

N° 208
AÑO LXVIII
JULIO - DICIEMBRE 2000
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

*MODIFICACIONES AL DERECHO INDIVIDUAL INCORPORADAS POR
LA LEY N° 19.759 PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL
DEL 05. 10. 2001*

PATRICIO MELLA CABRERA

Profesor de Derecho Laboral

Universidad de Concepción

*I. DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES Y SU RELACION CON LAS
GARANTIAS CONSTITUCIONALES*

1. Desde el apareamiento de lo que se denomina "Constitucionalización del Derecho Laboral" ha surgido un gran interés de la doctrina por estudiar este fenómeno, sometiendo al rigor de los conceptos, la justificación de su origen, el esbozo de sus características y clasificaciones, perfilándose finalmente como una institución jurídica de utilidad para los ciudadanos, en cuanto sujetos de la relación laboral de cualquier país.

Sintéticamente, cuando se alude a la constitucionalización del Derecho Laboral, ello está referido a lo siguiente: "la incorporación de las cláusulas laborales a los textos constitucionales"¹. (Por ejemplo la libertad de trabajo contenida en el artículo 19 N° 16 de la C.P.).

La introducción de reglas de naturaleza laboral en la Constitución jerarquiza estas normas y denota la importancia que tiene para la colectividad, expresada en la Carta Política, que existen ciertos derechos que requieren una consagración y protección más intensas de aquellas que resulta de la pura ley.

La inclusión de un cierto catálogo de "derechos laborales" en la Constitución (que a su vez puede considerar un mayor o menor número de derechos, según la decisión de los órganos políticos) implica acceder a variados mecanismos de tutela contemplados en la Carta Fundamental, entre los cuales se pueden mencionar y sinte-

¹ Sergio Gamonal, *Introducción al Derecho del Trabajo*, p. 33.

tizar los siguientes:

a) El principio de la "vinculación directa", en virtud del cual las normas constitucionales tienen un efecto inmediato y directo respecto de todos los ciudadanos y entidades, sean públicas o privadas y por lo tanto exigibles a todos los órganos del Estado y a los particulares; b) El Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad; c) El Recurso de Protección respecto de algunos derechos laborales consagrados en los N°s 16 y 19 del artículo 19 en relación con el artículo 20 de la C. P.; d) otros² (por ejemplo el control de legalidad efectuado por Contraloría).

2. Que en relación a los denominados derechos laborales recogidos por la Constitución vigente de 1980, se observa en la redacción de la Ley N° 19.759 que el legislador ha querido realzar la estrecha relación que existe entre el ejercicio de derechos estrictamente laborales con algunas garantías constitucionales que se refieren a algunos derechos inalienables de la persona humana y que se garantizan en los numerales del artículo 19 de la Constitución Política.

La expresión *realzar* está utilizada intencionalmente, porque el redactor no veía inconveniente en obtener los mismos resultados sin necesidad de legislar sobre el punto. En todo caso, no es un hecho menor que la ley recoja en su redacción la protección de derechos constitucionales que se relacionan con derechos laborales sean individuales o colectivos, ya que no debe olvidarse que la dictación de una norma es un hecho cultural que contribuye a la difusión de ciertos valores y principios éticos que deben gobernar toda actividad humana.

3. Del examen de las normas introducidas por Ley N° 19.759, queda en evidencia que se refuerza la *normativa antidiscriminación en el empleo*, perfeccionando la redacción del artículo 2 del Código del Trabajo, incorporando en su contenido conceptos de gran utilidad para decidir en un caso concreto si existe o no la reprochada discriminación que se pretende abolir. Así incurren en conductas discriminatorias, los que ejecutan o realicen algunos de los actos que se describen en el inciso primero siempre y cuando estén destinados a "anular o alterar la igualdad de oportunidades, y anular o alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación". La igualdad de trato es un cartabón desarrollado a propósito de la igualdad ante la ley descrita en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Se recoge así, un magnífico instrumento que viene del Derecho Humanitario³ y que permitirá a la luz de este instrumento examinar, en un caso concreto, si un trabajador, para acceder a un empleo o para acceder a unas mejores condiciones laborales durante la ejecución del contrato o en su extinción, fue objeto o no de una práctica discriminatoria.

² Sergio Gamonal, p 40.

³ Cecilia Medina. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 23 y siguientes.

Se enfatiza igualmente la posibilidad de una discriminación positiva que ya se acogía en la redacción del artículo 19 N° 16 inciso cuarto de la Constitución Política en cuanto se estima que la exigencia de ciertas calificaciones para un empleo determinado no constituyen prácticas discriminatorias.

A continuación, la redacción del inciso siguiente al utilizar la expresión "Por lo anterior", es una impropiedad, ya que este párrafo regula un ejemplo de práctica discriminatoria y el inciso anterior alude a la discriminación positiva. En fin, se señala como actos discriminatorios las ofertas de trabajo que se condicionan a requisitos como la edad, el sexo, la nacionalidad, etc. La práctica generalizada de estas ofertas de empleo movieron al redactor de la ley a incluir estos ejemplos de común ocurrencia, y, que ha sido tolerado sin que la sociedad haya podido reaccionar con alguna capacidad para terminar con estas prácticas. Así, es común la aparición en diarios u otros medios de propaganda escrita, radios y televisión, que se requiere una persona con ciertas características que discriminan respecto de otras, sin que ello se justifique racionalmente. La norma alude a que la práctica discriminatoria puede efectuarse por intermediarios como por ejemplo una firma consultora o de selección de personal en cuyo caso también incurren en la infracción legal y por ende afectan a la sanción genérica contenida en el Código del Trabajo, esto es la aplicación de multas, las cuales se aumentaron según resulta del examen del artículo 477 sustituido por la actual reforma.

A su vez, el inciso final señala que las obligaciones que resultan para el empleador, y contenidas en las normas antidiscriminatorias, pasan a formar parte del contrato de trabajo, resolviéndose de esta manera casos dudosos de infracción a la ley laboral, lo que tradicionalmente impedía aplicar sanciones a los órganos de fiscalización de la normativa laboral según jurisprudencia reiterada en tal sentido.

La redacción actual del artículo 2 implica una modificación tácita del artículo 10 del Código del Trabajo que regula el contenido del contrato de trabajo, en cuanto se incluye en la práctica, otra cláusula obligatoria.

En todo caso, de acuerdo al desarrollo que ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia, el contenido obligacional del contrato de trabajo, las discriminaciones que pudieran resultar de la celebración del contrato, o durante su ejecución, estaban claramente repugnadas por principios laborales como *la buena fe*. Así por ejemplo, si un empleador negaba un ascenso o mantenía una estructura de remuneraciones diferenciada sin justificación; ello vulnera obligaciones ya consolidadas del contrato, como el deber de lealtad y respeto que se deben recíprocamente las partes del contrato y por lo mismo en condiciones de ser objeto de una sanción, sea administrativa o mediante el ejercicio de acciones legales tendientes a la reparación (por ejemplo la decisión del trabajador de ejercer el derecho del autodespido).

4. Quizás una de las modificaciones más interesantes introducidas por la Ley N°19.759 se refiere a la inclusión de un nuevo inciso en el artículo 5 del Código del Trabajo, el cual pasa a ser el primero, y los incisos de la actual redacción pasan a ser el segundo y tercero respectivamente.

Pues bien, el nuevo texto sugiere una aparente novedad en cuanto expresa que las facultades que la ley concede al empleador tienen como límite el respeto de las garantías constitucionales del sujeto trabajador. Lo anterior era innecesario ya que por el principio de la vinculación directa, la normativa constitucional no podía ser agredida por la conducta de un particular (el empleador) en la etapa de formación, ejecución o extinción del contrato. Enseguida, la expresión "en especial" sólo particulariza alguna de las garantías individuales de nuestra Constitución Política al referirse al respeto que debe el empleador a derechos como *la intimidad; la vida privada y la honra* del trabajador, aludiendo así al numeral 4° del artículo 19 de la C.P. Por ejemplo pudiere estimarse como un ataque a la honra de un ex trabajador la circunstancia de una publicación en un diario por un empresario comunicando que el trabajador dejó de prestar servicios para su empresa⁴.

Igualmente es posible concluir que los tribunales ya protegían estos derechos constitucionales al estimarse que una conducta al parecer reprochable moralmente no daba derecho al empleador para decidir el término del contrato⁵.

5. La descripción de derechos constitucionales en la Ley N° 19.759 sugirió al legislador la necesidad de reformar otros dos aspectos del derecho individual: En primer término se agrega un nuevo inciso en el artículo 154, del C.T. en el cual se impone como obligación al empleador que en el caso de incluir en el Reglamento Interno medidas de control al personal que labora en la empresa, estas medidas deben respetar la dignidad del trabajador, concepto este último que tiene por contenido "la gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse" (Real Academia Española). Igualmente, se incluye un nuevo artículo 154 bis, en el cual se indica que el empleador estará obligado a mantener en reserva toda la información y datos privados del trabajador, siempre y cuando esa información haya sido otorgada por el trabajador con ocasión de la prestación de los servicios (ejemplo, datos privados para la selección de personal). Esta obligación de reserva y no divulgación es la contrapartida del deber de fidelidad que debe el trabajador al empleador, como por ejemplo no informar sobre los negocios o tecnologías que no deben conocerse por las empresas competidoras, lo que puede configurar la causal de extinción del contrato de falta de probidad según lo autoriza el art. 160 N° 1 del Código del Trabajo.

⁴ Ver sentencia Repertorio de la Constitución Política 19 N° 4, p. 39.

⁵ Sentencia Corte Apelaciones de Concepción, rol N° 505-1998 de fecha 06 de mayo de 1999, redactada por el recientemente fallecido ministro Sr. Fidel Henríquez Saavedra.

En segundo termino se perfecciona la redacción del N°1 del artículo 160 en el sentido de que las cuatro hipótesis de faltas graves al contrato deben encontrarse suficientemente respaldadas por medios probatorios que serán indispensable exhibirlos en el pleito correspondiente, bajo la pena de calificar el despido como abusivo y por ende afecto a los aumentos que se dirán. La redacción de esta modificación apunta claramente a resguardar el honor y dignidad del trabajador, lo que se relaciona con las garantías constitucionales N°s 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política.

La decisión de enfatizar y recoger de manera expresa, en la ley, derechos constitucionales hace necesario una reflexión; esto es, lo normal es que algunas cláusulas laborales sean recogidas por la Constitución, y no al revés.

Se asiste así a una laborización de *los derechos* constitucionales, lo que origina como consecuencia que se deberá adaptar su contenido a los principios, características y fuentes propias del Derecho del Trabajo – y junto con ello – pensar de que manera *se hará efectiva la protección de estos derechos*; por lo menos no creo que este fenómeno sea puramente programático.

II. LA EJECUCION DEL CONTRATO

1. La jornada de trabajo

La Ley N°19.759 contiene una proposición de reducción de la jornada ordinaria, de carácter inédita. Desde la aparición de la O.I.T. la extensión de la jornada ordinaria en el mundo occidental se traducía en las conocidas 48 horas semanales u 8 horas diarias, según la opción de la legislación interna de cada país, con el correspondiente descanso dominical y de día festivo. Si bien ya se conocen las reducciones de la jornada laboral en Europa atendida la productividad de los trabajadores de esos países, y el hecho de constituir la reducción de la jornada un mecanismo de disminución del desempleo. Lo cierto es que nuestro país ingresa a dicho grupo de países y establece que la jornada ordinaria de trabajo contemplada en el inciso primero del artículo 22 del Código del Trabajo se reduce a *45 horas semanales*, modificación, que por lo prevenido en la disposición transitoria 3ª comenzará a regir el 1 de enero de 2005. Sin ninguna duda la posposición de la entrada en vigencia de la reducción horaria apunta a que empresarios y trabajadores dispongan de un tiempo razonable para ajustarse al propósito legislativo; y sin que ello resulte del texto normativo no cabe duda que el objetivo trazado es por un lado disminuir el tiempo de trabajo aumentando la productividad del trabajador, sin disminución de su remuneración; y por otro lado aumentar la oferta de empleo por la vía de liberar horas de trabajo que eran servidas por los trabajadores que enfrentan la reducción de la jornada. Sólo el tiempo permitirá evaluar si la decisión legislativa fue la correcta o no.

2. La jornada extraordinaria

El nuevo cuerpo normativo pretende zanjar una anomalía que se venía observando en la ejecución del contrato en relación a las horas extraordinarias. Así, *laborar horas extraordinarias* constituye una *prolongación excepcional de la jornada*, luego, la realización normal de sobretiempo constituye una clara negación del concepto; y por otra parte su generalizada utilización es amparada por el hecho de la remuneración extra. Lo anterior ha llevado a multiplicar las jornadas excesivas con consecuencias negativas en la vida familiar y social del trabajador que procura elevar sus ingresos prolongando indebidamente su estadía en la labor.

El nuevo diseño legislativo pone especial énfasis en que las horas extraordinarias deben ser pactadas y tienen como sustento objetivo, el atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, y además, se indica que el respectivo pacto no puede abarcar un período superior a 3 meses sin perjuicio de su renovación.

En todo caso, la inclusión de requisitos más exigentes para la procedencia del pacto de horas extraordinarias seguramente traerá como efecto la disminución de las jornadas de trabajo e indirectamente lograr también la reducción de la jornada que constituye uno de los pilares de la reforma. Por otra parte, lo anterior se ve facilitado por el hecho de que las exigencias introducidas en el artículo 32 del Código del Trabajo al sustituir su inciso primero, permitirá una fiscalización más eficiente de esta normativa, y por la vía de la sanción administrativa (se hace más onerosa por el aumento de las multas) inhibe entonces este tipo de jornada y nuevamente liberar horas de trabajo que podrían estar disponibles para desempleados.

3. Las jornadas especiales

En relación a las jornadas especiales se extiende al período de descanso de los trabajadores que se desempeñan a bordo de naves pesqueras, al modificarse los incisos primero y tercero del artículo 23 del Código del Trabajo. Se debe recordar que el texto modificado distingue según si el trabajador lleve desplegando sus labores por un período inferior a 15 días de navegación o superior a dicho lapso; en el primer caso disponía a lo menos de 10 horas de descanso diario pudiendo fraccionarse en uno o varios descansos (ahora son 12 horas), y en el segundo, disponía de 8 horas continuas de descanso no pudiendo ser inferior a 10 horas (ahora son 12 horas) e imponiéndose la limitación que el fraccionamiento del descanso no se puede efectuar en más de dos períodos. En fin, se extiende el descanso en 2 horas.

En el mismo sentido de reducir la jornada de trabajo se modifica la jornada especial de trabajo contemplada en el artículo 25 del Código del Trabajo en relación

a los trabajadores que se desempeñan como choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de pasajeros, como también los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana y los que se desempeñen a bordo de ferrocarriles. En este caso debe recordarse que el precepto 25 estaba diseñado sobre la base de una jornada de 192 horas mensuales, que no es otra cosa que distribuir las 48 horas semanales en un período mensual. Se trata de una forma de flexibilizar la especial función de esta clase de trabajadores y se equipara el número de horas mensuales (180 horas mensuales) con las horas de la jornada ordinaria (45 horas semanales).

La modificación del artículo 25 del Código del Trabajo introduce una distinción entre los choferes y auxiliares de locomoción colectiva y de los servicios interurbanos de pasajeros, con los choferes de vehículos de carga terrestre, en virtud de la cual en este último caso, los tiempos de espera se imputarán a la jornada, lo que no ocurre tratándose de los primeros (rige desde el 1 de enero de 2005).

La Ley N° 19.759 amplía la obligación de disponer de una litera adecuada para el descanso, la que se contemplaba sólo para los buses, en circunstancias que ahora se extiende también a los camiones según se aprecia en la modificación N° 9 letra b de la citada ley (rige desde el 1 de enero de 2003).

En relación a las jornadas especiales se debe recordar que entre las modificaciones que se sugerían se encontraba la eliminación del artículo 39 referido a la jornada de trabajo de las personas que prestan servicios en lugares apartados de centros urbanos, derogación que finalmente no se incluyó, atendida la oposición de las organizaciones empresariales que veían en dicho texto una posibilidad de flexibilización de las jornadas de trabajo adaptándose a la forma y épocas en que se desarrollan ese tipo de labores.

4. Las jornadas excedidas o mayores

En cuanto a las jornadas excedidas contempladas en el artículo 27 del Código del Trabajo se produce una profunda modificación que implica, en primer lugar, eliminar el actual inciso primero, el cual incluía en esta jornada excedida a los trabajadores que desarrollan labores discontinuas, intermitentes o que requieran de su sola presencia. Al efectuarse la derogación, no queda otra solución que, si se cumplen los requisitos del artículo 7 del Código del Trabajo, estos trabajadores estarían afectos a la jornada ordinaria (48 horas semanales). La remisión al artículo 7 parece indispensable, porque el artículo 8 del C.T., en una redacción que no parece clara, señala que los trabajos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo.

En la nueva redacción del artículo 27 se elimina la referencia a los trabajadores que se desempeñan en las empresas de telégrafos, teléfono, télex, luz, agua y teatro y de otras actividades análogas, a los cuales se les aplica la misma solución señalada en el párrafo anterior.

Finalmente se reduce la distribución de la jornada de 6 días a 5 días (distribución de 5 ó 6 días que es permitida de acuerdo a lo prescrito en el artículo 28 inciso 1° del Código del Trabajo), lo que trae como natural efecto que la jornada semanal se redujo en 12 horas semanales, cumpliéndose de esta manera el propósito de la ley en cuanto disminuir de manera proporcional todas las especies de jornadas que contempla el Código del Trabajo.

Además debe destacarse que al reducirse el número de trabajadores afectos a la jornada excedida del artículo 27 del C.T., el mecanismo de determinación e impugnación que contempla dicho precepto en su parte final no tendrá la aplicación y utilización a que daba lugar el texto modificado.

5. Los descansos

En cuanto a los descansos (que constituyen el aspecto pasivo de la prestación de servicios), la Ley N° 19.759 modifica el descanso semanal en el sentido de que a los trabajadores exceptuados del descanso semanal y que por ende realizan labores los días domingos, la ley señala que obligatoriamente deben otorgárseles a lo menos *dos domingos* en el mes calendario (antes era un solo domingo). La eliminación del inciso quinto del artículo 38, del C.T. que autorizaba el acuerdo o compensación de los días que excedan el descanso semanal obligatorio, apunta sin duda a la reducción de la jornada, descartando la compensación en dinero por el descanso.

6. Atribuciones de la Dirección del Trabajo

En cuanto a las atribuciones de la Dirección del Trabajo, la Ley N° 17.759 contempla variadas modificaciones que apuntan a perfeccionar la fiscalización de la aplicación de la ley laboral (como se sostiene en la disposición 6ª transitoria), pero al mismo tiempo a facilitar la constatación de las infracciones, como también a elevar las multas para inhibir el incumplimiento. Así el artículo 477 actual contemplaba como una sanción pecuniaria genérica la multa de 1 a 10 U.T.M., quedando ahora de 1 a 20 U.T.M., sin perjuicio de una pena mayor en los casos que así se indique. Se establece además una escala ascendente de 2 a 40 U.T.M. o 3 a 60 U.T.M. según si la empresa tiene cincuenta a 199 trabajadores o si tiene contratados 200 o más trabajadores. Se indica también que, en el caso de multas especiales (o sea las que no se rijan por el inciso primero del artículo 477), su rango se duplicará o triplicará según el número de trabajadores.

Por otra parte, y con la clara finalidad de favorecer al pequeño empresario, la ley contempla la sustitución de la multa en el caso de empresa con 9 o menos trabajadores, por la de asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo. Al parecer la propia ley estima que escuchar a los capacitadores de la Dirección es un verdadero y real castigo.

Finalmente traen aparejadas como sanción especial las infracciones a las normas sobre fuero sindical, caso en el cual corresponde aplicar una multa de 14 a 70 U.T.M.

A su vez las modificaciones al artículo 478 del Código del Trabajo apuntan a elevar las multas en el caso de simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, imponiéndose una responsabilidad solidaria al empleador y los terceros por las prestaciones laborales que adeuden a sus trabajadores (se altera así la subsidiariedad del artículo 64 del Código del Trabajo que claramente no comprendía a las empresas de suministro de trabajadores).

El precepto actual elimina el requisito de que la simulación sea *dolosa*, por lo que se descartaba la hipótesis de la culpa, la cual ahora sí queda comprendida.

Desde otro punto de vista, la reforma legal ha introducido ciertos criterios o ejemplos que deben estimarse como "subterfugios" destinados a eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales con fuente en la ley o el contrato.

Así los incisos segundo, tercero y cuarto de este texto modificado establecen cuáles son los casos de *subterfugio que tengan* como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y personales, sean que provengan de la ley o del contrato. Las hipótesis son variadas, así, puede tratarse de un ocultamiento, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio del empleador.

La multa se eleva (de 1 a 12 U.T.M. antes) de 10 a 150 U.T.M., aumentándose $\frac{1}{2}$ U.T.M. por cada trabajador afectado por la infracción.

La ley esclarece qué conductas del empleador quedan comprendidas dentro del concepto *subterfugio*, y ellas pueden ser: establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de las empresas, u otras.

Se establece además la posibilidad de ejercer una nueva acción en el caso de este precepto y que corresponde a la facultad de exigir la imposición de las multas ya vistas, además de las prestaciones laborales que se adeuden. Se introduce un nuevo plazo de prescripción de 5 años desde que las obligaciones se hicieron exigibles.

Además, el establecimiento de jornadas excepcionales por resolución de la Dirección del Trabajo contemplado en el artículo 38 del C.T. sólo procederá si existe un previo acuerdo de los trabajadores, cuestión que antes no se requería, agregándose que las condiciones de higiene y seguridad deben ser compatibles con el sistema que se establezca. Se limita la duración de la autorización de la Dirección del Trabajo a 4 años contados desde la resolución, la cual es renovable; en el caso de obras o faenas la vigencia no puede exceder del plazo de ejecución de las obras o faenas y en ningún caso pueden exceder de 4 años.

La Dirección del Trabajo llevará un registro especial donde deberán inscribirse las empresas de intermediaciones o suministro de trabajadores para empresas de trabajo temporal como las agrícolas, comerciales o agroindustriales derivadas de la agricultura, de explotación de maderas u otras afines, según lo dispone el nuevo artículo 92 bis del Código del Trabajo introducido por la Ley N° 19.759.

7. La designación en el contrato de la naturaleza de los servicios

De conformidad al artículo 10 N° 3 la determinación de la naturaleza de los servicios para los cuales fue contratado el trabajador es una cláusula obligatoria, imponiéndose un cierto rigor en la determinación a fin de cautelar debidamente posibles modificaciones posteriores que perjudiquen al trabajador. La estipulación aludida ha dado origen al surgimiento de múltiples conflictos para estimar si hubo vulneración del artículo 10 N° 3 cuando el empleador requería asignar otras labores al trabajador, lo que implicaba utilizar la facultad del artículo 12 del Código del Trabajo. En fin, la ley posibilita ahora la inclusión de 2 o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias; pero en ningún caso lo anterior pudiera entenderse como una licencia para señalar en el contrato una multiplicidad de funciones, ya que, subsiste la primera parte del artículo 10 N° 3, esto es "la determinación de la naturaleza de los servicios"; y ello sigue incólume. De acuerdo a la promoción de la reforma, emprendida por los órganos oficiales del trabajo, se sostiene que esta modificación apunta claramente a flexibilizar aún más la naturaleza de los servicios, dado que el artículo 12 del C.T. impone requisitos que rigidizaban la modificación y conspiraban contra la necesaria adaptación que debe emprender una empresa para enfrentar los cambios en las condiciones del mercado o de la economía en su conjunto.

Por último será la jurisprudencia la que deberá determinar en cada caso cuándo una multiplicidad de funciones deroga la necesaria determinación de la naturaleza de los servicios que exige el artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo.

8. El contrato de capacitación

La necesidad de elevar los niveles de productividad del trabajador nacional ha traído como consecuencia el estímulo a la capacitación y que es recogido en el Código del Trabajo en los artículos 179 y siguientes al referirse a la capacitación ocupacional. Sin embargo la función de capacitar no ha concitado todo el interés que se espera del sector empleador en general, de allí los incentivos que periódicamente se sugieren para que el empresario invierta en capacitar a su personal. Es más, la Ley N° 19.518 del 14 de octubre de 1997 contiene una forma especial de contratación, "el contrato de capacitación" indicando cuáles son las cláusulas esenciales de dicho contrato. El contrato aludido tiene por objeto entregar a través de un organismo capacitador las competencias y destrezas laborales requeridas para desempeñar una actividad laboral determinada en la empresa. Lo interesante del mecanismo es que permite el fomento del empleo y por otro lado la empresa asume el costo de la celebración de estos contratos y las obligaciones pecuniarias que de él surgen; pero los desembolsos que provoquen estas actividades de capacitación podrá compensarlos, como también los aportes que efectúan a los organismos técnicos intermedios para capacitación; con las obligaciones tributarias que les afectan⁶.

Así entonces, se incluye a través del artículo 183 bis por la Ley N°19.759 un nuevo mecanismo de incentivo de la capacitación dirigido a los jóvenes que se incorporan al trabajo. La ley propone que los costos de capacitación que el empleador incurra en un joven trabajador menor de 24 años (con su consentimiento) podrán imputarse a las indemnizaciones que por término del contrato pudieran corresponderle, con un tope de 30 días de indemnización. Se establece un mecanismo de comprobación de cargo del empleador cuya omisión acarrea como sanción que los costos de capacitación no podrán ser imputados a la indemnización; y en general se señala que las horas de capacitación son imputables a la jornada de trabajo. Además se exige que a capacitación esté autorizada por el SENCE y tiene como límite anual que no puede exceder del 30% de los trabajadores de una empresa cuya dotación no exceda a 50 trabajadores; un 20% de 51 a 249 trabajadores y un 10% si la empresa tiene más de 250 trabajadores.

9. El trabajo a domicilio

Se debe recordar que de acuerdo al inciso 2° del artículo 8 del Código del Trabajo, los servicios que están excluidos del Derecho del Trabajo son aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio; luego si se trata de servicios

⁶ Lucía Verdugo Ernst "El Contrato de Capacitación, El Contrato de Aprendizaje" (En revista publicada por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, pp. 123 y ss.).

continuos y permanentes no cabe duda que pueden gozar de la protección legal. La conclusión anterior se ve reforzada con la eliminación del inciso primero del actual artículo 27; y el reconocimiento de trabajadores que prestan sus servicios en su propio hogar mediante la utilización de la técnica informática, o de telecomunicaciones, los cuales se encuentran ahora excluidos de la limitación de la jornada por la imposibilidad de controlar su labor salvo por los resultados que obtengan; todo ello en virtud del inciso final agregado al artículo 22 del Código del Trabajo.

En fin, la ley elimina el inciso cuarto del artículo 8 cuya redacción introducía un elemento perturbador para aplicar la presunción de contrato de trabajo; ya que la descripción mediante la fórmula negativa "No hacen presumir la existencia de contrato" podía llevar a la conclusión que en principio estos trabajadores estaban fuera del Derecho del Trabajo, cuando en realidad el artículo 22 inciso segundo claramente los incluye en el derecho del trabajo al disponer que se encuentran excluidos de la limitación de la jornada ordinaria de trabajo. Cobra así mayor vigor el carácter laboral del trabajo que se analizará más adelante, denominado teletrabajo.

III. LA TERMINACION DEL CONTRATO

Las modificaciones introducidas en este aspecto terminal del contrato de trabajo es una de las materias del derecho individual cuya reforma ha causado gran polémica entre el gobierno y el empresariado.

Desde el punto de vista estrictamente técnico no se incluyen importantes modificaciones salvo acoger expresamente la situación de la invalidez total o parcial del trabajador y su relación con la terminación del contrato de trabajo.

1. Causales de terminación

1.a) En relación a las causales de terminación del contrato se reformula la causal de caducidad del artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo, recogiendo sin duda las soluciones que la jurisprudencia delimitó a través de sucesivos fallos en estos últimos años.

Así, se sancionan cuatro hipótesis constitutivas de conductas indebidas de carácter grave, lo que *a contrario sensu* implica que en este numeral se contienen cuatro situaciones especiales que desplazan la aplicación del N° 7 del citado artículo 160, causal esta última de carácter general en relación a la del N° 1.

La reforma recoge la solución jurisprudencial en cuanto si el empleador quiere utilizar la causal de terminación del artículo 160 N° 1 debe contar con los medios de

comprobación que la sostienen, que no pueden ser otros que los contemplados en el procedimiento laboral. De no acompañarse o producir dichos medios de comprobación, el empresario corre el riesgo que el despido se declare "carente de motivo plausible" entendiéndose un despido abusivo y eventualmente podría admitirse la acción indemnizatoria por los perjuicios causados a propósito de la terminación del contrato de trabajo⁷

Es necesario enfatizar que la falta de probidad debe decir relación con el desempeño de las funciones, descartándose inconductas que no tienen relación con la labor, como ya lo había resuelto la jurisprudencia.

Se precisa también que las agresiones pueden ser ejercidas solamente en contra del empleador u otros trabajadores de la empresa, por lo que no se castigan las agresiones a terceros. En este mismo sentido se sanciona sólo las injurias del trabajador al empleador y en relación a la conducta inmoral grave para que constituya una causal legítima para despedir debe incidir o afectar la empresa donde se desempeña, resolviéndose así una cuestión que también había merecido muchos pronunciamientos judiciales que ya habían zanjado la cuestión en la forma que es recogida por la Ley N°19.759.

En conclusión, la sustitución del artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo es fruto de las soluciones jurisprudenciales que sabiamente fueron recogidas por el legislador.

1.b) De la causal de necesidades de la empresa del artículo 161 del Código del Trabajo, se elimina como hipótesis justificada para la utilización del artículo 161 la separación por falta de adecuación laboral o técnica del trabajador; causal de muy poca aplicación práctica dado que la situación de disminución de personal por necesidades de racionalización de la empresa servía al mismo propósito con la ventaja que no se afecta la trayectoria u honra del trabajador para la búsqueda de un nuevo empleo.

Al mismo tiempo se agrega el inciso primero del artículo 161 del C.T., que la impugnación de las hipótesis de necesidades de la empresa se someterá al mecanismo de reclamo contenido en el artículo 168 del Código del Trabajo.

1.c. Finalmente se agrega el artículo 161 bis, nuevo, que se hace cargo de una situación no contemplada en la ley; esto es, si la invalidez total o parcial era causal de terminación del contrato. La jurisprudencia había resuelto que la invalidez debía

⁷ Sergio Gamonal. *La indemnización por daño moral por despido injustificado*, p. 42.

afectar un cierto porcentaje para estimarla suficiente para la terminación del contrato, y en algunos casos, señaló que debía despedirse por fuerza mayor, opción esta que impedía la posibilidad de acceder a una indemnización según lo dispone el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo.

Así, se señala que la invalidez total o parcial no constituye causal de terminación del contrato (descartándose el caso fortuito), lo que implica que, producido el evento señalado, continúa la vigencia del contrato, por lo que si el empleador no desea seguir manteniendo al trabajador, deberá separarlo por ese motivo, y en tal caso el trabajador tendrá derecho a la indemnización por años de servicios contemplada en el artículo 163 del C.T. con el incremento del 50% si se cumplen los requisitos de la letra b) del artículo 168. El legislador descartó considerar la invalidez como causal de terminación y prefirió mantener la vigencia del contrato hasta que el empleador decida separar por ese hecho al trabajador, debiendo la indemnización ya citada, la que aparece como una forma de incrementar los recursos del trabajador para enfrentar tan grave contingencia que menoscaba sus posibilidades laborales.

2. Las indemnizaciones laborales y el reclamo por despido injustificado

2.a) Las indemnizaciones laborales y sus aumentos

Tanto la indemnización por años de servicios como la sustitutiva aviso previo se mantienen en la forma actual, aumentándose considerablemente los incrementos contemplados en el actual artículo 168 que se sustituye íntegramente.

Así la reforma plantea una interesante distinción que parecía difusa en el actual texto legal y es así como se distingue entre el despido *improcedente* (se aumenta la indemnización en un 30% de su *quantum* en el caso que la terminación se funde en el artículo 161 del Código del Trabajo), el despido *injustificado* (que acarrea, el aumento del 50% de la indemnización por años de servicios en el evento que las causales invocadas sean las del artículo 159 o no se invoque causal alguna) y el despido *indebido* (en el que se aumenta en un 80%, si las causales que se invocaron eran las del 160). Finalmente se *patentiza* el *despido abusivo*, el cual corresponde al caso de la terminación decidida por el empleador invocando las causales de los N° 1, 5 ó 6 del artículo 160 y debiendo además efectuarse la declaración judicial en el sentido que *el despido carece de motivo plausible*. En este caso la indemnización se incrementará en un 100%⁸.

Se mantiene en el texto actual la situación que el empleador vea rechazada su petición de la legitimidad del despido, cuando el juez —que conoce del reclamo judi-

⁸ Sergio Gamonal. "El daño moral por término del contrato" obra citada.

cial del trabajador— acoja la demanda y se declare que las causales no fueron acreditadas en dicho pleito. En este caso se entiende que el contrato terminó por necesidades de la empresa o desahucio con el derecho a los incrementos de la indemnización que ya se analizaron.

Se repite el plazo de caducidad para reclamar del despido injustificado (60 días hábiles desde la separación), el cual se suspende por el tiempo que dure el reclamo del despido ante la Inspección del Trabajo. El plazo continuará corriendo una vez terminado el trámite ante la Inspección. La redacción provoca incertidumbre acerca del plazo, y es por ello que en la sede administrativa se suele declarar en el acta de reclamo, que se instruye al trabajador para que deduzca la acción judicial correspondiente, y por lo mismo, esta declaración implica un término de la gestión administrativa. En todo caso el plazo no se extenderá por ningún motivo por más de 90 días hábiles contados desde la separación del trabajador.

Es útil destacar la posibilidad de convenir el pago de las indemnizaciones en cuotas, cuestión que introduce un mecanismo flexibilizador para enfrentar este costo por el empleador. En todo caso, si lo anterior permitirá un desahogo momentáneo, la ley se encarga de precisar que si dicho pago no se efectúa, podrá imponerse una multa administrativa y se castiga además con un incremento del 150%.

2. b) En el despido indirecto regulado en el artículo 171 se modifican los aumentos o incrementos de la indemnización por años de servicios en el caso que el trabajador decide la terminación del contrato por haber incurrido el empleador en cualquiera de las causales 1, 5 y 6 del artículo 160 del Código del Trabajo. Se armoniza de esta manera el artículo 168, con este precepto, y en definitiva si el trabajador obtiene en el juicio correspondiente; la indemnización se aumenta en un 50% (en el caso de la causal del 160 N° 7 del Código del Trabajo y en un 80% en el caso de las causales 5 y 6 del citado texto legal).

2. c) Es útil destacar si la reforma del Código del Trabajo contiene una normativa conducente a la reparación de perjuicios morales o materiales causados en la etapa pre-contractual o en la ejecución del contrato, en su término, o incluso después de su extinción. En este sentido, la incorporación de ciertos derechos constitucionales en la normativa legal laboral sin ninguna duda fortalece tal posibilidad, ya que, de estimarse que conceptos como la dignidad, honra, intimidad, información o datos privados y la vida privada son inclusiones meramente programáticas, la reforma no lograría efecto alguno, ya que bastaría el principio de la primacía constitucional; luego la posibilidad de pedir el resarcimiento de daños por la lesión a los llamados derechos fundamentales laborales como los descritos en las normas antes analizadas, aparece como una opción disponible y será la jurisprudencia quien deberá fijar el

marco en que se desarrollaran dichas acciones indemnizatorias. Por ahora se puede señalar que la opción es si la reparación o indemnización de los daños materiales y morales debe ser conocida por la justicia del trabajo o no; ya que desde otro punto de vista es claro que la agresión a los derechos fundamentales laborales dan origen a una responsabilidad contractual salvo los casos de responsabilidad pre-contractual y post-contractual.

Lo que no está sujeto a controversia es la posibilidad de recurrir de protección por la lesión a los derechos fundamentales laborales que se protegen en el artículo 20 de la C. P., salvo que se estimare, que forman parte del contenido obligatorio del contrato y, por ende, fuera del ámbito de la acción de protección.

IV. NUEVAS FORMAS DE CONTRATACION

Una de las necesidades evidentes en el funcionamiento de las empresas es la flexibilidad interna o funcional y que se relaciona, a su vez, con las modificaciones de un contrato de trabajo vigente en variadas materias como, cambios en los horarios de trabajo, descansos, condiciones de trabajo o simplemente la realización de nuevas funciones en la empresa. En estos casos los mecanismos propuestos por el legislador están referidos a la modificación por el mutuo acuerdo, el ejercicio del *jus-variandi*, y a las modificaciones provenientes de los instrumentos colectivos como el convenio y el contrato colectivo de trabajo.

Pues bien, el legislador estimó insuficientes dichos mecanismos y se ensayan nuevas fórmulas de contratación o se desarrollan las que ya aparecían tímidamente en la legislación vigente; éste es el caso de la jornada parcial.

1. La jornada parcial

La Ley N° 19.759 introduce un párrafo 5° en el capítulo cuarto, del título I del libro I agregando a continuación del artículo 40 los artículos "40 bis a 46 bis D".

Se recoge una aparente forma de contratación atípica, puesto que el contrato de jornada parcial tiene el carácter indefinido, en todo caso, con importantes modificaciones que flexibilizan el contrato en la etapa que aparentemente más se requiere; esto es, en la ejecución de la obligación de prestar los servicios.

Además, se debe destacar que el artículo 44 del Código del Trabajo actual ya permitía la jornada parcial al disponer que si se convinieran jornadas parciales de trabajo la remuneración mensual deberá ser proporcional a dicha jornada parcial.

Pues bien, del análisis de la nueva normativa se aprecian ciertas facultades otorgadas al empleador que no existen para la situación común de la jornada ordinaria clásica. Así, se dispone que la jornada de tiempo parcial no podrá exceder de los 2 tercios de la jornada ordinaria. Se estableció la continuidad de la jornada diaria siempre que no exceda de 10 horas diarias, permitiéndose un tiempo mínimo de media hora y un máximo de una hora para colación. La descripción de un lapso para la colación denota la pretensión de terminar con la incertidumbre de los descansos entre jornadas superiores a media hora, ya que a veces se estimaba como un beneficio para el trabajador y por ende era de cargo del empleador si se concedía más de media hora, a pesar que el artículo 34 del Código del Trabajo dispone que la media hora para colación no se computa para los efectos de la jornada de trabajo.

El artículo 40 bis A permite el pacto de horas extraordinarias, las cuales deberán cumplir con las exigencias introducidas en el artículo 32 del C.T. reformado por la Ley N°19.759. Se enfatiza también que los trabajadores a tiempo parcial tienen todos los derechos laborales contemplados para la contratación usual, sin perjuicio de la proporcionalidad de la gratificación legal del artículo 50 del Código del Trabajo, lo que sugiere la aparición de lo que pudiera denominarse como "gratificación proporcional de tiempo parcial". Uno de los mecanismos más interesantes de esta modalidad de contratación es aquel que permite a las partes pactar "alternativas de distribución de la jornada", facultándose al empleador para utilizar cualquiera de las alternativas acordadas siempre y cuando lo informe al trabajador con una semana de antelación y comenzará a regir en la semana o período superior siguiente. Finalmente se regula una especial forma de cálculo de la indemnización por años de servicios.

2. El teletrabajo

Sin ninguna duda la reforma al Código del Trabajo contiene una novedad al señalar que el llamado *teletrabajo* es un vínculo laboral sometido al Derecho del Trabajo.

Se puede conceptuar el teletrabajo como "cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales, el trabajador no mantiene contacto personal con sus colegas pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías"⁹

Al agregarse un inciso final al artículo 22 del Código del Trabajo se dispone

⁹ Victor Jury «La flexibilidad a través del teletrabajo», Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, ob citada pp. 129 y ss.

que los trabajadores que prestan servicios mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones –servicios que se ejecutan preferentemente (es decir pueden realizarse también en la propia empresa) fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa– están excluidos de la limitación horaria.

En consecuencia, quien presta servicios a través de un computador conectado a las redes de información disponibles (internet por ejemplo) o mediante el envío y recepción de fax vía telefónica, es un trabajador amparado por la protección de la ley laboral, por mucho que la subordinación y dependencia se vea atenuada en un grado extremo, lo que justificaría el papel de la “ajenidad” como elemento configurante de la relación laboral.

Se debe recordar que la solución para este tipo de labor es que se trataba de una prestación de servicios regidos por el derecho común o mercantil en su caso. Por lo anterior, la reforma introduce esta modalidad de labor en el Derecho del Trabajo. En este punto, la jurisprudencia fue muy vacilante ya que en el caso de que los servicios informáticos se ejecutaran en el propio domicilio del prestador, se estimó, muchas veces, que la ausencia de control en la labor, como la imposibilidad de constatar la existencia de una jornada de trabajo o las instrucciones del empleador, permitía concluir que no existía vínculo laboral.

Además, es lógica la solución de excluirlos de la limitación de la jornada por la imposibilidad de controlarla.

En relación a la inclusión en la reforma de esta especial forma de contratación, se debe recordar que guarda armonía con la derogación del inciso cuarto del artículo 8 según ya se analizó.

3. La intermediación o suministro de trabajadores

La reforma se preocupa de incluir en el texto una realidad empresarial que se ha desarrollado paulatinamente, esto es, la oferta de mano de obra en forma temporal, por empresas que retienen la calidad de empleadores a pesar que los servicios que ejecuta el trabajador, se llevan a cabo en las dependencias de una segunda empresa usuaria.

Primero es reconocer que esta organización empresarial puso a dura prueba las reglas del derecho del trabajo, que claramente no se habrían diseñado para estos casos.

La intermediación o suministro de trabajadores implica, a su vez, que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores, pone a disposición de

otra empresa, por el pago de un precio determinado y en forma transitoria, los servicios de sus empleados, reteniendo para sí la calidad de empleador¹⁰.

Es preciso destacar que el suministro de trabajadores no debe confundirse con la subcontratación, la cual se refiere a las relaciones que establecen dos empresas en donde una encarga a la otra la producción de algún bien o la prestación de algún servicio necesario para su proceso productivo, comprometiéndose la segunda a llevarla *a cabo* por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos tanto materiales como humanos. En el caso anterior la regla aplicable es el artículo 64 del C.T. referido a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o mandante. El suministro de trabajadores es una situación diferente y de allí la necesidad, que el legislador se hubiera referido a esta modalidad de la contratación.

Hechas las consideraciones preliminares antes expuestas, es necesario ocuparse de la reforma.

La Ley N° 19.759 agrega un artículo 92 bis al párrafo correspondiente de los trabajadores agrícolas y se dispone que las personas que se dedican a intermediar o suministrar trabajadores para empresas o faenas relacionadas con la agricultura *deberán* inscribirse en un registro especial que llevará la Inspección del Trabajo respectiva.

El propósito del legislador es mantener un control e identificación de estas empresas para facilitar la fiscalización de la ley laboral y prevenir situaciones de simulación o insolvencia que menoscaben los derechos laborales consagrados en favor del trabajador.

La inclusión del suministro de trabajadores en el Código del Trabajo fortalece el reconocimiento de esta forma de organización empresarial, ya que el actual artículo 478 del Código del Trabajo castiga la *simulación dolosa* de la contratación por intermediarios, lo que podía llevar a la conclusión que la ley laboral repugnaba esta fórmula empresarial. En fin, en opinión del redactor se ha legitimado el suministro de trabajadores.

¹⁰ Jorge Ugarte Cataldo «Suministro de trabajadores desafíos y problemas este» Publicación de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, ob. citada pp. 138 y ss.