicado en el contencioso civil, en que las partes son libres de celebrar los acuerdos que estimen pertinentes, con el objeto de solucionar sus diferencias. En este sentido, el art. 495 CT restringe su aplicación como una herramienta de libre disposición, para efectos de poner término a un conflicto de esta naturaleza.

3. Crítica a la norma

El control contenido en el artículo 495 del CT no expresa de manera clara y precisa el marco de la imperatividad. Es decir, la abstención judicial se ejerce respecto de todos los acuerdos compositivos que emanen de las partes, o sólo de aquellos en los que participa el juez como requisito de validez.

En principio, conforme lo dispuesto en los artículos 434 N° 3 y 711 ambos del Código de Procedimiento Civil, el único que requiere de aprobación judicial es el avenimiento, pero qué ocurre con el resto de los mecanismos autocompositivos posibles, en que no es necesaria la concurrencia del juez, como requisito de eficacia del acto jurídico. Así sucede por ejemplo con la transacción, la conciliación extrajudicial o el finiquito. ¿Se extiende la prohibición, a esta clase de instrumentos procesales?

Por otra parte, de la disposición normativa, importante es determinar en qué momento opera este control judicial. Podríamos estimar que opera durante todo el contencioso procesal, como, por ejemplo, al redactar un acuerdo en la etapa conciliatoria; o bien, solo opera luego de dictada la sentencia condenatoria, pero antes de que ésta quede firme y ejecutoriada.

Como se advierte, los problemas evidenciados adquieren relevancia, y como tal,

requieren una solución clara, por cuanto, influyen directamente en la facultad que tienen las partes de poner término al proceso tutelar mediante un equivalente jurisdiccional, condicionando el acuerdo a un examen posterior de revisión por parte del juez de la causa.

En este sentido, podrá el empleador denunciado, que ha celebrado un acuerdo *privata inter*, tener la seguridad del alcance del efecto alcanzado.

Una disposición de esta naturaleza, podría afectar la seguridad y certeza jurídica, al condicionar el efecto de cosa juzgada, a un posterior control efectuado por parte del juez laboral.

Teniendo presente, la gran proliferación de los juicios tutelares existente, una norma que limite o restrinja las actuaciones de las partes, para arribar a un acuerdo, debe tener un sentido y alcance claro y determinado.

4. Mecanismos compositivos objeto de control judicial.

El proyecto de la ley 20.087, establecía en su artículo 512 que: *“La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:(..) En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar **cualquier tipo de transacción** que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”*.

Se puede apreciar claramente, del tenor del proyecto de ley, que el control ejercido por el juez lo sería únicamente respecto de la transacción como equivalente jurisdiccional, excluyendo al resto de los mecanismos compositivos.

Sin embargo, durante el segundo informe de la comisión del trabajo, la indicación número 233, del Presidente de la República, reemplazó, en su inciso segundo, el vocablo “transacción” por “acuerdo”⁶⁷.

Esta modificación, no implica un mayor avance jurídico, por cuanto, a diferencia de la transacción, los restantes mecanismos compositivos que se podrían celebrar durante el contencioso laboral, requieren una participación activa del juez, como lo es, por ejemplo,

⁶⁷ Se aprobó esta indicación, con los votos a favor de los Honorables Senadores señores Canessa, Parra, Prokurica y Ruiz De Giorgio.

la conciliación o el avenimiento. En cuyo caso, es el juez el llamado a velar por el respeto de los derechos fundamentales.

En la transacción, por su naturaleza contractual, no requiere de revisión o aprobación judicial para su perfeccionamiento. Es por ello, que aun cuando la norma sólo hiciera referencia a la transacción, el juez en su labor, estaría facultado para realizar el control del resto de los mecanismos compositivos, sin necesidad de norma expresa. El finiquito, no sería un instrumento excluyente, ya que como se ha dicho, este tipo de acto jurídico liberatorio, tiene una naturaleza transaccional, debiendo, por tanto, equipararse a la transacción.

Sin embargo, creemos que la modificación resultaba necesaria principalmente por: i. La proliferación de los equivalentes jurisdiccionales, como mecanismos alternativos de término del proceso, de manera tal, de especificar el carácter de los instrumentos sometidos a control; ii. El desequilibrio económico de las partes que soportan el proceso. El principio protector sobre el que se cimenta nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral, supone el equilibrio de la parte más débil en la relación laboral, el trabajador, el cual, producto de la tardanza que le puede representar el proceso judicial, especialmente la etapa recursiva, puede ser seducido a lograr acuerdos económicos en post de sus garantías constitucionales. iii. La naturaleza jurídica del equivalente jurisdiccional: Precisamente la finalidad de los mecanismos de composición es producir el efecto propio de una sentencia firme y ejecutoriada, entonces, dejar al arbitrio del juez definir cuáles equivalentes jurisdiccionales, además de la transacción, serían objeto de control, podría generar en las partes, la necesidad de deducir recursos, afectando la eficacia del equivalente celebrado.

De esta forma, la modificación propuesta, y que, en definitiva, forma parte del actual enunciado normativo, es omnicompreensiva de todos los mecanismos compositivos, incluyendo no sólo la transacción, sino todos aquellos en que se requiera el acuerdo de las partes.

5. Juez a cargo del control

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, los procedimientos tutelares, se ventilan conforme el procedimiento ordinario, lo que implica un contencioso formado por dos

audiencias. La primera, de carácter preparatoria del juicio, que comienza con una relación somera de la demanda y su contestación, en donde se ventilan incidentes de previo y especial pronunciamiento, y el llamado a conciliación que debe efectuar el juez, proponiendo bases de acuerdo. De no existir acuerdo, el juez recibirá la causa a prueba, fijando los hechos que deben ser probados, correspondiendo a cada parte el ofrecimiento de su prueba. La segunda audiencia, es la de juicio propiamente tal, que implica la incorporación de la prueba al juicio y las observaciones o alegatos de clausura.

Dada la gran cantidad de carga existente en los tribunales, por regla general, las causas no quedan radicadas en un juez, de manera tal, que es perfectamente posible, que el juez de la audiencia preparatoria no coincida con el juez que conoce del fondo del asunto, en la audiencia de juicio.

Comprendiendo que el juez que conoce de la audiencia preparatoria no conoce del fondo de la acción vulneratoria interpuesta, debido que la prueba aun no se ha incorporado al proceso, de manera tal, que éste no ha podido percibir, apreciar ni analizar los antecedentes probatorios, deberá abstenerse, por tanto, de efectuar un control judicial de los mecanismos compositivos a los que arriben las partes en el proceso.

En este sentido, la labor del juez de la audiencia preparatoria, consiste en ejercer un control y observancia de legalidad procesal, respecto de las reglas que ha establecido el legislador para el desarrollo de dicha audiencia (Art. 453). Sin embargo, esto no implica la facultad de efectuar un control de juricidad de los acuerdos a los que arriben las partes en un contradictorio en que se ha denunciado vulneración de derechos fundamentales. Lo anterior, por que el juez aun no ha formado su convicción respecto de las cuestiones debatidas en el proceso, etapa reservada para la audiencia de enjuiciamiento o de juicio, en que se ventilará la prueba.

De permitir que el sentenciador de la preparatoria, pueda efectuar un control judicial del instrumento compositivo en un juicio lesivo de derechos fundamentales, afectaría las garantías básicas del proceso, que se enmarcan en la imparcialidad del juez, igualdad de las partes y derecho de defensa.

En esta etapa procesal, la actividad del juez no puede propiciar la búsqueda de la eficacia extrema, so pena de sacrificar la eficacia del proceso. El exceso de entusiasmo

activista del sentenciador, puede afectar las bases sobre las cuales se construye el proceso laboral.

Como señala Matamala Souper⁶⁸, la fiabilidad de la información que se incorpora en el proceso sufre muchas veces una contaminación consciente por parte del juez. Sin embargo, creemos que esta contaminación no puede irrogar potestades absolutas que implique un desequilibrio de la balanza en la aplicación de justicia.

En este sentido, la regla indiciaria establecida en los procedimientos tutelares no constituye una liberación de prueba para el denunciante, ni mucho menos una presunción que habilite al juez de la preparatoria, para ejercer el control de los mecanismos compositivos. No habiéndose acreditado los hechos denunciados, las partes son libres de celebrar los acuerdos que estimen pertinentes.

Con todo lo expuesto, queda establecido que el control judicial debe ser ejercido por el sentenciador del fondo, es decir, respecto de aquel que se ejerce la actividad probatoria judicial. Sin embargo, la oportunidad desplegada para ejercer el control no opera en todo el contencioso desplegado en la audiencia de juicio, como se verá, sólo opera en la etapa de sentencia.

6. Oportunidad procesal del control judicial

El mentado artículo 495 objeto de análisis señala *“En cualquier caso, (...) se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales”*.

Conforme la disposición citada, podríamos creer que el juez en cualquier etapa del procedimiento, tendría la obligación de revisar los acuerdos a que arriben las partes en el contencioso tutelar, principalmente, por que la norma utiliza la expresión *“en cualquier caso”*. Sin embargo, como se ha expuesto, este es un imperativo impuesto sólo al juez que conoce del fondo de la acción deducida, por cuanto es éste el que tomará conocimiento de la existencia o no de la vulneración de derechos fundamentales denunciada.

⁶⁸ MATAMALA SOUPER, PEDRO (2015), *“Juez Laboral y Proceso Igualitario. Disfunciones orgánicas y una mirada desde la otravereda”*, Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente, ob. Cit., p. 180.

En la etapa de la audiencia preparatoria, el juez sólo ha conocido de los hechos por la relación que ha hecho de la demanda y su contestación. Ni aun la enunciación de los indicios se constituye como un elemento de presunción, para que el juez pueda, so pretexto de incurrir en un vicio de nulidad, efectuar la revisión o control de los acuerdos compositivos.

Los indicios suficientes se constituyen como una regla que recibe aplicación en el iter probatorio y no antes, por cuanto es el juez del fondo, quien determinará su aplicación en conformidad con la prueba rendida en el proceso.

Ahora bien, la oportunidad procesal de control no se extiende durante todo el contradictorio de juicio, sino únicamente, una vez finalizado éste. Lo anterior, se desprende por la ubicación sistémica en que se encuentra prescrita la imperatividad, la cual se enmarca a propósito del contenido de la sentencia.

Recordemos que el artículo 495 del CT establece el contenido adicional que debe contener la parte resolutive de la sentencia. Es decir, se trata de requisitos adicionales a aquellos dispuestos en el art 459 del Código del Fuero.

De manera tal, que, si el legislador impuso al juez la obligación de abstención de autorizar los acuerdos celebrados por las partes, lo lógico y razonable sería, que su aplicación se efectuare una vez que el sentenciador haya alcanzado el convencimiento absoluto de la existencia de la vulneración denunciada, lo que sólo puede ocurrir con la sentencia.

En conformidad a lo anterior, estimamos, que el control judicial sólo puede ser llevado a cabo, una vez dictada sentencia, pero antes de que esta se encuentre firme y ejecutoriada.

De esta manera, el mecanismo compositivo, por una parte, mantiene su naturaleza jurídica de ser un equivalente jurisdiccional, puesto que la sentencia aún no se encuentra firme y ejecutoriada, y por la otra, el sentenciador y las partes habrán adquirido convicción de la existencia de la vulneración alegada, resultando consecuente, entonces, que el juez vele por que la conducta lesiva no quede impune a través del acuerdo.

7. Problema de la sentencia anticipatoria en el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales.

Hasta el momento, hemos señalado que el procedimiento de tutela laboral se ciñe conforme las reglas del procedimiento ordinario, que como tal se sustenta en la garantía del debido proceso, esto es, mediante un procedimiento razonable y justo.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador, ha dispuesto la posibilidad que el juez, en su primera resolución, pueda satisfacer de manera anticipada las pretensiones del demandante, sin oír a la parte denunciada, cuando se trate de lesiones que por su gravedad o cuya vulneración, pueda causar perjuicios irreparables.

De esta manera, el art. 492 del CT prescribe: *“El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes.*

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno”

De esta forma, se le ha denominado a la sentencia anticipatoria como *“la satisfacción inmediata de la pretensión del demandante, total o parcialmente, cuando de los antecedentes aportados por él, y sin haber escuchado a la contraparte, aparezca que inminentemente podrá provocarse un perjuicio irreparable por la solución tardía del asunto”*⁶⁹

Esta circunstancia, que el juez pueda resolver, de forma anticipada la pretensión del actor, *inaudita altera parte*, es lo que se denomina como sentencia anticipatoria. Recordemos que conforme lo dispone el art. 495 del CT, la sentencia debe contener, en caso de verificarse los hechos denunciados, el cese inmediato de la conducta

⁶⁹ ETEROVIC BARREDA, PABLO (2010), *“La tutela anticipada y su constitucionalidad: El caso de la jurisdicción laboral”*, Actualidad laboral: Departamento de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Facultad de Derecho Universidad de Chile, Junio-Julio, N° LXXXVIII, p. 12.

vulneratoria; y precisamente, lo que permite el citado art. 492 es la suspensión anticipada de los efectos de la lesión invocada.

Se puede apreciar entonces, que la tutela anticipatoria lo que permite es inhibir un acto o conducta ejercido por el empleador. No persigue retrotraer al estado anterior de la conducta antijurídica ni mucho menos indemnizar el daño generado, todas las cuales, deben ser resueltas previo cumplimiento de la fase de cognición del proceso.

Como señala Planet, *“esta suspensión se puede obtener en cualquier momento del juicio, lo que facilita la aceleración de la inhibición del acto”*⁷⁰.

Esta facultad no ha sido vista con buenos ojos por la doctrina, por cuanto se trata de un atentado al debido proceso.

Palavecino, respecto a la sentencia anticipatoria en el procedimiento monitorio, señala que *se autoriza al juez a dictar la sentencia pronunciándose sobre el fondo de la demanda prematuramente, esto es, sin audiencia previa del demandado, no solo burla en forma directa el mandato de la Constitución, configurándose como una disposición legal abiertamente inconstitucional, sino que además infringe el sistema de garantías y derechos que las naciones civilizadas denominan debido proceso y que la propia Carta Fundamental recoge bajo la expresión “procedimiento racional y justo”*⁷¹.

Por su parte, Ruay señala que *“si bien existe una consagración expresa en la ley que otorga al juez la potestad de decretar la suspensión de los efectos del acto impugnado, cumpliendo al menos con el principio de juridicidad en tanto potestad tipificada, al realizar un análisis desde el debido proceso, nos cabe la posibilidad de criticar la imposibilidad de recurrir de la resolución en cuestión, y con ello eliminar el contradictorio, y la bilateralidad”*⁷²

¿Procede entonces celebrar acuerdos compositivos?

Si lo pretendido por el actor, ya ha sido concedido en forma anticipada por el juez

⁷⁰ PLANET SEPÚLVEDA, LUCÍA (2010), *“Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el mobbing en Chile”*, Revista Chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 1, N° 1, p.117.

⁷¹ PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2015), op cit., pp. 170-171.

⁷² RUAY SÁEZ, FRANCISCO (2015), *“La “función” cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”*, Revista Ius et Praxis, año 21, Universidad de Talca- Facultad de ciencias jurídicas y sociales, N° 2, p.466.

laboral, no existirá, en principio, un interés en celebrar o alcanzar un acuerdo compositivo. Lo mismo ocurre para el empleador, ya que, si los efectos propios de una sentencia inhibitoria han sido alcanzados, de forma anticipada, cuál será el incentivo que tendrá de alcanzar un acuerdo.

Como lo pretendido es el cese de la conducta que se alega antijurídica, una vez obtenida en la primera resolución que se emane, el empleador deberá cumplir so pena de las multas que señala la norma, las que podrán repetirse hasta el efectivo cumplimiento de lo decretado.

En este caso, el equivalente jurisdiccional pierde eficacia, por un criterio de oportunidad. La anticipación de la sentencia, previo al contradictorio, quita mérito a las partes de celebrar acuerdo compositivos.

Distinto es el caso, si se ha otorgado en forma parcial lo pretendido, ya que respecto de aquella parte, en que no se ha satisfecho el interés del denunciante, resultará posible celebrar los acuerdos que estimen pertinente las partes. En este caso, el control judicial del mecanismo, seguirá las mismas reglas que hasta ahora se han esgrimido.

8. Efectos del control judicial

Conforme lo dispone el artículo 495 del CT., el efecto es velar por que la conducta vulneratoria de derechos fundamentales no quede impune. No nos referimos, a la impunidad sancionatoria, sino más bien, como un criterio disuasivo que impida que el denunciado, pueda por la vía del acuerdo, mantener la conducta antijurídica denunciada, eludiendo los efectos de la sentencia condenatoria.

Los efectos serán los mismos, sea que se trate de un procedimiento vulneratorio de derechos fundamentales durante la vigencia de la relación laboral o bien con ocasión del despido. En este sentido, la norma es comunitaria de ambos procedimientos.

Así, en aquellos en que la relación laboral se encuentra vigente, el control judicial será ejercido respecto de todos los medios de composición, aun cuando por su naturaleza intrínseca no requiera de aprobación judicial. Lo anterior, fundado en los fines que persigue el procedimiento tutelar, y atendida la naturaleza de sus normas las que adquieren el carácter orden público y por lo tanto, indisponibles para las partes. Por lo que

en estos casos, el juez deberá velar, porque la conducta atípica haya cesado, retrotrayéndola al estado anterior, y de no ser posible, que el acuerdo contenga medidas de reparación por los hechos lesivos.

En el procedimiento de tutela laboral con ocasión de despido, el control judicial también versa respecto de todos los instrumentos compositivos. Sin embargo, se podría llegar a creer, que en esta clase de tutela, se eximiría de control la transacción extrajudicial. Lo anterior, conforme una interpretación errada de lo dispuesto en el art. 5 CT, que trata sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, mientras la relación laboral se encuentre vigente. Resulta que, precisamente, estamos ante un caso en que la laboralidad dejó de estar vigente y por lo tanto, es perfectamente posible que las partes puedan arribar a acuerdos económicos, estableciendo libremente sus términos y concesiones. Además, en esta clase de procedimiento tutelar, la regla general en medidas de reparación ante las conductas lesivas, están dadas por indemnizaciones pecuniarias, que el propio legislador tarifó. De manera tal, que será imposible retrotraer las conductas al estado anterior al hecho lesivo (salvo despido discriminatorio), por lo que, la única salida posible, será la de indemnizar los perjuicios.

Sin embargo, esta aseveración no es del todo correcta, puesto que los derechos cuya lesión se invoca son supra legales, y no emanan única y exclusivamente del contrato de trabajo. En este sentido, el artículo 5 inciso segundo debe quedar innegablemente supeditado a la Constitución, dado el carácter de orden público de sus disposiciones. Adicionalmente, el proyecto de ley contemplaba como mecanismo de control, expresamente a la transacción, por cuanto era el mecanismo que por antonomasia podían celebrar las partes y que no requiere, para su perfeccionamiento de aprobación judicial, de manera tal, que el juez no tendría forma de evitar los efectos de dicho equivalente jurisdiccional. Finalmente, no todas las medidas de reparación son de carácter económico, también es posible, fijar medidas inmateriales, las cuales implican un reconocimiento de la existencia de la vulneración, y una forma, no pecuniaria, de reparar del daño acaecido.

VII. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, a comienzos del año 2006 además de producirse un

cambio profundo en nuestro sistema procesal laboral, por medio de un sistema que propende los juicios orales, públicos y concentrados, en virtud de la ley 20.087, también se introduce un procedimiento que garantiza la protección de los derechos fundamentales, principalmente los inespecíficos.

Desde su incorporación a la fecha, esta herramienta ha sido el encauce propio del ejercicio de las acciones destinadas a propender el cumplimiento de lo dispuesto en el art 5 del CT, como límite a las potestades patronales.

Una de las novedades que irroga el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales, es la facultar del sentenciador de poder efectuar un control de los mecanismos compositivos al que pueden arribar las partes.

De esta manera, la regla tradicionalmente aplicada en los procesos civiles, de autonomía de la voluntad, en donde las partes son libres de celebrar los negocios que estimen pertinentes con el objeto de dar solución a sus diferencias, y en general de celebrar equivalentes jurisdiccionales de carácter bilateral, se ve modificada, como hemos visto, producto del control que debe realizar el juez laboral cuando el contencioso versa sobre denuncias de vulneración de derechos fundamentales.

Si bien, aunque estamos en presencia de garantías constitucionales, los acuerdos compositivos son susceptibles de celebración, debido que aquello que se dispone no es el derecho en su esencia, es decir, no es el derecho tutelado, sino más bien, es la manifestación del ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de ejercicio, a través del cual, su titular autónomamente consciente en celebrar acuerdos, autolimitando su derecho a proseguir con el juicio.

La ley no puede imponer al titular de un derecho fundamental la forma absoluta en cómo debe ejercer su derecho, pudiendo el afectado disponer libremente entre ejercitar las acciones tutelares, o bien abstenerse, celebrando los acuerdos que estime pertinentes.

En cuanto al control judicial, este no puede verificarse durante el curso del pleito por cuanto los hechos denunciados no han sido acreditados, por lo que el juez mal puede revisar los instrumentos de acuerdo celebrados por las partes, por cuanto la regla

indiciaria no constituye una liberación de prueba para el denunciante, ni mucho menos una presunción que lo habilite para ejercer el control de actos procesales.

Atendido la finalidad que persigue, la ubicación normativa en que se encuentra prescrita, a propósito del contenido adicional de la sentencia, el control compositivo opera única y exclusivamente en la etapa de sentencia, esto es, una vez dictada y antes de que esta se encuentre firme y ejecutoriada.

De manera tal que, durante el juicio laboral, las partes pueden ejercer la autocomposición como mecanismo de solución del conflicto intersubjetivo, sin que exista la abstención o negativa del juez ha autorizarlos, cuando éstos comprendan denuncias por vulneración de derechos fundamentales.

El equivalente jurisdiccional celebrado, previo a la sentencia, producirá plena eficacia, generando los efectos propios de una sentencia. Manteniendo a salvo, en esta etapa la seguridad y certeza jurídica.

Se radica, así, el control por parte del juez, de velar porque la conducta lesiva de derechos fundamentales no quede indemne, durante la etapa de fallo. El sentenciador, luego de dictar sentencia, deberá, por imperativo normativo abstenerse de autorizar los equivalentes celebrados por las partes, mientras no verifique: i. que la conducta antijurídica ha cesado; ii. Las medidas de reparación por las consecuencias derivadas de la vulneración, y de ser posible; iii) que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración.

En cuanto a los efectos del control judicial, no existe mayor diferencia si se trata de un procedimiento de tutela durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión a su término. Sin perjuicio, se puede advertir que, tratándose del procedimiento tutelar con ocasión del despido, la regla general será que el acuerdo compositivo celebrado por las partes y que será objeto de control por parte del juez, contendrá principalmente reparaciones de carácter económicas, salvo, en caso de despidos discriminatorios o por práctica antisindical, en cuyo caso, se pueden establecer medidas restitutorias.

Finalmente, el control puede y debe ser ejercido respecto de todos los mecanismos compositivos, y no sólo respecto de la transacción, ya que esta ha sido la verdadera

intención del legislador laboral.

VIII. Bibliografía

Normativa jurídica

Código del Trabajo

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Doctrina

ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2008) *Derechos Fundamentales*, año 2008, Ed. Thomson Reuters.

COLOMBO CAMPBELL, JUAN (1991), "La Jurisdicción en el Derecho Chileno", Santiago de Chile, Ed. Legal Publishing, 1° Ed.

COLOMBO CAMPBELL, JUAN (1997), *Los Actos Procesales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. V 2.

COUTURE, EDUARDO (1989), *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires Argentina, Ediciones Depalma, Tomo I.

DELGADO CASTRO, JORDI (2018), "*Consideraciones sobre el rol y función del juez en el proceso laboral a propósito de la conciliación*", Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución, 1° Ed., Chile, Legal Publishing Chile

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO (2015), *La Eficacia Diagonal u Oblicua y Los Estándares de Conducta en el Derecho del Trabajo*. 1ª.ED. Santiago. Ed. Legal Publishing.

GIMENO SENDRA, JOSÉ (1981), "Fundamentos de Derecho Procesal", Editorial Civitas, Madrid.

PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2015) *Proceso y justicia laboral: lecturas a contracorriente*, 1° Ed., Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago

PALOMO VÉLEZ, DIEGO (2013), "*Algunos apuntes a contracorriente sobre la jurisdicción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, los equivalentes jurisdiccionales y en especial la mediación en materia de salud*", Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública, Santiago de Chile, Legal Publishing, 1° Ed

PARRA PIZARRO, WALDO (2013), *El Concepto De Derechos Fundamentales Inespecíficos en el Ámbito Laboral Chileno y La Tutela Jurídica de su Eficacia Horizontal*, Santiago, Ed. Thomson Reuters.

PEREIRA ANABALÓN, HUGO (1993), “*Curso de Derecho Procesal*”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.

UGARTE CATALDO, JOSÉ (2016), *Huelga y derecho*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 1° Ed.

UGARTE C., JOSÉ LUIS (2018) *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, año 2013, Ed. Thomson Reuters.

REVISTAS

AGUILAR, GONZALO; CONTRERAS, CRISTIAN (2007). “*El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile*”, en: *Ius et Praxis*, vol. 13, n°1, Talca, Chile.

BAYLOS, ANTONIO (1994), “*La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Número 4.

BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (2018), “*Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno*”, *Revista de derecho Universidad Austral*.

CAAMAÑO ROJO, EDUARDO (2006), “*La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII*

CAAMAÑO ROJO, EDUARDO (2007), “*La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios*”, *Ius et Praxis*, N° 13, N° 2, Talca.

FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS Y WALTER DÍAZ, RODOLFO (2011), *La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral*. *Revista de derecho de Valdivia*. Vol. XXIV, N°2.

ETEROVIC BARREDA, PABLO (2010), “*La tutela anticipada y su constitucionalidad: El caso de la jurisdicción laboral*”, *Actualidad laboral: Departamento de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Facultad de Derecho Universidad de Chile*, Junio-Julio, N° LXXXVIII.

MONTES DE OCA VIDAL, ALIPIO, “*Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*”, *Lumen Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*.

MORALES, HUGO ITALO (2011), “*La Conciliación Laboral*”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, N° 3,

PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2014), *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 5, N°9.

PLANET SEPÚLVEDA, LUCÍA (2010), “Eficacia del procedimiento de tutela laboral como protección contra el *mobbing* en Chile”, Revista Chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 1, N° 1

RUAY SÁEZ, FRANCISCO (2015), “La “función” cautelar del juez en el proceso laboral. ¿Consagración de una potestad cautelar genérica?”, Revista *Ius et Praxis*, año 21, Universidad de Talca- Facultad de ciencias jurídicas y sociales, N° 2

SCHMILL ORDÓÑEZ, ULISES; DE SILVA NAVA, CARLOS (2013), “*El interés legítimo como elemento de la acción de amparo*”, *Isonomía* No. 38

SILVA, LUIS ALEJANDRO (2011), “*Supremacía constitucional y tutela laboral*”, en: Revista de Derecho, vol.24, n.1, Valdivia, Chile

UGARTE C., JOSÉ LUIS (2007), *La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de erizo a zorro*, VOL. II, N° 2, Revista de Derecho.

VÁSQUEZ GÓMEZ BISOGNIO, FRANCISCO (2012), “*El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado*”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 26.

Otras fuentes

Dictamen IDT N° 2856/162, 30 de agosto de 2002

Ordinario IDT N° 3115, 09 de julio de 2018

