

**JURISPRUDENCIA JUDICIAL
EN ALGUNOS TEMAS LABORALES**

Consuelo Gazmuri

Diego López

Mónica Vergara

Departamento de Estudios

Dirección del Trabajo

2005

INDICE

I.- INTRODUCCIÓN	
II.- LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO COMO FUENTE DE DERECHO	
II.- JURISPRUDENCIA JUDICIAL SOBRE INDICIOS DE LABORALIDAD	
III.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE ALGUNAS DE LAS CAUSALES DE DESPIDO DEL ARTICULO 160 DEL CODIGO DEL TRABAJO	
IV.- MORA PREVISIONAL: EL ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO.	
V.- RECEPCIÓN JUDICIAL DE LOS GRUPOS LABORALES DE EMPRESA EN CHILE	

INTRODUCCIÓN

En este documento se analiza la jurisprudencia judicial actualizada sobre algunos asuntos laborales de consulta habitual de parte de los usuarios de la Dirección del Trabajo. En él se entrega información sobre la doctrina de los tribunales en las materias seleccionadas y, en algunos casos, se evalúan los contenidos de dicha doctrina a la luz de la experiencia inspectiva del Servicio, ofreciendo nuevas opiniones o perspectivas jurídicas de análisis.

El análisis de la jurisprudencia judicial fue realizado por abogados del Departamento de Estudios para que sirva de insumo técnico a los inspectores y de información orientadora a los usuarios.

I.- LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO COMO FUENTE DE DERECHO

Mónica Vergara

La doctrina de la Corte Suprema invoca los Convenios de la OIT en sus decisiones en diversas causas, de las que conoce a través de la sala especializada en materias laborales (cuarta sala) o de la sala constitucional que revisa las sentencias apeladas de los recursos de protección de contenido laboral. Las decisiones de la Corte Suprema en ocasiones aluden directamente a la aplicación de normas internacionales y en otras confirma las sentencias de los tribunales inferiores que se apoyan en normas internacionales. Esta jurisprudencia tiene su origen en la reforma constitucional de 1989¹ que modificó, entre otras normas, el artículo 5° de la CPE, cuyo texto establece que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana .Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

La reciente reforma a las normas sobre el procedimiento judicial laboral del Código del Trabajo² ha confirmado el rango de norma jurídica interna de los Convenios de la OIT, al instituir un procedimiento especial *de tutela laboral* para conocer de las causas que versen sobre *“las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”*(art. 486). A su vez, el artículo 459 n° 5 señala que la sentencia definitiva deberá contener *“los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda”*. Estas normas refuerzan la aplicación directa de Convenios de la OIT en causas que conozcan nuestros tribunales.

¹ Ley n° 18.825 Art. único N° 1 D.O. 17.08.1989

² Ley n° 20.087 D.O. 3.01-06

Analizaremos dos casos recientes en que Convenios de la OIT han servido de fundamentos para fallos de Corte.

Caso 1º: La autonomía sindical (Convenio nº 87 de la OIT): El Convenio nº 87 y la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT, fundan una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la sala constitucional de la Corte Suprema³.

Ya en el año 2000, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que invocaba como fuente inmediata del principio de autonomía sindical, el Convenio nº 87, en vigor en nuestro país desde febrero de ese mismo año.

En la parte considerativa del fallo, se alude a que *“el sentido de tal normativa no es sino permitir la aplicación concreta de la autonomía sindical, consagrada como garantía constitucional en el artículo 19 nº 19 de la Carta Fundamental y de la que, a mayor abundamiento, da cuenta el Convenio nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en su artículo 3.1 consagra el derecho de las organizaciones aludidas en el artículo anterior para redactar sus propios estatutos y reglamentos, el de elegir a sus representantes, organizar su administración y actividades y de formular su programa de acción. Más directamente pertinente al caso que nos ocupa es aún el artículo 3.2 del mismo Convenio, que impone al Estado el deber de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”*.

Es de destacar que la referida sentencia aplica el principio de autonomía sindical para resolver un recurso, ANTES de la promulgación de la reforma al Código del Trabajo del año 2001, uno de cuyos objetivos fue precisamente garantizar la autonomía sindical.

³ Apelación de Protección CS 4060-2000.

El Mensaje del Proyecto de Ley⁴ que culminó con la promulgación de la ley 19.759 establece entre los objetivos de la reforma la “*Autonomía sindical efectiva*”, terminando “...*con una excesiva regulación (que) restringe los niveles de actuación de la autonomía colectiva, en especial, de aquellas materias que deben ser objeto de normativa emanada de la propia organización de los trabajadores*”. Agrega la iniciativa del Ejecutivo que la reforma debe garantizar “*la plena autonomía de las organizaciones sindicales para determinar en sus estatutos sus finalidades, organización y funcionamiento, como expresión de libertad sindical, y con ello, la retirada de la norma heterónoma en la regulación, salvo en los aspectos en que ha parecido necesario mantenerla*”.

El caso conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago y revisado por la Corte Suprema, se refirió a la abstención del órgano administrativo (Inspección del Trabajo), en la calificación de los requisitos para realizar una elección sindical, lo que tuvo como resultado que se eligieran un mismo día dos directivas sindicales en un mismo sindicato, ambas celebradas en presencia de un Inspector comisionado por la Inspección del Trabajo correspondiente.

La decisión del tribunal que respaldó la actuación administrativa, no pudo fundarse en el reconocimiento legal de la autonomía sindical, puesto que a la fecha de la elección controvertida, la reforma que la profundizó a nivel legal no se había promulgado y ni siquiera estaba en trámite.⁵

El pronunciamiento, en consecuencia, revela la pertinencia de exigir y otorgar tutela judicial a los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en nuestra Constitución o en Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, aunque este reconocimiento no tenga un desarrollo legal. Es decir, la constitución y los derechos reconocidos en tratados internacionales tienen aplicación directa en las decisiones jurisdiccionales sin que pueda excusarse el tribunal en la

⁴ Boletín 2626-13

⁵ El trámite legislativo del Proyecto de Reforma se inició en Noviembre del 2000.

ausencia de desarrollo legislativo. Los derechos fundamentales no son declaraciones que para ser efectivas requieren de una ley de desarrollo. Admiten su aplicación directa a controversias jurídicas y pueden sostener una decisión jurisdiccional, aunque la legislación del ramo no establezca un mecanismo de aplicación del mismo, ni un procedimiento especial.

La reforma procesal laboral recientemente aprobada contempla un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales que permite la protección de los derechos fundamentales en el sistema procesal ordinario, y no como en el caso reseñado, a través de un recurso extraordinario⁶. La sentencia comentada, sin embargo, amparó el derecho a la autonomía sindical ANTES de esta última reforma, lo que confirma que tanto en lo sustantivo como en lo procesal, el juez debe y puede decidir con arreglo a las normas constitucionales e internacionales aplicables, sin que la ausencia de legislación de desarrollo o de procedimientos específicos puedan ser una excusa para evitar la obligada tutela judicial.

A esta conclusión contribuye además el mandato constitucional en virtud del cual los tribunales “*no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.* (principio de inexcusabilidad art. 76 inc. 2º CPE)

La sentencia comentada cita como fuente en su decisión, la jurisprudencia de un órgano internacional: el *Comité de Libertad Sindical* del Consejo de Administración de la OIT. En efecto, señala que: “*siguiendo en el ámbito de aplicación del Convenio n° 87 de la OIT en el campo de la impugnación de las elecciones sindicales, el Comité de Libertad Sindical nacido al amparo de dicha organización internacional ha observado que en los casos en que sean impugnados los resultados de elecciones sindicales, estas cuestiones deberían remitirse a las autoridades judiciales, quienes deberían garantizar un procedimiento imparcial, objetivo y rápido.*”

⁶ Ley 20087 de 3.01.06

Si bien, la *Corte Internacional de Justicia* es el único organismo competente para dar una interpretación autorizada de los convenios y recomendaciones de la OIT,⁷ el *Comité de Libertad Sindical* examina las reclamaciones por vulneración de la Libertad Sindical y formula una recomendación al Consejo de Administración, si a su juicio los casos merecen un examen por parte de este Consejo. En estos informes pueden encontrarse explicaciones sobre el alcance y el significado de cláusulas de los convenios lo que se conoce como *jurisprudencia del CLS*, y es esa doctrina la que invoca la Corte de Apelaciones en su considerando transcrito, y ratificado por la Corte Suprema al conocer de la apelación.

El contenido de la decisión judicial, que apoya la decisión de la autoridad administrativa de certificar el acta de dos elecciones de directorio de una misma organización gremial, puede merecer más de una observación. Lo que interesa destacar, es que nuestros tribunales superiores reconocen como fuente de derecho para fundar sus decisiones la Constitución y los tratados internacionales ratificados y vigentes. Consideran, además, la jurisprudencia y la doctrina emanada de órganos internacionales con competencia en la materia como es el caso de la que consta en los informes del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Las decisiones de la Corte Suprema se distinguen porque deben ser capaces de permitir a las personas conocer cuales son los criterios jurídicos con los que se aplican las normas, de forma tal de que ciudadanos y tribunales inferiores cuenten con orientaciones acerca del alcance de las reglas de convivencia imperativas⁸. El carácter y naturaleza de la Corte Suprema se consolida al configurar una doctrina jurisprudencial que se nutre de distintos caudales jurídicos reconocidos como fuentes del derecho, lo que honra la función superior del sistema de administración de justicia.

⁷ Artículo 37 n° 1 de la Constitución de la OIT.

⁸ En este sentido, Alex Caroca Pérez, Reflexiones acerca de las funciones de las Corte Suprema en Corte Suprema y Corte Constitucional: Competencias y Relaciones, Revista Ius et Praxis U. de Talca, 1998.

Caso 2: La libertad sindical (Convenios n° 87 y 88 de la OIT): La Corte Suprema invoca los convenios n° 87 y n° 98 de la OIT, para desestimar recurso de un empresario, pues su pretensión vulnera los tratados internacionales destinados a protegerla.⁹

El caso fue conocido por la Corte Suprema a través de un recurso de Casación en el Fondo que tuvo su origen en el despido de dos trabajadores, quienes fueron electos directores sindicales en Octubre de 1999 y que reclamaron la nulidad del despido ante un tribunal de letras de Copiapó¹⁰. A esa fecha, las normas que protegían con fuero a quienes participaban en la constitución de un sindicato, favorecían exclusivamente a los candidatos al directorio, protección que la reforma de la Ley 19.759 amplió a todos los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato.

Las normas legales (art. 238) exigían, y aún exigen, de la comunicación al empleador de la fecha de la elección. Este requisito de publicidad tiene por objeto calcular el plazo previo a la elección durante el cual se extiende el fuero. En el caso objeto del juicio y del Recurso de Casación en el Fondo, los trabajadores fueron despedidos el mismo día en que fueron electos directores, discutiéndose si estaban amparados por el fuero que protege a los candidatos a directores, toda vez que la empresa sostenía que no se había cumplido con la comunicación exigida.

Recordemos que el inc 3° del artículo 238 del Código Laboral - hoy derogado - establecía que “*El fuero no tendrá lugar cuando no se diere la comunicación a que se refieren los incisos anteriores*”, aludiendo a la comunicación a la empresa y a la Inspección del Trabajo respectiva.

El juzgado de Copiapó acogió la demanda declarando que los trabajadores estaban protegidos por el fuero al momento del despido, no en su calidad de candidatos, sino de directores electos, siendo indiferente en consecuencia, si existió o no el aviso previo

⁹ Casación en el fondo C.S. Rol 4.683 - 00

¹⁰ 3er J.L. Copiapó. Rol 13.691-00

exigido por el artículo 238 del Código, ya que tal norma ampara a los candidatos al directorio durante el período previo a la elección.

Agrega el considerando noveno de la sentencia que: *”Esta sentenciadora tiene presente además que el derecho a sindicalizarse está consagrado en el n° 19 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y que la conducta de la empresa demandada encuadra en las normas contenidas dentro de los artículos 289 y 294 del Código del Trabajo, bajo el epígrafe De las prácticas desleales o antisindicales y de su sanción, que constituyen un reflejo de la garantía constitucional antes señalada.”*

La Corte de Apelaciones confirmó esta sentencia. La Corte Suprema rechazó el recurso de Casación en el Fondo, por *notoria falta de fundamentos*, agregando en su considerando noveno: *“Que a su vez lo alegado pugna con lo resuelto reiteradamente por este tribunal en el sentido que el fuero existe cuando se trata de una primera elección sindical, aun sin conocimiento del empleador, acorde con la garantía constitucional que el recurrente estima transgredida y que asegura el derecho a sindicarse y con los convenios internacionales del trabajo N°s. 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Chile, destinados a proteger la libertad sindical del trabajador y su participación en actividades sindicales.”*

La declaración de la Corte Suprema admite al menos dos comentarios. En primer lugar precisa que la obligación de comunicar al empleador la realización de una elección de un directorio sindical no obsta a la vigencia del fuero, cuando se trata de la primera elección sindical, aquella que tiene lugar junto con la constitución del sindicato. Dicha decisión se funda en una jurisprudencia reiterada del máximo tribunal. En segundo lugar, La Corte invoca la garantía constitucional y los tratados internacionales que reconocen el derecho de sindicación, como derecho fundamental.

Esta invocación a las normas de jerarquía constitucional se hace a mayor abundamiento, pues antes de referirse a ellas la Corte Suprema ya había desestimado el recurso en el considerando anterior (octavo).

El texto del considerando noveno y final transcritos más arriba, parecen expresar la voluntad del tribunal de precisar su opinión más allá de la decisión concreta sometida a su decisión, dejando constancia del criterio que debe ilustrar a los jueces al conocer de las materias debatidas en el juicio, dando una inequívoca señal de que tratándose de derechos fundamentales, la referencia a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, no es sólo procedente, sino necesaria.

II.- JURISPRUDENCIA JUDICIAL SOBRE INDICIOS DE LABORALIDAD

Diego López F.

La detección de los elementos que constituyen una relación laboral es la tarea más característica del Derecho del Trabajo y sobre ella se han escrito océanos de tinta. Puede decirse que detectar una relación de trabajo subordinada es el origen de esta rama jurídica: permite identificar una prestación de servicios, de entre muchas otras, que por las características especiales que presenta queda sujeta a las normas jurídicas del trabajo. En propiedad, sólo una persona que labora para otra bajo subordinación y dependencia, es jurídicamente un trabajador en sentido estricto.

La doctrina ha abundado en reflexiones sobre el contenido y alcance de cada uno de los elementos de la laboralidad y últimamente se ha retomado el tema desde la perspectiva de analizar cómo las nuevas formas de ocupación asalariada interpelan los indicios tradicionales que han permitido delimitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo por más de cien años.

Sin embargo, una revisión de la jurisprudencia nacional sobre la calificación de laboralidad en las prestaciones personales de servicios, revela que en general ha persistido en ella un apego al esquema más tradicional. Hay, sin embargo, algunas situaciones que es útil considerar ya que han sumado otras consideraciones a la aplicación directa del canon de indicios tradicionales de la laboralidad. Estas consideraciones agregan elementos especiales a la calificación judicial de una relación jurídico laboral, pero que con todo no se apartan del esquema tradicional de apreciar la subordinación y dependencia. Revisaremos algunas de ellas, aludiendo a los respectivos fallos judiciales.

1) ¿Existe un indicio de laboralidad que sea determinante o todos son apreciados de la misma forma?: A partir del conjunto de indicios que permiten concluir la existencia de una relación laboral, es posible que en el proceso de análisis judicial algunos de ellos sean más determinantes que otros.

Como se sabe, para ser calificada de laboral, es indispensable que una prestación de servicios esté caracterizada por tener como objeto servicios personales, ya sean intelectuales o materiales; efectuada bajo un vínculo de subordinación y dependencia; y que como retribución a los servicios prestados se reciba una remuneración determinada.

Sin embargo, la subordinación y dependencia es el elemento determinante de la laboralidad. En efecto, claramente nuestra jurisprudencia se ha inclinado por destacar el rol protagónico de estos indicios en la calificación de una relación laboral, al considerar que los otros (servicios de carácter personales y remunerados) pueden darse también en otra clase de relaciones jurídicas de naturaleza civil o comercial.

La Corte Suprema lo ha refrendado con claridad¹¹: “El elemento propio o característico del contrato de trabajo, el que lo tipifica, es (...) el vínculo de subordinación y dependencia. De este elemento, entonces, dependerá determinar si se configura una relación laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo, puesto que los señalados en las letras a) y c) precedentes (que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación y dependencia y que como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada) pueden darse también en otra clase de relaciones jurídicas de naturaleza civil o comercial. Lo expuesto autoriza para sostener que, no obstante existir una prestación de servicios personales y una remuneración determinada, no se estará en presencia de un contrato de trabajo si tal prestación no se efectúa en situación de subordinación y dependencia respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza.”

¹¹ Corte Suprema, Rol 4281-2003, de 29/10/2003.

Pero específicamente qué elementos pueden revelar la existencia de subordinación y dependencia en una prestación de servicios personales. Se consideran sobre todo los indicios materiales que más directamente revelen una subordinación personal del prestador del servicio respecto de quien recibe y paga dicho servicio: la obligación de concurrir habitualmente al lugar de trabajo, el cumplimiento efectivo de un horario de trabajo y la subordinación patente al control, revisión y rendimiento del trabajo realizado, son muy valorados por nuestra jurisprudencia a la hora de decidir si existe o no una relación jurídico laboral¹².

Para la Corte Suprema, el vínculo de subordinación y dependencia debe materializarse en situaciones concretas como por ejemplo, la continuidad de los servicios prestados en la faena; la obligación de asistencia del trabajador; el cumplimiento de un horario; la obligación de ceñirse a órdenes e instrucciones dadas por el empleador; la supervigilancia en el desempeño de sus funciones; la subordinación a controles de diversa índole y la rendición de cuentas por el trabajo realizado.¹³

2) *Exclusividad del vínculo laboral:* Ahora bien, podría pensarse quizás que la exclusividad en la prestación de servicios personales a un solo empleador es también un requisito de laboralidad, ya que tal vez la existencia de dos o más empleos atenuarían la subordinación personal del trabajador a todos ellos. Tal asunto se ha planteado ante tribunales, respecto de casos de pluriempleo, en los que finalmente se ha resuelto que

¹² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4856-02 de 06/04/2003: “La esencia del contrato de trabajo es la prestación de servicios bajo vínculo de subordinación y también de dependencia, y de una interpretación sistemática de las disposiciones laborales, surgen las condiciones y características especialísimas de esta clase o forma de vinculación o relación jurídica y de hecho, la que debe traducirse, en que el trabajador debe estar sujeto a una jornada de trabajo determinada, con permanencia del trabajador en sitio determinado para la prestación de los servicios, seguida de la obligación de cumplir el horario establecido en el contrato, con sujeción y control a través de la firma en un libro de asistencia y registro de entradas y salidas”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 317-97 de 02/10/1997: “corresponde calificar como contrato de trabajo y no como contrato de honorarios (...) al contrato que en la práctica implicó que el trabajador haya prestado servicios de índole laboral, pues tenía la obligación de asistencia diaria de lunes a viernes, sujeto a un horario de ocho y media a diecisiete horas dieciocho minutos, bajo dependencia y subordinación de los jefes, de quienes recibía instrucciones.”

¹³ Corte Suprema, Rol 3642-2002 de 19/12/2002.

nada impide calificar como laborales todas las relaciones de trabajo que una persona detente con dos o más empleadores diferentes.¹⁴

3) Clasificación de laboralidad de los contratos de trabajo atípicos: También se ha planteado judicialmente la cuestión sobre si la existencia de contratos temporales de trabajo atenta contra la calificación de laboralidad, considerando la atenuación de continuidad de la prestación que se obtiene en tales contratos. Esto plantea cuán importante es que una prestación de servicios sea permanente para ser calificada de laboral.

Este asunto presenta interés para la doctrina, que ha abundado en reflexiones sobre cuánto pueden cambiar la subordinación y dependencia sin que por ello dejen de ser distintivas de la laboralidad. Ante la amplia gama de nuevas ocupaciones “flexibles”, que han sido expresamente reconocidas por la ley laboral en virtualmente toda la experiencia comparada, y que se caracterizan por atenuar la continuidad de la prestación de trabajo, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario determinado o el lugar donde deben realizarse los servicios contratados, aparece con nueva fuerza el desafío de calificar jurídicamente tales prestaciones de servicios que se alejan del esquema tradicional del trabajo asalariado¹⁵.

De esta forma, es usual que el concepto tradicional de subordinación y dependencia que ha servido hasta ahora de contraseña para acceder a la protección legal del trabajo, ya no describa a un número creciente de empleos. Ni la subordinación es tal, cuando lo es, ni

¹⁴ Corte Suprema, Rol 3708-2003 de 10/11/2003: “No obsta a lo anterior la circunstancia de que el trabajador no preste servicios exclusivamente a un solo empleador, pues la exclusividad no constituye una característica esencial de las relaciones laborales, como por lo demás lo demuestra la regulación que el propio Código del Trabajo establece en su artículo 22, al excluir de la limitación de jornada, a quienes presten servicios bajo dependencia o subordinación a distintos empleadores.”

Corte Suprema, Rol 527-1998, de 09/07/1999: “En cuanto al hecho de que no se estaría frente a una relación laboral por cuanto la demandante mantenía simultáneamente una relación laboral con otra empresa, cabe recordar que la pluralidad de empleos es admisible ante nuestro derecho y muchos preceptos de nuestra legislación laboral y previsional aluden específicamente a personas que prestan servicios a más de un empleador.”

¹⁵ Reveladoramente, a este fenómeno se le ha denominado “la huida del derecho del trabajo” (Miguel Rodríguez: “La huida del derecho del trabajo”, Revista Relaciones Laborales n° 1, Madrid, 1992.)

se presenta de una forma inamovible y estable. A partir de este punto, la doctrina ha evolucionado en distintas direcciones, revisando los indicios que deberán ser considerados por la jurisprudencia o promoviendo legalmente nuevas regulaciones que conceden solo una parte de la tutela legal sobre trabajos asalariados no del todo subordinados pero aún dependientes¹⁶.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido que la subordinación que identifica a una relación laboral no puede ser uniforme en todos los contratos del trabajo; puede ser mínima en unos casos y muy estricta en otros, según las circunstancias y condiciones en que se presta el servicio.¹⁷ Esto lleva a la necesidad de que frente a prestaciones de servicios que presentan elementos propios de la subordinación y dependencia, pero atenuados, el juez deba considerar los indicios de laboralidad en su conjunto, de manera tal que pese a estar disminuidos algunos de ellos, la presencia combinada de todos le indique si aún persiste la naturaleza laboral del vínculo que origina la prestación de servicios. En el fallo antes citado, por ejemplo, los signos externos de subordinación y dependencia existentes pero atenuados, revelaron que el trabajador no tenía en la ejecución del servicio contratado la autonomía propia de un operario civil¹⁸, y pese a la flexibilidad de horario de trabajo que existía igualmente la trabajadora tenía la obligación de cumplir una jornada laboral¹⁹.

¹⁶ El tema es muy amplio y complejo para tratarlo aquí. Una panorámica actualizada puede encontrarse en Oscar Ermida y Oscar Hernández: “*Crítica a la subordinación*”, Revista Laboral Chilena abril 2002 y mayo 2002.

¹⁷ Corte Suprema, Rol 527-1998, de 09/07/1999.

¹⁸ Corte Suprema, Rol 527-1998, de 09/07/1999: “La relación de subordinación y dependencia se manifiesta por signos externos, tales como la facultad de mando que tiene el empleador y la obligación del trabajador de acatar las instrucciones de éste, la continuidad de los servicios, la supervigilancia por el empleador en el desarrollo de las funciones, la concurrencia diaria al lugar de trabajo, el cumplimiento de un horario de trabajo y otras análogas o similares. En el contrato civil de arrendamiento de servicios inmateriales, si bien es cierto que quien presta los servicios debe hacerlo también conforme a las instrucciones del acreedor de trabajo, no es menor cierto que el prestador de los servicios tiene la más amplia autonomía para imponerse su propio programa de trabajo, con la más amplia libertad.

¹⁹ Considerando de Corte Apelaciones en mismo caso: “En la especie se configuró una relación laboral, pues se dieron sus diversas características o signos externos, sin que obste a ello una relativa flexibilidad en el horario exacto de trabajo, toda vez que, en definitiva tal flexibilidad no dependía de la voluntad de la trabajadora, sino del empleador; lo que se explica, por otra parte, por tratarse de una prestación especial de servicios”.

Un fallo más reciente se ha pronunciado incluso sobre la laboralidad de los llamados contratos *atípicos* de trabajo. Respecto de ellos, la Corte Suprema ha reconocido que presentan particularidades que los alejan de la contratación laboral clásica, pero que ello no impide un análisis de su laboralidad en cada caso específico.

En efecto, para la Corte: “Toda prestación de servicios que reúna los elementos propios del contrato de trabajo, esto es, la prestación de servicios bajo dependencia o subordinación y a cambio de una retribución determinada, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo. No obsta a lo anterior la modalidad de los servicios que se prestan, toda vez que si bien el Código del Trabajo consagra una forma típica de trabajo subordinado, también se extiende a otras que en doctrina se han denominado contratos atípicos, lo que es del caso, pues concurriendo los elementos esenciales del contrato de trabajo, el elemento diferenciador es la periodicidad o eventualidad en que se prestarán los servicios. Ejemplos de estos contratos atípicos son el de plazo o el de temporada, en cuanto a la duración del vínculo, el de jornada parcial respecto al tiempo de trabajo, o los eventuales o transitorios, como el de la especie, entre otros. El actor ha tenido la calidad de trabajador eventual o transitorio, modalidad ésta definida en la letra d) del artículo 216 del Código del Trabajo como la que se presta bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.”²⁰

4) Calidad de socio con facultades de administración del trabajador impide calificación de relación laboral: La subordinación laboral también se ha sometido a juicio ante nuestros tribunales, bajo la forma de dirimir si un socio puede ser trabajador dependiente de la empresa a la cual está asociado. En realidad, este punto aborda también la ajenidad de una relación laboral, pero el fallo que registramos a continuación resuelve por la vía de considerar la presencia efectiva de subordinación laboral.

En efecto, en una sentencia reciente sobre este asunto, la Corte Suprema se guió por el argumento que considera las atribuciones que tiene el socio-trabajador en la administración de la empresa que lo ocupa, bajo el criterio de que si el socio-trabajador

posee participación suficiente en el capital social como para detentar atribuciones de dirección o administración dentro de la sociedad, difícilmente puede existir una diferencia efectiva entre la voluntad del empleador y la del trabajador.

El fallo en cuestión expone: “La calidad de socio del actor constituye un inconveniente para la existencia de una relación laboral, pues tal calidad involucra elementos o condiciones que impiden que la prestación de servicios del actor se desarrolle en condiciones de subordinación y dependencia respecto de su eventual empleador, por cuanto se produce confusión entre la voluntad del actor y la de la demandada, condiciones que dicen relación con el capital que el socio posee en la sociedad demandada y con las atribuciones que dentro de la sociedad inviste.

“El hecho de que los socios de una empresa puedan adoptar acuerdos y cuenten con facultades de administración y representación de una sociedad, constituye una situación que les impide prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia, lo que determina que no tengan la calidad de trabajadores dependientes de ella.

“En el caso de autos, siendo el actor además socio de la demandada, importa que tal circunstancia conlleve una confusión entre su voluntad y la voluntad de la sociedad demandada, toda vez que el actor es dueño del 7.75% del capital social, el que se encuentra enterado y pagado”.²¹

5) Circunstancia de ser profesional el trabajador facilita el no reconocimiento de laboralidad: Repetidamente se encuentran en fallos de alzada sobre la existencia de relación laboral, consideraciones que aprecian si el trabajador demandante era profesional, sobre todo si ello está asociado a la inexistencia de reclamo durante la vigencia de la relación contractual que originaba la prestación de servicios personales. En varios casos, la Corte Suprema considera que el hecho de que un trabajador

²⁰ Corte Suprema, Rol 3708-2003, de 10/11/2003.

²¹ Corte Suprema, Rol 4281-2003, de 29/10/2003.

profesional, que aceptó un vínculo contractual no laboral para una prestación de servicios personales, dejando pasar tiempo sin presentar el reclamo respectivo ni demandar judicialmente, impide que el tribunal califique tal vínculo como laboral.²²

Esta jurisprudencia pareciera exhibir el raciocinio de que un trabajador con conocimiento suficiente sobre los derechos que le asistían en su situación laboral no podía sino estar al tanto de que su situación era irregular, más aún si se vinculaba a labores de administración o contabilidad en la empresa en la que se desempeñaba, razón por la cual no puede exigir posteriormente el cumplimiento de derechos que aceptó se le desconocieran.

Un fallo reciente de la Corte Suprema explicita este argumento, al afirmar que demandar derechos laborales respecto de una relación originalmente concebida como no laboral afectaría la buena fe contractual y se buscaría provecho por un acto propio. Se trata de un caso en que un contrato de honorarios expresamente estipuló que no derivarían de él situaciones de dependencia. La Corte, sin embargo, apreció que igualmente la prestación de servicios presentaba características propias de una relación

²² Corte Suprema, Rol 3419-03 de 04/11/03: “La no existencia del vínculo de subordinación y dependencia y jornada continua de trabajo, se confirma, ya que siendo el demandante, como él señala, encargado de administración y finanzas; no exigió durante el lapso de prestación de servicios el pago de imposiciones, vacaciones y demás beneficios propios de los trabajadores.”

Corte Suprema, Rol 4281-2003, de 29/10/2003: “Si siendo el actor un profesional, ingeniero agrónomo, no exigió durante el lapso de prestación de servicios, el pago de imposiciones, vacaciones y demás beneficios propios de los trabajadores, no puede haber subordinación y dependencia.”

Corte Suprema, Rol 3174-2003, de 27/10/2003: “Si todas las boletas de honorarios las giró en forma personal, escribiéndolas de su puño y letra, en forma libre y consciente, si no sólo declaró tributariamente todas las rentas percibidas de la empresa demandada, sino que solicitó, obtuvo y percibió la respectiva devolución de las retenciones efectuadas por la compañía, si detenta un título profesional de constructor civil con una vasta experiencia en todo tipo de obras civiles y conoce perfectamente todas las condiciones que caracterizan a un contrato de trabajo. Todo lo anterior permite desvirtuar la existencia del vínculo laboral.”

Corte Suprema, Rol 4138-2002, de 30/01/2003: “Que, a mayor abundamiento, también es un hecho a considerar que el actor durante el período prolongado de cuatro años de prestación de servicios no reclamó el pago de imposiciones, ni exigió en su oportunidad sus correspondientes vacaciones y demás beneficios propios de los trabajadores”.

Corte Suprema, Rol 3642-2002 de 19/12/2002: “Las relaciones contractuales que vincularon a las partes, mantenida durante más de ocho años, en particular la extensión por el actor de boletas de honorarios por "asesorías y servicios", acreditada en autos, sin que conste, durante ese prolongado lapso, que éste técnico marino y buzo profesional, haya formulado reclamo alguno de su condición laboral o recabado la emisión

laboral. Empero, la demanda tardía del trabajador, habiendo concurrido al pacto original y conociendo las características laborales del vínculo, constituían un caso de violación de la buena fe contractual²³.

La doctrina de este fallo merece ser comentada. Respecto de un profesional que detentaba facultades para contratar y despedir en la empresa que se desempeñaba, es probable que este raciocinio tenga algún asidero con lo que realmente pasaba; habitualmente se pacta con el empleador una indemnización contractual en este tipo de trabajos, por lo que el juez que se enfrenta a estos casos suele considerar que pudiera haber un aprovechamiento de la propia aceptación original del demandante para obtener más dinero mediante una acción judicial reclamando la laboralidad del vínculo.

Pero ni con mucho este criterio puede hacerse extensivo a todo trabajador profesional que para obtener un empleo aceptó las condiciones de contratación que se le ofrecieron, aún sabiendo que se trataba de condiciones irregulares pero que de haberlas denunciado oportunamente corría el riesgo de perder su fuente de trabajo.

de liquidaciones mensuales de remuneraciones, la concesión de feriados, el pago de impositivos previsionales y demás beneficios derivados de una contratación como trabajador dependiente.”

²³Corte Suprema, Rol 1750-2004, de 28/07/2004: “Las partes en el instrumento en cuestión dejaron constancia que en virtud de este contrato no derivarían situaciones de dependencia o que pueda entenderse que se trata de un contrato de trabajo, no obstante lo cual (...) sí es posible advertir la existencia de estos elementos propios de una relación laboral. En este orden de ideas, es posible señalar que el actor estuvo sujeto a una situación de dependencia en la prestación de sus servicios, hecho que se desprende al considerar que el vínculo que unió a las partes se extendió por más de 13 años (..)Por otra parte, es posible advertir que la función del actor, en realidad, no sólo se circunscribió a efectuar labores de registro contable, sino que además, en el desarrollo de sus funciones, se le asignaron labores de absoluta responsabilidad para la institución demandada. (..)Por todo lo razonado previamente, sólo resta declarar que el vínculo de prestación de servicios que existió entre las partes (...) revistió el carácter de relación laboral.

Que los principios generales que informan en derecho, están en un estatus más alto que el de las propias normas, cumpliendo la función legitimadora del mismo. Entre otros principios figuran el ya señalado de la buena fe, que es inspirador a su vez de la doctrina denominada de los actos propios, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto.

Que el demandante mantuvo por 13 años una relación con la parte demandada basada en un pacto escrito, en el que descartan todo vínculo de subordinación y dependencia que aparece debidamente finiquitado; pretende ahora, luego de transcurrido más de un año del cese del vínculo contractual, que se declare que dicha relación habida entre las partes fue de naturaleza laboral (...).Este criterio deja en evidencia un atentado a la buena fe y a la teoría de los actos propios, antes esbozados.

Nada de esto tiene que ver con la existencia o no de laboralidad. La Corte Suprema ha añadido otras consideraciones al análisis de los indicios de laboralidad, que por cierto no se vinculan con la definición doctrinaria ni jurisprudencial de la subordinación y dependencia.

6) *Las partes no califican laboralidad de una prestación de servicios* : Categóricamente la jurisprudencia ha establecido que la adopción de un contrato de arrendamiento de servicios, bajo la forma del denominado contrato a honorarios, no impide la posterior calificación judicial de laboralidad. La aplicación del principio de primacía de la realidad en materia laboral lleva al juzgador a apreciar la evidencia fáctica para determinar la naturaleza del vínculo que origina la prestación de servicios de que se trata y no lo declarado por las partes, aún cuando haya sido de común acuerdo²⁴.

Pero este criterio de no considerar lo declarado formalmente por las partes también puede operar en contra de la calificación de la laboralidad de una prestación de servicios. En efecto, que una persona que aprovecha los servicios personales de otra invoque causal de “necesidades de la empresa” para poner término al contrato, no es suficiente para establecer que esa relación era laboral.²⁵

²⁴ Corte Suprema, Rol 3582-2003 de 09/03/2004: “Que un principio que tuvo su origen precisamente en el derecho laboral es el de la primacía de la realidad, y que se refiere a la existencia de una relación laboral como forma distinta del título que la rija y que tiene por objeto hacer prevalecer la verdad de los hechos, por encima de los acuerdos o nominaciones que las partes otorguen formalmente a la vinculación contractual. En el caso de autos, de los hechos establecidos precedentemente, aparece que si bien es cierto el contrato se denomina de prestación de servicios a honorarios, no lo es menos que se trata de un acuerdo de voluntades en el cual el empleador y el trabajador se han obligado recíprocamente, este último a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación y, el otro, a pagar una remuneración determinada. La subordinación y dependencia no solamente se visualiza a través de las expresiones contenidas en las cláusulas de dicho contrato, sino también en el hecho establecido en el proceso, que el trabajador se encontraba permanente a disposición de su empleador.”

²⁵ Corte Suprema, Rol 4138-2002 de 30/01/2003: “Resulta en consecuencia del todo irrelevante para los efectos de concluir que en el caso de autos las partes han estado vinculadas por un contrato de trabajo, la mera circunstancia que el representante de la empleadora, comunicó al actor su voluntad de poner término a sus servicios por necesidades de la empresa, antecedente que, al igual que el anexo de contrato que el actor ha invocado como fundamento de su pretensión, pugna con la realidad que surge del contexto general del proceso, en el sentido que en la especie no se han probado los elementos o circunstancias que son propios del contrato de trabajo en los términos que se describen en el artículo 7º del Código del Trabajo.”

7) Calificación judicial de los hechos que constituyen los indicios de laboralidad, es privativa del juez: Un grupo numeroso de fallos han abundado en que la calificación judicial de los hechos de la causa para determinar si existió o no relación laboral, es una atribución privativa de los sentenciadores de la instancia, ejercida conforme a las reglas de la sana crítica, y no admite control por la vía de la casación en el fondo, a menos que en la determinación de los hechos hayan desatendido las razones simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuyo caso correspondería asignar valor o desestimar la eficacia de tales probanzas.

De esta forma es habitual que se rechacen recursos de casación por esta vía, aduciendo la imposibilidad de revisar la apreciación de la prueba hecha en primera instancia.²⁶

8) Facultades calificadoras de la Dirección del Trabajo: Finalmente es útil revisar algunos fallos recientes sobre la competencia de la Dirección del Trabajo para detectar laboralidad en sus actuaciones de fiscalización, tema debatido frecuentemente en tribunales y que revisaremos a partir de fallos recientes.

La jurisprudencia se inclina por reconocer genéricamente las facultades interpretativas de la Dirección del Trabajo, en el ejercicio de las atribuciones que por ley le han sido asignadas, sin perjuicio de que esas decisiones pueden ser revisadas en la instancia judicial respectiva.

Un reciente fallo de la Corte Suprema explicita claramente esta doctrina²⁷: “Fiscalizar, es criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro, lo que implica desde la organización jurídica de las relaciones del trabajo y de acuerdo a la normativa aplicable, a la Inspección del Trabajo, se le reconoce la facultad de examinar y de sancionar los incumplimientos en los que se incurra con motivo de las prestaciones de *servicio sujetas*

²⁶ Entre otros, Corte Suprema, Rol 4168-2004 de 13/10/2004; Corte Suprema, Rol 3174-2003 de 27/10/2003; Corte Suprema, Rol 3101-2003 de 05/11/2003; Corte Suprema, Rol 3.419-03 de 4/11/2003; Corte Suprema Rol 4138-2002 de 30/01/2003 y Corte Suprema, Rol 3642-2002 de 19/12/2002.

²⁷ Corte Suprema, Rol 1003-2004 de 07/04/2004.

a la legislación aplicable (...)Facultad de fiscalización que va acompañada de la sanción, pues de no ser así, carecería de sentido que se atribuyera al órgano fiscalizador tales cometidos, lo que explica que el artículo 477 del Código del Trabajo disponga expresamente el régimen sancionatorio general (...)Además de las facultades de fiscalización y de interpretación de la legislación del trabajo que se le atribuyen a la Dirección del Trabajo, el propio Código del ramo ha consagrado otras que importan la calificación de hechos constitutivos de infracción a las normas laborales, o de calificación de una determinada situación jurídica y mediante las cuales, puede adoptar resoluciones ordenadas a su cumplimiento.

“Constando que los inspectores recurridos, practicaron visitas de fiscalización, constatando las infracciones de que dan cuenta en sus respectivas resoluciones, que de lo establecido en la ley, gozan de la presunción de veracidad, diligencias estas practicadas en aplicación y conforme a las normas contenidas en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no cabe calificar su actuación como ilegal; que por la misma razón éstas no son arbitrarias, toda vez que han sido razonadas y fundadas en la constatación de hechos concretos (...)Con todo, no resulta procedente en sede de protección, resolver una controversia que recae en situaciones de hecho, respecto de las cuales la ley ha dispuesto una presunción de veracidad, toda vez que éstas deben resolverse en la instancia.”

Este criterio general de legitimidad de las atribuciones interpretativas de la Dirección del Trabajo se complementa con la exigencia uniforme de que ellas se ejerzan “sólo cuando dicho servicio se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales, o sea, cuando con su actividad de fiscalización se sorprendan ilegalidades claras, precisas y determinadas”.

Sin embargo, tratándose de la calificación de laboralidad de prestaciones de servicios efectuada por inspectores de trabajo en actos de fiscalización, la jurisprudencia se ha inclinado por resolver que tal atribución es exclusiva de la función jurisdiccional, en

consideración a que la cuestión controvertida debe resolverse en un procedimiento judicial que otorgue derecho a la audiencia y a la presentación de pruebas.

En efecto, un fallo emblemático de esta doctrina uniforme de la Corte Suprema resuelve que: “La Dirección del Trabajo (...) decidió que ciertas personas contratadas a honorarios debían ser incluidas en la negociación colectiva, porque existía un vínculo de subordinación y dependencia respecto de la empresa recurrente. Cuestión ésta que se encuentra al margen de las facultades conferidas a la Inspección del Trabajo por el artículo 474 y siguientes del Código del Trabajo, y que debe ser resuelta por la judicatura especial que conoce de estos asuntos. Ello, porque se ha de determinar, entre otras cuestiones, la existencia del referido vínculo de subordinación y dependencia (...) por lo tanto, lo descrito se relaciona con derechos que están en discusión, siendo una cuestión en la que existen involucradas situaciones de hecho y de derecho que es necesario analizar, debatir y probar en un procedimiento contencioso, de lato conocimiento, y que otorgue a las partes en conflicto la posibilidad de accionar, excepcionarse, rendir sus probanzas, argumentar y deducir los recursos que sean del caso. En consecuencia, la recurrida, se arrogó facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia. Así, ha incurrido en una actuación ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 n° 3, inciso 4°, de la Constitución Política de la República, ya que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, lo que no ha sido el caso, en que la inspección recurrida asumió, en la práctica, la función de decir derecho que pertenece constitucionalmente a los tribunales, al decidir en los términos ya indicados, lo que, sin lugar a dudas, corresponde legalmente que se efectúe en el curso de un proceso jurisdiccional.”²⁸

²⁸ Corte Suprema, Rol 619-2004 de 01/04/2004.

III.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE ALGUNAS DE LAS CAUSALES DE DESPIDO DEL ARTICULO 160 DEL CODIGO DEL TRABAJO

Consuelo Gazmuri

Si bien son muy frecuentes las acciones por despido causado en las que se reclama un pronunciamiento de los tribunales superiores sobre la justificación o injustificación de la causal invocada, la jurisprudencia respectiva ha sido escasamente analizada. Por ello ha parecido interesante abordar este tema: es indudable que los criterios con que la jurisprudencia aborda las causales de caducidad del artículo 160, afectan profundamente la vida de personas concretas.

Sin embargo, considerando que las causales del artículo 160 son numerosas y complejas y varias de ellas pueden desglosarse en distintas conductas específicas, la posibilidad de analizarlas todas a la luz de la doctrina jurisprudencial predominante excede absolutamente las posibilidades de este trabajo. Por ello se han escogido dos: la del n° 7 (el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato) y la del n° 3, en su primera parte (la no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo.)

El incumplimiento grave de las obligaciones del contrato interesa especialmente porque se trata de un concepto jurídico abierto, de aquellos que ofrecen mayor libertad de calificación jurídica al juzgador, así como por la frecuencia con la que se le invoca. Por su parte, la ausencia injustificada remite a varios tópicos interesantes.

Este trabajo se ha concentrado en dos situaciones específicas, que parecen haber sido correctamente enfocadas por la Corte Suprema. Estas son la ausencia por motivo de

privación de libertad y por enfermedad, habiéndose presentado extemporáneamente la correspondiente licencia médica.

Previamente al comentario de las decisiones judiciales recaídas en los juicios seguidos por las causales escogidas, es preciso detenerse en algunas consideraciones generales, a la luz de las cuales debiera hacerse la correcta interpretación de toda la normativa del artículo 160 del Código del Trabajo.

Elas dicen relación tanto con principios generales del derecho, como la buena fe en la ejecución de los contratos (y por cierto en su terminación), las normas de interpretación de la ley del Código Civil, y la equidad natural, así como con principios propios del derecho sustantivo del trabajo, tales como el de *indubio pro operario*, primacía de la realidad y conservación del contrato. Es dentro de este marco general que deben considerarse, en primer lugar, los criterios jurisprudenciales que se comentan.

En segundo lugar, deben tenerse en cuenta otras cuestiones específicas que dicen relación particular con el artículo 160 del Código del Trabajo. El encabezado de este artículo señala: “ *El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término, invocando una o más de las siguientes causales.*”. De esta manera, se destaca: 1) Su carácter sancionatorio obliga a hacer una interpretación restrictiva de las normas que lo regulan, en conformidad a los principios generales de derecho.²⁹ 2) El despido disciplinario a que se refiere, constituye la más grave sanción a que puede dar lugar la relación laboral. Como señala Machiavello, a partir de la segunda guerra mundial, el derecho europeo, seguido en esto por el nuestro, ha considerado que el trabajador “tiene derecho” a ocupar su puesto, a no ser despedido, a menos que cometa una infracción contractual. Por su parte el empleador no tiene “libertad” para despedir a quien quiera y solo puede hacerlo por “una causa justificada”, en atención al rol social de la empresa y el trabajo³⁰. 3) La terminación del contrato de trabajo es una materia reglamentada por normas de orden público, lo que explica que

²⁹ Rol N° 4326-04, de 24 de enero de 2006

³⁰ Machiavello, Guido. Derecho del Trabajo, Tomo I., Fondo de Cultura Económica, Pag. 481

uno de los criterios seguidos en forma unánime por la jurisprudencia, según se dirá, es que los acuerdos contractuales de las partes para calificar de graves ciertas faltas, son inoponibles al juez. 4) La causa del despido, de acuerdo a las reglas generales de la prueba y en especial lo establecido por el art. 1698 del Código Civil, debe ser acreditada por el empleador, quien se funda en ella para poner término a sus obligaciones para con el trabajador. Dicha prueba debe ser ponderada de acuerdo a las normas de la sana crítica, esto es, en palabras del artículo 456 del Código Laboral, expresando las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se les designe valor o las desestime.

Especial importancia parecen tener en materia de despido disciplinario las razones lógicas y de experiencia. Así, un fallo de la Corte Suprema, dictado en enero último, conociendo de un Recurso de Casación en el Fondo, ha dicho, acerca de un despido por no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada, que “habrá justificación cuando el trabajador invoque un motivo digno de ser atendido racionalmente para no concurrir a sus labores”.³¹ En este caso, el calificativo “*racionalmente*” apunta precisamente a las razones lógicas que han de tenerse en cuenta.

1.- La ausencia injustificada

1.1 Ausencia por razón de privación de libertad: Hemos encontrado dos sentencias de la Corte Suprema que revisten interés sobre el tema. Estas son: Corte Suprema, 2 de noviembre de 1999. En este caso quedó establecido como hecho de la causa que el actor fue despedido el 30 de marzo de 1998, por haber faltado a sus labores sin causa justificada durante dos días consecutivos, habiéndose ausentado el trabajador entre el 21 de marzo y el 17 de julio de 1998, época en que se encontraba detenido y sometido a

³¹ Se trata de un caso en que una madre trabajadora faltó algunos días a su trabajo, por encontrarse acompañando a su hijo de un año y cinco meses (cuyo padre no lo había reconocido), quien se encontraba hospitalizado por una grave neumonía, la que no alcanzaba, sin embargo, a constituir una enfermedad terminal en los términos del artículo 199 bis del Código del Trabajo.

prisión preventiva por un tribunal del crimen, el que le concedió la libertad bajo fianza en la última de las fechas señaladas.

La sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, rechazó la demanda del trabajador por despido injustificado. A partir de los hechos establecidos, la Corte Suprema consideró que para dilucidar la cuestión debatida debía necesariamente establecerse la existencia o inexistencia de fuerza mayor ante las ausencias que motivaron el despido del actor. Al respecto, invocando el artículo 45 del Código Civil, el cual define la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto a que no es posible resistir, como los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, dio por establecido que en el caso sub lite existieron razones de fuerza mayor, que determinaron dichas ausencias, de manera que ellas fueron justificadas. Agregó que a esta conclusión se arribaba, además, teniendo presente que el trabajador fue absuelto, por sentencia ejecutoriada de los cargos que se formularon en su contra.

Así declaró infringidas por las sentencia de los jueces del grado las disposiciones contenidas en los artículos 45 del Código Civil y la contenida en el artículo 160 n° 3 del Código del trabajo, acogiendo el recurso deducido.

Dos cosas llaman la atención de este razonamiento judicial. En primer lugar que se limite a establecer que existió fuerza mayor, sin referirse en absoluto al carácter eximente de responsabilidad que todas las obligaciones le confiere y en particular el artículo 1547 del Código Civil. Es esta, en realidad, la disposición legal infringida, puesto que mal podría serlo una como la del artículo 45 que se limita a definir una institución.

En segundo lugar llama la atención que se considere como un elemento secundario el hecho que el actor haya sido declarado, en definitiva, inocente. En efecto, nos parece que es este precisamente el elemento determinante, a la luz del ya citado concepto de caso fortuito o fuerza mayor, en cuanto uno de sus elementos es que se trate de un imprevisto. Claramente, quien efectivamente ha cometido un delito, puede prever la

posibilidad de ser encarcelado, cosa que, sin embargo, no puede hacer el que no lo ha cometido. Esto, sin considerar que, además, quien cometió el delito se puso voluntariamente en el trance de tener que ausentarse de sus labores.

Otro fallo de la Corte Suprema, de 6 de enero de 2004, recayó sobre un caso similar. En él se establecieron como hechos de la causa que el demandante fue despedido el 27 de septiembre de 2001, aduciendo su ausencia entre los días 15 y 26 del mismo mes y año, por encontrarse privado de libertad desde el 7 de junio de 2001 por haber sido procesado y luego condenado por el delito de abuso sexual. Se argumentó, además, que dicha circunstancia le fue ocultada al empleador demandado por el actor, dando como justificación un problema judicial menor, razón por la cual el demandado decidió no hacer efectiva de inmediato la causal de despido, pero que al enterarse de la razón efectiva decidió cursarlo.

Los jueces del grado estimaron que no correspondía al empleador calificar las razones de la detención del trabajador y que, atendido el tiempo transcurrido, en circunstancias que el hecho basal ha sido siempre el mismo, esto es una orden judicial, operó el perdón de la causal (del que más adelante nos ocuparemos). Por tal razón acogieron la demanda sobre despido injustificado.

La Corte Suprema, conociendo del Recurso de Casación en el Fondo interpuesto por el demandado, estimó que el proceder del empleador aparece ajustado a la prudencia y responsable moderación, puesto que solo cuando tuvo la certeza de los motivos que causaron las inasistencias del trabajador, procedió a su despido. Consideró, asimismo, que la renuncia a una posición ventajosa por parte del empleador, al permitir que el trabajador dejara de cumplir por un prolongado período su obligación de asistir al trabajo, exige como premisa esencial el conocimiento cabal, verdadero y oportuno de las circunstancias y pormenores que afectaban al trabajador, lo que no fue posible por causas imputables directamente a éste.

Finalmente, señaló que la falta o inasistencia del trabajador no se justifica por encontrarse fundamentada en una resolución de la autoridad judicial, puesto que con su conducta se expuso voluntaria y conscientemente a su procesamiento y prisión preventiva. De esta manera, estimó que existió una errada interpretación del artículo 160 del Código del Trabajo, al apartarse de las reglas de la sana crítica, lo que influyó en lo dispositivo del fallo y, en consecuencia, acogió el recurso.

Este fallo, a diferencia del anterior, sitúa, en nuestro concepto, las cosas en su debida dimensión, en cuanto pone el énfasis en la voluntariedad o falta de ésta en la ausencia del trabajador. Quien comete un delito no puede sino ponerse en el evento de ser encarcelado y teniendo esa posibilidad en cuenta lo comete de todos modos. Es una idea similar a la del dolo eventual en materia penal.

En cuanto al argumento del perdón de la causal, es evidente que en este caso no existió inactividad del empleador, que es supuesto de dicho perdón. Por el contrario, le conserva el empleo, a pesar de las ausencias mientras cree la versión del trabajador y sólo le pone término cuando descubre el engaño de éste. Una actitud así, ciertamente no podría traerle consecuencias desfavorables, por aplicación del principio de la buena fe.

Ausencia por enfermedad, habiéndose presentado la correspondiente licencia en forma extemporánea: Sobre este tema comentaremos un fallo de la Corte Suprema, de 27 de abril de 2004 (ignoramos el rol).

En este caso resultó probado que el actor no se presentó a trabajar durante diez días consecutivos, y que al séptimo día de ausencia fue despedido por la indicada causal. Asimismo se acreditó que el último día de dicha ausencia presentó licencia médica extendida el mismo día por un facultativo.

La sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones de Arica, sobre la base de los hechos descritos, estimó que se había configurado la causal del

artículo 160 n° 3 del Código del Trabajo y consideró el despido como justificado, desestimando, en consecuencia, la demanda.

El demandante recurrió de Casación en el Fondo, estimando vulnerados los artículo 160 n° 3, 455 y 456 del Código del Trabajo. La Corte Suprema acogió dicho recurso teniendo en cuenta que el demandante se ausentó de sus labores amparado por una licencia formalmente válida. A partir de ello declaró infringidos por los jueces del grado el artículo 160 n° 3 del Código del Trabajo y el n° 9 del artículo 19 de la Constitución Política, afirmando en torno a éste último, en una argumentación que reviste gran interés, que la citada disposición constitucional asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, el que comprende, entre otros aspectos, el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, cuyo ejercicio fue regulado por la ley 18.469, la que creó un régimen de prestaciones de salud que determina las acciones a que pueden acceder los beneficiarios.

Agregó que entre tales prestaciones se encuentra el pago de un subsidio a los trabajadores afiliados que hagan uso de licencia por enfermedad, la que, a su vez les otorga el derecho de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso, en cumplimiento de una indicación profesional certificada en el instrumento correspondiente.

De este razonamiento el tribunal concluyó que habiendo quedado como hecho fijado en la causa el otorgamiento de un certificado de licencia, es indudable que el trabajador hacía uso del derecho a ausentarse por el período indicado por el facultativo que la extendió, y que la circunstancia que dicha licencia se haya presentado en forma extemporánea y que le haya sido extendida retroactivamente, no puede afectar su derecho a la protección de la salud, de manera que no puede estimarse injustificada la ausencia, habiendo infringido, en consecuencia, las sentencias anteriores el artículo 160 n° 3 del Código del Trabajo.

El mayor interés que presenta este fallo reside en que la Corte Suprema hizo una aplicación directa de la Constitución al fundamentar su decisión. Podría haber agregado, además, el principio penal *non bis in idem*, desde el momento que la presentación extemporánea ya trae aparejada una sanción, cual es el no pago del subsidio por el período correspondiente.

2.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato y criterios jurisprudenciales acerca de la configuración de la causal

Siendo el despido disciplinario la más grave sanción que puede aplicarse a un trabajador, la jurisprudencia de los tribunales superiores ha sido prácticamente unánime, desde antiguo, en exigir que la conducta del trabajador produzca una suerte de perjuicio al empleador para la configuración de la causal, desechando considerar como tal algunos comportamientos o actitudes reprobables, pero que no producen tal efecto. Así lo ejemplifica la siguiente aserción de la Corte de apelaciones de Santiago: “constituye (la del trabajador) una actuación desmedida, irrespetuosa y vulgar, pero no alcanza a tener la gravedad que exige precisamente la causal invocada, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. Ello porque, en sí misma, sin perjuicio de los calificativos expresados, no se ha acreditado que exista alguna obligación contractual específica que haya sido incumplida de manera grave” (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2080-05).

La doctrina, por su parte, ha exigido que el incumplimiento sea grave en sí mismo y en relación a las circunstancias en que se produce. Además, por supuesto, que exista la necesaria imputabilidad al trabajador que incumple; es decir que el acto o conducta sea atribuible a dolo o negligencia inexcusable de éste.³²

³² Derecho del Trabajo. Manuel Alonso Olea y María Emilia Bahamonde. Décimocuarta Edición, servicio publicaciones facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid.

Los factores que suele considerar la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos a la hora de estimar si la conducta del trabajador constituye o no un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales han sido:

1.- Que la conducta haya afectado el normal desenvolvimiento de las faenas o la actividad de la empresa, como ocurre en las sentencias de casación roles 2927- 03, 133 – 04 y 1799-04, .

2.- Que la conducta haya producido perjuicios al empleador, lo que la Corte Suprema argumentó, por ejemplo, en el fallo de casación rol 3467-04, resolviendo un caso en que se acreditó que el trabajador fue encontrado durmiendo en un baño en días y horas laborales, y en estado de ebriedad, sosteniendo “que el hecho ocurrido el 18 de noviembre de 2000, era de carácter aislado y de menor gravedad, ameritando un llamado de atención, pero no el despido”. Corte Suprema, Rol3467-04.

3.- Que la conducta alcance a ser de tal naturaleza y entidad que produzca un quiebre en la relación laboral e impida la convivencia normal entre uno y otro contratante. Corte Suprema, Rol 5509-04.

4.- La trayectoria laboral del trabajador en la empresa. Si ésta ha sido prolongada y satisfactoria, la tendencia es a desconfiar de la existencia de un incumplimiento grave. Así lo hacen, por ejemplo, los fallos de la Corte Suprema roles 2448-03 y otros dos cuyos roles no conocemos, de 15 de julio de 2003. y de 29 de enero de 2004, respectivamente. Este último es especialmente claro al respecto, cuando señala:”Que, en consecuencia, acudiendo a las máximas de la experiencia, esto es, considerando que se trata de un dependiente que prestaba servicios desde el año 1996 (y fue despedido el año 2001) y que por lo mismo no se expone a perder su fuente de ingresos, se impone como conclusión que la terminación de los servicios del actor obedeció a razones distintas de las esgrimidas en este juicio por el demandado”.

5.- Que los hechos que se imputan al trabajador tengan o no relación con las funciones que contractualmente le correspondía cumplir. En este sentido podemos mencionar los fallos roles 5474-03, 665 – 04, 1060-04, 1799-04 y 2817-04.

Vale la pena consignar el razonamiento del fallo 1799-04. En este caso se acreditó que el actor se desempeñó para la demandada como funcionario administrativo desde el 21 de diciembre de 1992 y que fue despedido por su empleador el 17 de julio de 2003, por la causal del artículo 160 n° 7, cuyos hechos se hicieron consistir en el incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador, al haber extraviado el dinero de las recaudaciones encomendadas por su empleador; que el actor venía realizando labores de recaudación desde hacía tres meses, pese a que esa labor no figuraba en su contrato; que el actor reconoció la existencia de los hechos y envió una carta a su empleador ofreciendo pagar la suma extraviada, mediante descuento de sus remuneraciones; y, que la empleadora no pudo acreditar modificación alguna del contrato de trabajo del actor.

Sobre la base de estos hechos, la Corte de casación hizo suyos los razonamientos de los jueces del grado, en el sentido de que, en conformidad a las reglas de la sana crítica, se concluye que el trabajador no incurrió en la causal de despido esgrimida por el empleador, por cuanto, por una parte, la labor de recaudación no se encontraba dentro de las obligaciones contractuales del actor y, por otra, constaba de los documentos agregados a los autos que ofreció devolver la suma extraviada y que se trataba de un trabajador con más de diez años de antigüedad en el trabajo.

El análisis de este fallo parece especialmente interesante, por cuanto además de tomar en cuenta que el incumplimiento concernía a obligaciones no impuestas contractualmente al actor, considera la antigüedad de éste en el cargo y (aunque no lo señale expresamente) valora la buena fe del trabajador al ofrecer la restitución de la suma extraviada.

6.- Que la conducta sea realmente imputable al trabajador, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso. Respecto de esta exigencia, -que responde , por los demás,

a un presupuesto básico del derecho – un fallo de la Corte Suprema ha dicho que “habiéndose tratado de un hecho inevitable, carece de justificación el despido de la trabajadora que se ve sobrepasada por una turba que invade el recinto que estaba a su cargo”. Rol 3448-03.

Otro fallo interesante sobre el particular es el dictado por la Corte Suprema resolviendo el Recurso de Casación rol 4012-03. Entre los hechos que resultaron probados en la causa se encuentran los siguientes: que la actora – técnico contador general- fue contratada como empleada administrativa en el establecimiento del demandado, pero de hecho asumió las obligaciones de tesorera y cajera, adscrita al Departamento de Contabilidad y Finanzas, bajo dependencia directa del gerente de administración; que durante el tiempo indicado la actora atendía, aunque no exclusivamente, la caja principal de la empresa y recibía pagos de clientes; que en el período señalado existieron irregularidades administrativas, lo que arrojó como resultado que la caja en que la actora prestaba sus servicios tenía valores pendientes por aclarar y que el faltante iba en aumento; que el gerente de administración y finanzas, superior jerárquico de la actora, asumió en declaración jurada prestada ante notario su responsabilidad en dichas irregularidades. Sobre la base de estos hechos, los sentenciadores concluyeron que tales anomalías se debieron al actuar irregular del gerente de administración y finanzas, y por ende no podía hacerse efectiva responsabilidad alguna respecto de la demandante.

Finalmente, la jurisprudencia ha sido unánime en considerar que no se configura la causal del artículo 160 n° 7, por el solo hecho de que el trabajador incurra en alguna conducta que las partes hayan pactado que constituya incumplimiento grave de las obligaciones o que aparezca como tal en el Reglamento Interno, más allá de que objetivamente lo sean. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago expresó claramente esta idea al resolver un recurso de apelación interpuesto por el demandado en una causa por despido injustificado seguida por una trabajadora, contra su empleadora, una AFP, que le aplicó la causal en comento por no haber alcanzado ciertas metas de trasposos de cotizantes, lo que contractualmente constituía incumplimiento grave. Dijo la Corte: “Las causales de despido de un trabajador son establecidas únicamente por la ley y su aplicación e interpretación, en relación con las convenciones que puedan

acordar las partes, es de carácter restrictivo, por lo que no pueden estar sujetas a acuerdos que excedan el verdadero sentido de la causal de despido, especialmente por la situación de inferioridad contractual en que se encuentra la parte trabajadora, ya que por esta vía se le pueden imponer condiciones demasiado gravosas que hagan en un momento determinado y sin culpa del trabajador, que este se encuentre en la imposibilidad de cumplir las condiciones que se le han impuesto”. Reconoce, así, el carácter de normas de orden público de las causales de despido disciplinario

3.- *Perdón a la falta*

Aunque este criterio ha sido aplicado por los tribunales superiores a todas las caudales del artículo 160, interesa, en este trabajo, detenerse en él.

El perdón de la causal o condonación de la falta es una elaboración doctrinaria, inspirada especialmente en dos de los principios del derecho del trabajo antes señalados: a saber el de *in dubio pro operario* y el de conservación del contrato. Jurídicamente correspondería a un caso de reconocimiento de la voluntad presunta, relacionándose también con la idea de consolidación de las situaciones que subyace a la prescripción extintiva. Si el empleador no hace nada para sancionar la falta cometida dentro de un período más o menos inmediato o cercano a su comisión, se presume su voluntad de perdonarla. Lo mismo ocurre si ya le ha aplicado otra sanción de menor entidad por la misma falta, caso en el que esta idea se entremezcla con el principio de *non bis in idem*.

Nuestro tribunales superiores han aplicado ampliamente esta institución, aunque, adaptándola, por cierto, a las circunstancias del caso concreto. Son muestra de ellos los siguientes razonamientos judiciales, que han fundado sentencias en este sentido: “Al no haberse materializado el despido inmediatamente después de la falta (en este caso, casi cinco meses después de que el empleador tomó conocimiento de los hechos fundantes del despido), el empleador ha renunciado tácitamente a la aplicación de dicha causal”. Corte Suprema, Rol 1000-02.

“ Resulta atendible y lógico que la parte empleadora, afectada o perjudicada por una determinada actuación subsumible en alguna de las causales de caducidad contempladas en el mencionado artículo 160 - entre ellas la de falta de probidad - deba provocar con prontitud, en el mismo acto en que ocurre el motivo o causal, ese efecto de extinción del vínculo laboral, efectuando las diligencias pertinentes a tal resultado. La extemporaneidad en la invocación de una causal de despido la hace improcedente como motivo admisible de término de contrato de trabajo, entendiéndose que ha operado una suerte de “perdón” de la causal de exoneración”. Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de junio de 2001.

Por el contrario, la jurisprudencia ha estimado que no se configura la condonación de la falta cuando es el empleador el que incumple gravemente las obligaciones del contrato y transcurre un tiempo prolongado antes que el trabajador decida accionar por despido indirecto, institución contemplada en el artículo 171 del Código del trabajo. Esto resulta, por demás lógico y no podría considerarse de otra manera a la luz de los elementos que deben tenerse en cuenta en el sistema de la sana crítica. Como se comprende, las máximas de la lógica y la experiencia indican que es lógico que el trabajador, vacile y se tome un tiempo, antes de tomar la decisión de poner él mismo fin a su contrato, con la incertidumbre económica que ello le trae aparejada.

Así, la Corte Suprema ha dicho: “no se produce el perdón de la causal cuando se trata del trabajador, que es perjudicado por la conducta del empleador” Rol 13-2004

“Que atinente con el denominado “perdón de la causal” alegado por el demandado, ha de precisarse que tal argumentación tendría cabida solo cuando es el empleador quien admite una determinada actitud de su trabajador y no hace efectivo el despido, pero no cuando es el trabajador el que acciona por despido indirecto”

Se echa, con todo, de menos en estas sentencias una mayor elaboración doctrinaria fundante de la posición adoptada. Tal elaboración, en todo caso, debería decir relación

con la posición de debilidad en que se encuentra el trabajador frente al empleador y la incertidumbre sobre las posibilidades de emplearse nuevamente.

Otra situación que interesa comentar es la demora en el despido, a consecuencia de la investigación de los hechos por parte del empleador, caso que se ha presentado ante los tribunales. En esta situación, claramente no existe perdón de la causal, sino, a nuestro juicio, una actitud responsable del empleador, que desea estar seguro acerca de que el trabajador ha cometido verdaderamente la falta imputada, antes de sancionarlo.

Así, ha dicho la Corte Suprema: “No procede declarar el perdón de la causal cuando previa investigación, se pone término al contrato cuando la trabajadora se reincorpora al trabajo tras hacer uso de licencia”. Corte Suprema, Rol 428-2004

Y en el mismo sentido: “No se entiende aplicable el perdón de la causal, cuando para despedir al trabajador que ha incurrido en conductas sancionables con el despido, el empleador ha realizado previamente una investigación interna que verifique los hechos.” Corte Suprema. Rol 1451-2004.

Como conclusiones a los comentarios anteriores, quisiéramos destacar dos.

1.- En general los fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, al menos en lo referente a la materia que hemos tratado, muestran un pobre sustento doctrinario, lo que probablemente se deba a una falta de verdadera especialización en la Corte Suprema, que permitiera que la Sala laboral fuera integrada por personas poseedoras de sólidos conocimientos de esta rama del derecho, así como de una trayectoria destacada en la materia.

2.- Se aprecia una aplicación bastante generalizada del principio *pro operario*, la misma que se echa de menos en el tratamiento de otras materias, especialmente cuando se trata de cuestiones que afectan a toda una categoría de trabajadores (al respecto podemos

citar como claro ejemplo la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema en el sentido de que la sentencia que decide que una determinada relación jurídica constituye contrato de trabajo produce un efecto declarativo, produciéndose el absurdo de que dichos contratos nace cuando ya están muertos, lo que en el orden práctico significa que el trabajador se ve impedido de cobrar prestaciones tan relevantes como las cotizaciones previsionales por el tiempo servido) o también las interpretaciones más o menos restrictivas acerca del alcance de la libertad sindical, derecho fundamental consagrado explícitamente en nuestra Constitución Política.

Cabe preguntarse si la Corte Suprema está más interesada en favorecer a los trabajadores que demandan individualmente prestaciones mínimas para poder seguir sobreviviendo, en una cierta actitud paternalista, que en los derechos de los trabajadores.

IV.- MORA PREVISIONAL: EL ARRESTO COMO MEDIDA DE APREMIO

Mónica Vergara

“No constituye prisión por deuda y en consecuencia no es aplicable la convención americana de derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”.

EL CASO: (Corte Suprema 3387/2003)

Se solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 12 de la ley 17.322, en el juicio ejecutivo seguido en contra de una empresa deudora de cotizaciones previsionales, cuyo representante legal es objeto de una orden de arresto dictada en su contra, medida fundada en la norma que se solicita declare inaplicable.

El artículo 12 de la Ley N°17.322 establece que: *“el empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales. El apremio será decretado, a petición de parte, por el mismo Tribunal que esté conociendo de la ejecución y con el solo mérito del certificado del secretario que acredite el vencimiento del término correspondiente y el hecho de no haberse efectuado la consignación.*

Las resoluciones que decreten estos apremios serán inapelables.

La consignación de las cantidades adecuadas hará cesar el apremio que se hubiere decretado en contra del ejecutado, pero no suspenderá el curso del juicio ejecutivo, el

que continuará tramitándose hasta que se obtenga el pago del resto de las sumas adeudadas.

Las instituciones de previsión, en los casos contemplados en este artículo, deberán recibir el pago de las cantidades descontadas o que debieron descontarse y de sus reajustes e intereses penales, aun cuando no se haga el del resto de las adeudadas.

Para los efectos contemplados en este artículo, la liquidación que debe hacer el secretario del Tribunal con arreglo a lo establecido en el artículo 7° señalará expresa y determinadamente las impositivas y aportes legales que se descontaron o debieron descontarse de las remuneraciones de los trabajadores.

Tanto la orden de apremio como su suspensión, deberán ser comunicadas a la Policía de Investigaciones de Chile, para su registro.”

El juicio de inconstitucionalidad se funda en que la norma de rango legal contenida en el artículo 12 transcrito, violenta normas de rango constitucional que imponen a los órganos del Estado:

Respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, entre los que se cuenta el Pacto Americano de Derechos Humanos celebrado en San José de Costa Rica cuyo artículo 7 previene que *nadie será detenido por deudas*, excluyéndose los mandatos judiciales dictados por incumplimiento de deberes alimentarios; Someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; Garantizan la libertad personal, el derecho a defensa y el debido proceso.

El tribunal rechazó el recurso. Fundó su decisión en que la restricción a la libertad personal mediante arresto decretado en el procedimiento de apremio contemplado en la norma cuestionada, no deriva del incumplimiento de un contrato ni en la exigibilidad de una deuda. Por el contrario, un arresto decretado en un caso legalmente previsto y en la

forma establecida por la Constitución, es consecuencia del incumplimiento de una obligación de origen legal (descontar y enterar las cotizaciones previsionales en el organismo previsional).

Destaca en la sentencia, dictada el 11.03.05, la concurrencia de 16 magistrados de la Corte Suprema a la decisión, disintiendo sólo 2 ministros por las razones que se señalan al analizar los fundamentos del voto de minoría..

Otros pronunciamientos de la Corte Suprema

La misma norma ha sido reiteradamente impugnada ante las distintas Cortes de Apelaciones del país en innumerables Recursos de Amparo, revisados por la Corte Suprema, conociendo de las apelaciones a las decisiones recaídas en éstos.

La Sala Penal (Segunda) de la Corte Suprema, que conoce las apelaciones de los recursos de amparo, casi invariablemente ha desestimado la tesis de los recurrentes en orden a considerar el arresto decretado en virtud de la norma del art. 12 de la Ley 17322, como un caso de prisión por deudas proscrito por el Pacto de San José de Costa Rica³³. Esta doctrina, desarrollada por jueces y por ministros de distintas Cortes de Apelaciones, y confirmada por la Corte Suprema, se sustenta además en los siguientes fundamentos:

El Estado debe supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la Seguridad Social. (Artículo 19 N° 18 de la CPE). Las normas legales que regulan el cobro de cotizaciones

³³ Rol 2549/2004

Rol 2762/2004

Rol 3235/2004

Rol 3216/2004

Rol 5185/2004

Rol 5250/2004

Rol 3825/2004

Rol 4307/2004

están en consonancia con la norma constitucional, incluyendo el delito de apropiación indebida que se configura cuando el empleador se apropia o sustrae el dinero proveniente de las cotizaciones previsionales, con perjuicio del trabajador.

La retención de dineros del trabajador no constituye una deuda. Una apropiación de dineros que el empleador está obligado a retener y recaudar no es una deuda, pues los dineros no ingresan nunca al patrimonio del empleador.

La parte de la remuneración destinada al pago de las cotizaciones para el Fondo de Pensiones, Instituciones de Salud o Fondo de Invalidez y Sobrevivencia, tiene un carácter alimentario en cuanto tiene por objeto la satisfacción de las necesidades básicas de los trabajadores, y tales deudas están expresamente excluidas de la aplicación del artículo 7° del Pacto de San José de Costa Rica.

Ahora bien, en todas las causas referidas destaca la insistencia del voto de minoría del Ministro Juica y últimamente del Ministro Cury, en orden a acoger los amparos y proscribir la aplicación del artículo en cuestión, posición que se convirtió en la opinión decisoria en sendas causas (Rol 1.179/2004 y Rol 4.457/2004).

Los ministros disidentes, a cuya opinión ocasionalmente se suma la opinión del abogado integrante de la Segunda Sala (Penal), son de opinión de que el arresto dispuesto en virtud de la norma del artículo 12 de la ley 17.322, constituye prisión por deuda, y en consecuencia, contraviene lo dispuesto las normas constitucionales y las contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, en cuanto vulnera la libertad personal de los deudores, por las siguientes razones:

La obligación del empleador de enterar las cotizaciones previsionales, deriva de una relación contractual como es la relación laboral, sustentada en el contrato de trabajo, y da origen a un crédito al cual está obligado el empleador.

El Estado vela por el cumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de recaudación y pago de las cotizaciones previsionales mediante el procedimiento ejecutivo civil, que contempla la ejecución forzada de la obligación, afectándose los bienes del deudor. En caso de incumplimiento de esta obligación, de naturaleza civil y carácter patrimonial, es improcedente afectar la libertad personal del obligado, sino a través del procedimiento criminal previsto por la ley.

La ley tipifica la conducta del empleador que no cumple con la obligación referida, como un delito que permite perseguir criminalmente a quien dolosamente no declara ni paga tales cotizaciones. Ello garantiza a su vez un procedimiento justo para ambas partes.

Los mecanismos compulsivos consistentes en prisión para quien no solucionara sus deudas, fueron derogados del procedimiento de apremio en nuestro sistema jurídico, manteniéndose la cuestionada norma precisamente en un procedimiento de ejecución, como el previsto en el artículo 12 de la Ley 17.322.

La calificación de la conducta del empleador como un delito de apropiación indebida debe decidirse en el respectivo proceso penal, en el cual el imputado tiene garantías procesales que no se contemplan en el procedimiento de apremio.

El arresto comporta una privación de la libertad personal y se acepta como apremio en nuestro sistema procesal para garantizar el cumplimiento de resoluciones judiciales que no tienen previsto procedimientos generales de ejecución, como sí lo tiene el de cobro de imposiciones. Tal medida tiene por objeto garantizar la colaboración procesal de los litigantes o de terceros y tiene un efecto correctivo, como en el desacato, pero no puede aplicarse para el cumplimiento compulsivo de una obligación civil, sin constituir prisión por deuda.

El apremio de arresto contemplado en la ley sobre cobro de cotizaciones previsionales, constituye una prisión por deuda autorizada por la ley que violenta diversos tratados internacionales que la proscriben. Nuestra CPE, art. 5°.2, incorpora al ordenamiento chileno los tratados sobre derechos humanos que se encuentren ratificados por Chile, y vigentes, obligando a los órganos del Estado. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art.7, ratificados por Chile y vigentes desde el año 1989 y 1991 respectivamente, disponen que nadie será detenido por deudas, exceptuando las obligaciones de carácter alimentario.

El rango de estas normas internacionales es el de una norma constitucional, equivalente a las contenidas en el artículo 19 de la Constitución relativas a las garantías individuales. En consecuencia, una norma de rango inferior como la comentada, es incompatible con el sistema constitucional.

El pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema que se comenta más arriba, viene en consecuencia, a pacificar la doctrina judicial y a ratificar la plena vigencia del mecanismo de apremio contemplado en el art. 12 de la ley 17.322. La decisión del Pleno, fundada en las consideraciones expuestas, contribuye a disminuir la mora previsional que alcanza niveles preocupantes a pesar de los esfuerzos del legislador por incentivar su pago.

En efecto, el apremio - que se puede evitar o al que se le puede poner fin mediante el pago de las cantidades ordenadas enterar- es un eficaz mecanismo de recaudación de las cotizaciones previsionales impagas, y se aplica una vez agotados otros mecanismos procesales dirigidos al cumplimiento de la orden juez.

Todo el sistema de cobro garantiza debidamente los derechos fundamentales del requerido, lo que además queda en evidencia luego que la ley sobre cobranza previsional - cuyo artículo 12 establece el apremio de arresto- fuera revisado por el legislador (ley 19.260 D.O. 04.12.1993), con posterioridad a la ratificación y entrada en

vigor de los aludidos tratados, sin que se le hicieran reproches de constitucionalidad en el control previsto en la tramitación de las leyes.

La vía penal para perseguir el delito involucrado en la acción del empresario tiene un fin sancionatorio, distinto del que persigue el apremio que tiene por objeto el acatamiento del rebelde de la orden judicial. El ejercicio de la acción penal compromete además la oportunidad del pago y el principio de economía procesal.

La reforma procesal penal puede, probablemente, contribuir a una más eficaz reparación del daño previsional en la medida que los procedimientos alternativos lo admitan. Tal análisis excede las posibilidades de este comentario pero queda formulada la invitación a revisar la reforma para favorecer la recaudación de las cotizaciones, conjuntamente con el proceso de cobro en sede laboral.

V.- RECEPCIÓN JUDICIAL DE LOS GRUPOS LABORALES DE EMPRESA EN CHILE

Diego López

La doctrina del levantamiento del velo corporativo y el nuevo artículo 478

Esta doctrina trata sobre la elaboración judicial de técnicas de investigación que permiten evitar fraudes y abusos mediante el uso instrumental de la personalidad jurídica, permitiéndole al juez prescindir de la formalidad jurídica que adopta una organización para indagar en su interior los bienes y las personas que subyacen detrás de una personalidad jurídica.

La doctrina del levantamiento del velo (L. del V.) surge como un esfuerzo judicial para distinguir la apariencia jurídica de la realidad, particularmente en materias propias de derecho económico y tributario, donde la organización jurídica que adopta el capital es una y otra vez transformada para lograr una posición dominante en el mercado, obtener ventajas tributarias, soslayar requisitos legales de constitución o funcionamiento, etc.

La doctrina del L. del V. supera el tradicional principio de la separación radical entre la persona jurídica y los miembros que la componen; relativiza la presunción de que una entidad jurídicamente constituida tiene voluntad propia, diferenciada de las personas individuales que forman parte de ella. Así, el juez puede detectar casos de abuso de la personalidad jurídica cuando es utilizada para una finalidad distinta de la que motivó su creación: puede perseguirse judicialmente a una sociedad matriz que opera a través de filiales, responsabilizando a todas ellas por los negocios realizados; puede indagarse judicialmente a un individuo que simula la constitución de una persona jurídica para no obligarse directamente en los negocios que emprenda, imputándole a él directamente las consecuencias jurídicas de las operaciones efectuadas por las razones sociales creadas; puede identificarse judicialmente al titular de una organización económica que bajo

diversas identidades legales, utiliza trabajo humano sin aparecer como empleador contratante.

Las experiencias comparadas que han adoptado la doctrina del levantamiento del velo corporativo tienen en común su origen judicial; se trata de una técnica o práctica judicial que se desarrolla como forma de indagar la verdad material más allá del apego a la formalidad jurídica. Sólo después de que dicha experiencia judicial se decanta o aparecen más definidos sus contenidos, surge el reconocimiento legal, que precisamente acoge las técnicas y conclusiones de las actuaciones judiciales³⁴.

Incluso el reconocimiento legal de la doctrina de L. del V. se ha generalizado más allá de la experiencia judicial que le dio origen, transformándose en normas habituales en diversos países para enfrentar la investigación judicial en algunas materias sensibles, comúnmente referidas al comportamiento de las organizaciones económicas; por ejemplo la regulación de la actuación conjunta de empresas relacionadas en el mercado de valores; la recepción legal de simulación fraudulenta en materia tributaria; tipificación de las diversas formas del delito de lavado de dinero; etc.

En Chile, el reciente reconocimiento legal en materia laboral de la posibilidad de imputar consecuencias jurídicas a entidades distintas de la que formalmente se presenta como empleador, es anterior al nacimiento de una doctrina judicial sistemática y decantada sobre el L del V. En mi opinión, aún no existe en Chile una técnica o práctica judicial de L. del V. en materia laboral, propiamente tal. Sí tenemos trabajo judicial en ciernes, en progreso, que en todo caso, hasta ahora, ha transitado fuera de la innovación legislativa promulgada recientemente, que tuvo por objeto precisamente facilitar esta indagación judicial, y se ha apoyado, en cambio, en el principio general de la primacía de la realidad en materia laboral.

³⁴ Ver Patricia López: *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*. Lexis Nexis, Santiago, 2003.

En efecto, como se sabe, el reciente reconocimiento legal de que una investigación judicial en materia laboral puede (y debe) superar el formalismo que adopta una empresa para eludir las obligaciones legales que derivan de la utilización de trabajo bajo subordinación y dependencia, fue resultado de una negociación política para destrabar la difícil aprobación del proyecto general de reforma a la legislación laboral en el año 2001. Por añadidura, esta innovación normativa fue concebida como el remedio de otra norma legal: el concepto de empresa que el código laboral exhibe en su artículo tercero.

La Ley 19.759 de reforma laboral incluyó la agregación de un nuevo inciso final al artículo tercero del código del trabajo, que ahora reconoce la posibilidad de que se infraccionen las normas que regulan las entidades a que refiere dicho artículo, es decir, se reconoce que la identidad de la empresa puede infraccionarse. ¿Cómo puede violarse una definición dada por la ley? El nuevo inciso del artículo tercero no lo dice, pero parece aludir a la utilización de la denominación empresarial para dificultar la indagación sobre quién es realmente el empleador. Más ampliamente, parece alertar sobre la posibilidad de que la denominación empresarial puede obstaculizar el reconocimiento de derechos legales del trabajo.

El artículo 478 del código laboral, también modificado por la ley de reforma 19.759, sanciona expresamente el ocultamiento patrimonial de una empresa para eludir obligaciones laborales y previsionales mediante algún subterfugio, lo que incluye cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, creación de identidades legales, división de empresa u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales. Como puede verse, el nuevo artículo 478 alude a casos en que el empleador real sea una persona distinta de la empresa que exhibe una identidad legal específica.

Esta reforma legal, en mi concepto, debe entenderse como el reconocimiento expreso de que la identidad legal adoptada por una empresa no debe ser obstáculo para perseguir la responsabilidad jurídico laboral de quien realmente actúa como empleador. Podría decirse que esto es un reconocimiento legal - muy *sui generis* - de la doctrina de L. del

V: más que apoyar una doctrina judicial pre existente, es el reconocimiento legal de la posibilidad de que en materia laboral, una empresa no sea realmente lo que aparenta y que *detrás* de ella, subsisten otros centros de imputación jurídico laboral.

Jurisprudencia judicial

En Chile, puede rastrearse cierta desconfianza judicial –en materia laboral – a la instrumentalización empresarial de la personalidad jurídica³⁵, desconfianza que en todo caso estaba en conflicto con la exigencia legal de que una empresa, en materia jurídico laboral, se identifique con la individualidad jurídica que la enmarca. Por añadidura, el excesivo formalismo de nuestra cultura judicial ha impedido un crecimiento vigoroso de la “*jurisprudencia de intereses*” - aquella orientada a precaver el interés protegido por el legislador antes que el apego irrestricto a las externalidades formales-. Precisamente, la reciente innovación legal del artículo 478, que recoge elementos de la doctrina del L. del V., tuvo como finalidad corregir el error legal de asimilar la existencia de empresa en materia laboral con una determinada identidad societaria, lo que prueba, una vez más, el excesivo legalismo que padecemos: una nueva ley autoriza a los jueces para que su indagación no se restrinja por lo que ordena otra ley anterior.

En suma, la incipiente doctrina judicial chilena que conocemos sobre agrupamiento de empresas en materia laboral, puede apreciarse como un esfuerzo para superar el rígido concepto de empresa que nos regala la ley del trabajo; opera como una derogación judicial del requisito formal de identidad legal. Es, por tanto, una superación judicial de la rigidez legal, apoyada en principios generales laborales, y que, hasta ahora, no recurre a la reciente innovación legal, precisamente concebida como remedio a la definición legal de empresa.

³⁵ "El inciso 2º del artículo 4º del Decreto Ley N° 2.200, de 1978, debe interpretarse en el sentido de que el legislador pretendió evitar que mediante el ***artilugio de introducir modificaciones a las sociedades empresariales***, se prive a los trabajadores de los derechos que la ley les reconoce y consagra en forma irrenunciable". Corte Suprema, Rol 6.485, 04.12.1984. El destacado es nuestro.

Los fallos judiciales en Chile que pudieran citarse como ejemplos de aplicación de la doctrina del L. del V. y por tanto, como casos de agrupamiento laboral de empresas, son escasos y se apoyan en la aplicación amplia del principio de primacía de la realidad, que permite identificar elementos indicativos de la existencia de una titularidad sobre el trabajo realizado que prevalece sobre la diversidad jurídica.

Ninguno de estos fallos alude explícitamente a algo parecido a una doctrina específica de superación del velo corporativo. Los hemos escogido porque todos ellos prescinden de la denominación societaria de una organización económica demandada laboralmente, y aplican consecuencias jurídicas más allá de quién aparece formalmente como empleador.

La jurisprudencia laboral sobre el tema que he podido reunir, no es (aún) una doctrina sistemática de agrupamiento laboral de empresas. Hasta ahora sólo se conocen pocos fallos de tribunales superiores que se pronuncian sobre el tema, no todos ellos son exhaustivos ni muy claros y, como se verá, exhiben una apreciación diversa sobre los *indicios* que caracterizarían el agrupamiento laboral de empresas.

En todo caso, se trata de una jurisprudencia que persigue la apreciación fáctica, de casos en que un empleador *material* alega no serlo formalmente, oponiendo una formalidad jurídica relativa a la identidad legal determinada de una sociedad en particular, que pretende salvarlo de ser judicialmente declarado empleador. Esta jurisprudencia no indaga la existencia de dolo o fraude –no se trata de la valoración de los móviles u objetivos de una conducta, no indaga sobre la voluntad de defraudar o engañar - sino que busca imputar la responsabilidad de empleador a quien ejerza *materialmente* como tal. Esta operación es típica de la práctica judicial de L. del V, que se orienta a una indagación fáctica de lo que realmente acontece *detrás* de la existencia de una específica personalidad jurídica.

En efecto, todos estos fallos se encomiendan al principio de primacía de la realidad para desestimar la identificación jurídica de las sociedades involucradas, sin efectuar una

valoración o reproche: No existen decisiones judiciales de invalidación o nulidad de personalidad jurídica, sino que se limitan a aplicar las consecuencias jurídicas de una actuación laboral controvertida, a quienes realmente participaron en ella.

La jurisprudencia judicial de agrupamiento laboral de empresas es una jurisprudencia de *indicios*. El juez busca comprobar que se verifiquen ciertos elementos que le permitirán concluir que dos o más identidades legales actúan respecto a la organización y dirección del trabajo que utilizan, *como si fueran una sola titularidad*. En lenguaje judicial: “que constituyan una sola unidad económica”.

Ahora bien, ¿cómo se les ocurrió a los jueces laborales que deben haber *indicios* específicos de que dos o más empresas actúan como un solo *centro decisorio* respecto al trabajo que utilizan?

La casuística que conocemos revela que se trata, sobre todo, de la convicción judicial de que existen subterfugios empresariales para eludir las responsabilidades legales de utilizar trabajo subordinado, utilizando instrumentalmente razones sociales para impedir la identificación efectiva del empleador. Se aprecia cierta impronta judicial protectora, que encuentra en una aplicación amplia del principio de primacía de la realidad una buena herramienta: es empleador quien realmente actúa como tal, aun cuando lo haga desde otra identidad legal determinada distinta a quien aparece como empleador formal. En la práctica, ciertos indicios materiales operarían como señales de alerta al Juez, advirtiéndole de coincidencias entre dos o más organizaciones (por ejemplo, mismo domicilio o mismo dueño); o revelándole la existencia de una realidad material oculta detrás de dos o más razones sociales (por ejemplo, una empresa matriz cuya gerencia imparte instrucciones a los dependientes de las empresas filiales).

Una revisión histórica de los fallos disponibles, revela que la elaboración de indicios aún está en curso y que ha experimentado alguna evolución.

1) *Morales Ravinel con Brink´s Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 307-91, de 06 de junio de 1991:* La Corte atiende a que se trata de dos sociedades que pese a ser jurídicamente autónomas, funcionan con medios que ambas proporcionan y que ordenadas bajo una misma gerencia concurren al logro de un fin económico común, lo que le permite concluir que ambas constituyen una sola empresa. Lo característico en este caso, es que las dos empresas involucradas explotan conjuntamente un mismo giro, desarrollando cada empresa una actividad complementaria con la de la otra.

El Fallo de Apelación afirma que “constituyen una sola empresa, dos sociedades que, con medios que ambas proporcionan, ordenadas bajo una misma gerencia, concurren al logro de un fin económico común, se dedican, la una, al transporte de valores y la otra, al conteo y envase de monedas y a la liquidación y pago de remuneraciones, ya que no es posible concebir el transporte de valores sin que previamente las monedas hayan sido contadas y envasadas ni es tampoco posible suministrar el servicio de pagadores sin que el dinero para efectuar el pago sea transportado al lugar en que este se efectúa. De ello fluye que los medios que proporcionan ambas sociedades, los que se encuentran ordenados bajo una Gerencia General común, concurren para el logro del fin económico de ambas sociedades”.

En este fallo existe un énfasis judicial en la existencia de vinculación patrimonial entre dos sociedades y en la “unidad del negocio” reflejada en la explotación conjunta del mismo, para resolver que exista una unidad empresarial. Se trata de *indicios* más bien formales que apuntan a revelar la íntima coordinación de funcionamiento entre dos empresas de razones sociales diferentes. En realidad, de estos indicios no se deriva directa ni necesariamente que exista una misma titularidad sobre el trabajo, común para ambas empresas.

2) “*Bordagaray y otros con Mutuos Hipotecarios Santa Fé S.A y otras*” *Corte Suprema rol 1.933-01, de 19 de julio de 2001:* Se trata de cuatro sociedades jurídicamente independientes, que sin embargo son demandas conjuntamente en sede laboral al estar representadas por una misma persona, que además es accionista

principal de todas ellas, y compartir todas un mismo domicilio, por lo que constituirían un holding o grupo de empresas relacionadas. El fallo de primera instancia asimila la representación legal común, un mismo accionista mayoritario y un domicilio único, a la existencia de una misma dirección para todas las sociedades de referencia y en consecuencia, concluye que todas ellas están obligadas a pagar indistintamente las prestaciones laborales que procedan. En fallo de casación, la Corte Suprema ratifica la sentencia recurrida, explicitando por añadidura la aplicación del principio de supremacía de la realidad, dando por asentado que se configura una *unidad económica* de la que forman parte todas las empresas involucradas

Ni en primera, ni en segunda, ni en casación, se indaga la existencia de indicios sobre si la representación legal, el propietario mayoritario y el domicilio en común de las razones sociales involucradas, efectivamente se reflejan en la existencia de una misma dirección para quienes laboran en ellas, lo que simplifica la identificación del grupo empresarial en materia laboral, asimilable a empresas que estén relacionadas o constituidas como holding.

Es particular de este fallo un énfasis en la “comunicación patrimonial entre sociedades” como indicio de agrupamiento laboral de empresas y además, una preocupación en la existencia de domicilio, representante y propietario comunes.

3)“*Recabarren Fuentes y otros con Soler y Compañía Ltda. y Bata S.A.C*” Corte Suprema rol 4.877-01, de 02 de mayo de 2002: Se trata de dos empresas no relacionadas por vínculos de propiedad, asociadas en virtud de un contrato de concesión comercial. A la concedente se la demanda por deudas laborales y a la concesionaria en forma subsidiaria, por el artículo 64 del Código del Trabajo. En fallo de casación, la Corte Suprema aprecia las características de la concesión para detectar que la concedente es propietaria del local comercial de ventas y de la mercadería allí expuesta; que ejerce el control de la actividad de la concesionaria mediante formularios de control de ventas, de administración y de contabilidad, prohibición de cambiar de lugar de venta, imposición de horarios de funcionamiento, obligación de depositar diariamente el

dinero recaudado de las ventas y reservándose las facultades de visitar diariamente el local y fiscalizar el cumplimiento de la ley laboral y previsional; y cuidando la apariencia comercial del local mediante la exhibición de un letrero con el nombre de la concedente.

Con el mérito de todo aquello, la Corte resuelve que “... es la concedente la que realiza la actividad productiva, valiéndose de la concesionaria sólo para los efectos de tener una garantía y un tercero a cargo que contrate a los trabajadores que deban colaborar en la venta que a ella le interesa y en la que la concesionaria lleva una mínima parte de los lucros”.

Este fallo, en mi opinión, adopta un criterio más material que los anteriores, indagando si el trabajo realizado se somete a las instrucciones y control de una entidad distinta al empleador formal. No hay aquí vínculos formales o de propiedad entre las sociedades involucradas, pero si una gestión común sobre el trabajo realizado en una de ellas, que revela, en la práctica, que la posición de predominio de la concedente le permite incidir directamente en la prestación de servicios que se ejecutan en la concesionaria.

4) *Rodriguez con JRP Group y otras, Corte Suprema, rol 3248-2003, 27 de octubre de 2003:* Demanda laboral de un ingeniero contra 16 empresas por servicios prestados a todas ellas en forma continua bajo subordinación y dependencia, todas con el mismo domicilio, el mismo gerente y del mismo propietario mayoritario. En Fallo de Casación, la Corte Suprema afirma que la definición de empresa del artículo tercero del Código del Trabajo se satisface en este caso respecto de todas las demandadas... “por cuanto sus gerentes eran los mismos y además todas funcionaban en el mismo domicilio”. Asimismo, concluye que efectivamente el demandado prestó servicios subordinados exclusivos para todas las empresas agrupadas como un todo organizado, por lo que todas ellas son solidariamente responsables en las deudas laborales para con el demandante.

Este fallo combina criterios formales (coincidencias entre todas las sociedades involucradas: mismos gerentes y común domicilio) con la observación fáctica de que el servicio contratado era efectivamente prestado a diversas sociedades, jurídicamente diferenciadas, pero bajo una sola dirección. Se concluye que todas las empresas demandadas funcionaban laboralmente como una sola.

5) *Barna Salazar con Administradora y Servicios Unimarc SA y Supermercados Unimarc SA, Corte Suprema, rol 205-2004, 19 de abril de 2004:* Otro caso en que se demanda por el artículo 64 del código laboral, pero en Fallo de Casación, la Corte Suprema considera que las empresas demandadas integran una misma unidad económica: al tener domicilio común -aunque con distintos representantes legales -, pertenecer ambas al grupo económico “Unimarc”, que exhibe una presentación corporativa para todas las empresas que lo componen, y estar bajo una misma unidad de mando. A mayor abundancia, la Corte destaca que el contrato individual de trabajo que el demandante celebró con la demandada principal, contempla expresamente la obligación de prestar servicios en cualquiera de los establecimientos, supermercados, oficinas o bodegas que la empleadora tenga en la ciudad de Santiago, lo que evidencia la unidad de organización existente.

En este fallo se aprecia un mayor peso de la apreciación material de unidad de dirección que abarca a ambas empresas demandadas: se observa un énfasis en la valoración de la presentación corporativa de grupo, común a todas las empresas que lo componen, y la unificación de la gestión de los asuntos laborales.

En fin la apreciación judicial de ciertos indicios para detectar un agrupamiento laboral de empresas parece estar deslizándose gradualmente desde criterios más formales (domicilio, propietario y representante común) hacia la apreciación de elementos más materiales, que más que revelar un control sobre la gestión económica y/o administrativa de las empresas involucradas delata la existencia de una gestión común del trabajo realizado en ellas; de un real poder de dirección laboral que obliga a los trabajadores al cumplimiento de instrucciones emanadas de un mismo centro decisorio

común a las sociedades agrupadas, que puede o no coincidir con la identidad legal de alguna de ellas. Estos indicios materiales darían pie para afirmar que organizacionalmente se trata de una sola empresa.

Tal es así, que empresas sin vinculación de copropiedad pueden igualmente compartir una misma gestión sobre el trabajo realizado, por ejemplo por la posición de control o predominio que un contrato de concesión comercial entrega a la concesionaria, lo que igualmente permitirá que judicialmente se declare que se trata de un agrupamiento laboral de empresas.

En efecto, ya hay dos casos de recalificación jurídica de subcontratación laboral por parte de la Corte Suprema, en los que ha concluido que una relación inter empresarial puede esconder una situación en que ambas comparten la gestión del trabajo realizado, sobre todo a partir de la constatación de la posición de control que ocupa la empresa mandante. En esos casos, la doctrina judicial se ha inclinado por incrementar el grado de responsabilidad laboral de la empresa dueña de la obra o faena.

Es deseable que la tendencia judicial de prestar atención a los elementos más materiales que revelan una gestión común del trabajo en dos o más empresas jurídicamente diferenciadas se fortalezca: la existencia de vínculos de propiedad entre sociedades es condición necesaria pero no suficiente para concluir el agrupamiento laboral de empresas. Lo que identifica al grupo laboral de empresas es que los trabajadores de las empresas agrupadas están sujetos a las mismas instrucciones emanadas de una dirección común, que engloba a todas las sociedades de referencia y que suele coincidir con lugares comunes de trabajo o prestaciones de servicios indistintamente en cualquier empresa del grupo.

No basta entonces descubrir que los directorios de algunas empresas tengan directores en común o identificar un mismo accionista mayoritario en dos sociedades para constituir un grupo de empresas con efectos jurídico laborales, ni que entre las empresas de referencia subsistan operaciones comerciales permanentes e incluso exclusivas. Sólo

habrá un grupo de empresas relevante en materia jurídico laboral si se presenta una gestión común del trabajo, una unidad de dirección apreciable a través de indicios precisos.

Estos Fallos no concluyen la conformación de una entidad empresarial jurídicamente diferente de las empresas de referencia, lo que es correcto. Se trata de atribuir judicialmente responsabilidad a las identidades legales pre existentes, involucradas en la controversia. La doctrina del L. del V. descubre que dos o más empresas actúan laboralmente como una sola. El grupo empresarial es detectado como una realidad material que carece de existencia jurídica. La consecuencia de ello es que cada empresa que conforma el grupo es un nuevo imputado al pago de las deudas laborales y previsionales. Las consecuencias del acto jurídico realizado formalmente por una de ellas (en este caso la contratación de un trabajador) se extienden a todos los miembros del grupo.

En fin, parece que la doctrina del L. del V. va lentamente instalándose en nuestra jurisprudencia laboral mediante un sistema de indicios no del todo definidos: Hay señales de que aparentemente evolucionamos desde una apreciación más formal de “*unidad de empresa*” en materia laboral a una apreciación más material de la misma. Si así fuera, sería una buena noticia.