



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho.

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS, ANÁLISIS EN EL PROCESO LABORAL.

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

MEMORISTA: María Jesús Serey Sardá.

PROFESOR GUÍA: Dr. Álvaro Pérez Ragone.

Valparaíso, Marzo de 2015.

I.	ÍNDICE.	
II.	INTRODUCCIÓN.....	1
III.	MEDIDAS CAUTELARES.....	3
1.	Historia de la ley	3
2.	Algunas precisiones terminológicas.....	4
3.	Fines y funciones de las medidas cautelares.....	8
IV.	MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL.....	11
1.	Regulación de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil y en el Código del Trabajo	11
a.	Aplicabilidad del Código Procedimiento Civil.....	12
b.	Requisitos específicos.....	13
c.	Características y clasificaciones.....	18
2.	Vinculación con los principios inspiradores del proceso laboral y la eficacia en la administración de justicia.....	19
V.	MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS.	21
1.	Ampliación de la facultad cautelar del juez.....	21
2.	Análisis doctrinario del artículo 444 del Código del Trabajo.....	22
a.	Medida cautelar genérica innominada.....	22
b.	Potestad cautelar oficiosa.....	25
c.	Medidas cautelares nominadas como excepción.....	26
VI.	TEORÍAS SOBRE LA OBJETIVACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	29
a.	Breve referencia a las diversas teorías	29
VII.	CONCLUSIÓN.....	32
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	33

II. INTRODUCCIÓN.

El proceso cautelar permite que el derecho pueda efectivamente regir en una sociedad organizada democráticamente, pues el proceso cautelar permite que las resoluciones de los jueces puedan cumplirse en sus propios términos. En este sentido, co-ayudan a la paz social.

Las medidas cautelares son un instrumento del proceso que han de cumplir distintas funciones, pero cuyo principal objetivo es hacer frente a las dilaciones a las que están afectos los procedimientos y la necesidad de conocimiento del mismo, y la necesidad de hacer las cosas pronto, de celeridad.

Resulta complicado encontrar, dentro de la doctrina nacional, literatura que refiera en forma sistemática y completa a este tema, es por esto que el objetivo de este trabajo se centra en un análisis de las medidas cautelares en el proceso laboral, específicamente de aquellas de carácter innominado. No se busca hacer un tratado del tema, pero sí hacer un análisis completo de este tema, que dé cuenta de la regulación que se ha hecho en la legislación laboral, pero a la vez, de lo que la doctrina ha escrito y considerado de la misma.

En el primer capítulo de este trabajo, se hace, primeramente, una referencia muy breve a la historia de la ley N° 20.087, ley que dio origen a la nueva regulación de las medidas cautelares. El objetivo de esta mención es poder situar al lector dentro del contexto en el que surge esta regulación cautelar. A continuación, dentro del primer capítulo, encontramos un acápite relativo a las precisiones terminológicas, que nos ofrece una referencia a las diversas concepciones que tiene la doctrina sobre lo que significa “medida cautelar” y el contenido de la misma, siendo aquí objeto de estudio directo la postura clásica de CALAMANDREI y una visión más moderna representada por la postura del profesor MARINONI. Este acápite permite entender la concepción de las medidas que tomaremos, concepción que luego estará la base en todos los otros capítulos siguientes. Finalmente, se termina el capítulo con una breve mención de los fines y funciones de las medidas cautelares, cuestión que creemos nos permite concluir con una visión completa y entera de las medidas cautelares, dando así una visión panorámica de la figura al lector.

El segundo capítulo, considera a las medidas cautelares del proceso laboral en relación a las medidas cautelares civiles. Es por esto que se ofrece una breve referencia a su forma de regulación en ambas sedes, a modo introductorio, para luego dar paso a los requisitos que son considerados necesarios para poder decretar una medida cautelar. En este punto, es importante destacar que el análisis es en torno a los requisitos típicos de toda medida cautelar y cómo se comporta este en el proceso laboral y si tiene cabida o no. También se hace mención a la existencia de un posible requisito especial en esta materia. A continuación se da una caracterización de las medidas cautelares. Finalmente el capítulo termina con ciertas consideraciones a la eficacia en la administración de justicia, principios laborales propios de la legislación y la relación que conservan con las medidas cautelares.

Posteriormente, se entra de lleno en el análisis de esta facultad cautelar innominada que ahora tiene el juez, como tema central de este trabajo, y que es el reflejo de una búsqueda de ampliación de la facultad, siendo este el primer punto a tratar del capítulo cuarto. Luego se hace el estudio del artículo 444 del Código del Trabajo, el que se sistematiza primeramente en la consideración de la medida cautelar genérica innominada. Aquí se detalla en qué consisten los preceptos flexibles o elásticos, las delimitaciones establecidas por el propio legislador y las consideraciones de la doctrina para delimitar esta facultad genérica. A continuación daremos cuenta de la potestad cautelar de oficio, herramienta otorgada al juez para que este pueda decretar medidas cautelares aun cuando las partes no las hayan solicitado y que se corresponde directamente con el impulso procesal de oficio, principio inspirador de la legislación laboral. Finalmente, en el final de la sistematización, se hace referencia a las medidas cautelares nominadas que el propio artículo 444 consagra. Se explica también, cual es la función que tendrían estas y el por qué permite entonces, concebir a este precepto como uno de carácter mixto.

Finalmente, y en una breve referencia, se dará cuenta de los distintos sistemas y teorías propuestas para hacer de la decisión de otorgar una medida cautelar una realidad objetivable, que considerando los factores propios de cada caso, eviten dejar al juez en una situación desmejorada debido a la poca cantidad de detalles que maneja el juez del caso, a la hora de decretar una medida. Centraremos la atención aquí en la teoría de LEBSDORF-POSNER y la de BROOKS Y SCHWARTZ.

III. MEDIDAS CAUTELARES.

1. Historia de la ley.

La dictación de la Ley N° 20.087 que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, se enmarca dentro de un gran proceso de modernización del aparato judicial chileno, y a su vez, dentro del contexto de la reforma laboral, cuyo objetivo directo es garantizar un acceso igualitario a la justicia laboral a través de procesos más eficientes y expeditos que, de esta forma, puedan dar plena vigencia a los derechos laborales.

Con este objetivo, a mediados del año 2000, se reunió el Presidente de la Corte Suprema, académicos y operadores del derecho del trabajo, quienes en constante colaboración de la Organización Internacional del Trabajo, dan origen al Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional. Este foro debía elaborar una propuesta del más alto nivel técnico estableciendo los parámetros en los que se desenvolvería esta reforma.

Es en el año 2002 que el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional hace entrega de sus conclusiones en un documento titulado “Bases Fundamentales para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional”, el cual contiene los elementos bases estructurales de la reforma, estableciendo como objetivos específicos de la misma los siguientes: (i) Brindar un mejor acceso a la justicia, (ii) Posibilitar la efectividad del derecho sustantivo, (iii) Asegurar el oportuno cobro de los créditos laborales, (iv) Modernización del sistema procesal laboral, (v) Configuración del proceso laboral como un instrumento de pacificación social, (vi) Potenciar el carácter diferenciado del procedimiento laboral, (vii) Diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales y (viii) Agilización de los juicios del trabajo.

Finalmente, y luego de cinco años de trabajo constante, se remitió oficio de Ley al Presidente de la República de Chile, con el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso Nacional y declarado constitucional por el Tribunal Constitucional, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Este proceso culmina el 03 de enero del año 2006 con la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 20.087.

Es esta nueva ley la que viene a introducir modificaciones sustanciales en la regulación de las medidas cautelares, pues previo a la reforma, el artículo 426 del Código del Trabajo hacía remisión al Código de Procedimiento Civil en todo lo no regulado, siendo parte de estas materias las medidas cautelares.

Sin embargo, la reforma que busca otorgar al juez mayores atribuciones y ampliar su facultad cautelar, da origen a esta nueva regulación de las medidas cautelares a través del artículo 444, para que pueda ahora “decretar cualquier medida cautelar que estime

necesaria para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y de su patrimonio”¹. Es entonces que ahora, con esta nueva regulación, se está ante un gran y amplio poder del juez, el que conforme será objeto de nuestro estudio en este trabajo.

2. Precisiones terminológicas.

De entrada y antes de dar inicio al estudio de las medidas cautelares en el proceso laboral, es necesario detenerse a delimitar el concepto como también el contenido del mismo, a fin de poder lograr unidad conceptual en el tratamiento de la materia

Es, entonces, en una primera aproximación conceptual que dirigimos la mirada a la R.A.E, quien nos entrega los significados comunes y ordinarios de los conceptos relacionados que son objeto de nuestro interés. En este sentido, la palabra medida es entendida como “acción y efecto de medir”. Medir, por su parte, deriva del latín *metiri* y significa “comparar una cantidad con su unidad, con el fin de averiguar cuantas veces la segunda está contenida en la primera.”² Cautelar, que proviene del latín *cautela*, significa “prevenir, precaver.”³ Y precaver, proveniente del latín *precavere*, significa “prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo.”⁴

En doctrina, MARTINEZ BOTOS define las medidas cautelares como “disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo.”⁵ CALAMANDREI⁶ exponente de la doctrina clásica procesal italiana, nos dice que las medidas cautelares son la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría prevenir del retardo de la misma.” El profesor MATURANA las define, en cambio, desde el punto de vista de sus efectos como “aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto el otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma”⁷

Sin embargo, estas aproximaciones conceptuales se vuelven insuficientes toda vez que no nos dan claras luces del fondo de nuestro objeto de estudio, es decir del contenido, puesto que no es posible comprender a cabalidad la figura con estas simples definiciones.

¹ Artículo 444 Código del Trabajo, inciso 1.

² Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=medida>.

³ Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=cautelar>.

⁴ Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=precaver>.

⁵ MARTÍNEZ BOTOS, *Medidas Cautelares*, (Buenos Aires, Universitaria, 1990) pp, 27 y ss.

⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (Buenos Aires, el foro, 1996), p. 45.

⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián, *Las medidas cautelares*, (Santiago, Universidad de Chile, 2010), p. 9.

Es por esto que se hace necesario, entonces, determinar con precisión cual es el contenido del mismo y en qué se distinguen estas medidas con los otros tipos de tutelas urgentes existentes y con las cuales suelen confundirse. Es por esto que a continuación revisaremos diversos tratamientos y concepciones de las medidas cautelares por parte de la doctrina que nos ayudarán a cumplir con nuestro objetivo. Haremos referencia a la concepción clásica del derecho procesal, es decir, la concepción del profesor CALAMANDREI, y luego terminaremos con una visión más moderna que es representada por el profesor MARINONI.

La primera posición doctrinal, correspondiente a la opinión del profesor CALAMANDREI,⁸ considera que la providencia cautelar puede ser de cuatro tipos, todos claramente distinguibles entre sí en virtud de su contenido, y que se relacionan cada uno de ellos de forma diferente con el asunto principal.

El primer tipo, lo constituyen las providencias instructorias anticipadas. Aquí lo que se busca es fijar y conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrían ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias forman parte del proceso ordinario, pero cuando existe motivo fundado para temer que la providencia instructoria tardase o que sus resultados podrían ser menos eficaces; ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo que trata de prevenir el *periculum in mora*. Se suele hablar aquí, entonces, de conservación o aseguración de la prueba. Tales providencias no son nunca fines en sí mismas; dado que su única finalidad es la de fijar un anticipo.

El segundo tipo está integrado por las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. El carácter instrumental de estas providencias, aparece en forma un poco más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidas en este grupo corresponden, con preciso paralelismo, a otros tantos tipos de procedimientos ejecutivos, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia.

El tercer tipo refiere a las providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida en la espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, ya que de la indecisión, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables. Casos típicos de esta categoría son las denuncias de obra nueva y de daño temido. En este tercer grupo la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria de mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la

⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio de las providencias cautelares*, (Lima, Ara, 2006) pp, 53 y ss.

relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que puede ser conseguido a través del más lento proceso ordinario.

Finalmente, en el cuarto tipo encontramos aquellas providencias cuya denominación revela -en palabras de Calamandrei- típicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución, prestación que se le ordena cumplir al interesado como condición para obtener, luego, una ulterior providencia judicial.

Por otro lado, y en una visión diferente que se aleja de la doctrina clásica italiana encontramos al profesor MARINONI⁹ quien distingue, también desde el punto de vista de su contenido, entre la tutela anticipada y la tutela cautelar –ambas consideradas tutelas urgentes por el autor–. Esta distinción resulta muy valiosa y esclarecedora, ya que nos ayuda en nuestro objetivo de dar contenido al concepto, pues nos permite, entonces, identificarlo claramente de similares figuras.

Sobre este punto, MARINONI, considera que la tutela cautelar se distingue de la tutela satisfactiva porque la primera –la tutela cautelar– se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, es decir, la tutela cautelar se constituye un instrumento de la tutela satisfactiva que busca garantizar su fructuosidad¹⁰ y que se caracteriza por la referibilidad.

La tutela anticipatoria, en cambio, es satisfactiva del derecho material permitiendo su realización –y no su seguridad– mediante una cognición sumaria o verosímil. La tutela anticipatoria tiene el mismo contenido que la tutela final, con la única diferencia que se origina mediante verosimilitud y no queda protegida por la inmutabilidad inherente a la cosa juzgada material. La tutela anticipatoria, en palabras simples, no es más que la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria.

De esta forma la tutela anticipatoria no es un instrumento, sino que satisface al autor dándole lo que anheló al proponer la acción. La tutela anticipatoria tampoco está enfocada

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, (Lima, 2010) pp 33 y ss.

¹⁰ En el mismo sentido, RICCI, escribe que sólo puede ser instrumental en relación a la tutela de mérito, una tutela que coincida con esta. Si definimos tutela de mérito, la tutela completa del derecho subjetivo, la cual puede ser obtenida sea a través de la sentencia, sea mediante su ejecución, la antítesis entre la tutela instrumental (y por lo tanto cautelar) y la tutela anticipatoria corre el riesgo de ser concretamente atenuada siempre que el contenido de la tutela anticipatoria sea muy tímido y prudente. Y, sobre ese aspecto, el análisis probablemente merece ser más focalizado en el problema de la concreta actuación y satisfacción del derecho, que en aquél referente a su declaración. Si en el ámbito de actuación del derecho proveniente del proveimiento anticipatorio se debiese parar antes de la satisfacción efectiva, sería casi inevitable que los escopos de los efectos del proveimiento anticipado parezcan, en realidad, meramente instrumentales con relación a una futura satisfacción; y aquí debe recordarse lo que fue observado en un párrafo precedente, cuando se afirmó que el embargo sin posibilidad de alienación corre el riesgo de ser equiparado a una especie de arresto. RICCI, Edoardo, *A tutela anticipatoria brasileira vista por un italiano*, en RDPC (Genesis) Vol 6, p 708 y ss

hacia una situación sustancial diversa a la tutelada, al contrario de la tutela cautelar, que necesariamente hace referencia a una situación tutelable u otra tutela del derecho material. La tutela anticipatoria se confunde, entonces, con la tutela cautelar solamente cuando se resalta el carácter provisorio de la misma. Sin embargo, el carácter provisorio sirve, para caracterizar la decisión que concede la tutela durante el proceso; jamás la tutela en sí. La tutela cautelar no es provisorio, sino temporal, estando subordinada al mantenimiento del estado peligroso indicativo de la probabilidad de daño.

A la luz de lo anteriormente expuesto, y habiendo establecido diversas relaciones entre las diferentes posturas recientemente explicadas, podemos llegar a concluir que, el profesor CALAMANDREI confunde, en el tercer tipo que describe, a la tutela cautelar con la tutela anticipatoria, cuestión que resulta frecuente en gran parte de la doctrina procesal.

Esta confusión tiene como origen la concepción que CALAMANDREI tiene de la tutela cautelar, la que es entendida por él como una “decisión anticipada y provisorio de mérito” o bien como la “anticipación provisorio de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría prevenir del retardo de la misma”¹¹, siendo la provisoriedad –en palabras del autor– el carácter distintivo fundamental de éstas. Sin embargo, siguiendo la línea del profesor MARINONI, sabemos que las tutelas cautelares son siempre instrumentales por cuanto tienen como objetivo garantizar la fructuosidad de la tutela satisfactiva del derecho material, y son de carácter temporal, es decir, se mantienen vigentes según dure el estado de peligro probable, siendo esta temporalidad uno de los elementos distintivos de la misma.

Por lo tanto, la tutela cautelar es un instrumento que sirve a la tutela satisfactiva por cuanto la ayuda a lograr su fructuosidad, pero jamás satisface ella –la tutela cautelar– al derecho material, pues es la tutela satisfactiva la llamada a cumplir con este rol. Es la tutela satisfactiva quien tiene –o puede llegar a tener– el mismo contenido que la tutela final del derecho material. Por lo tanto, mal podría la tutela cautelar, ser entendida como una decisión anticipada o provisorio del mérito o como la anticipación provisorio de ciertos efectos de la providencia definitiva.

Por lo tanto, en atención a lo anterior, es la postura del profesor MARINONI, la que estimamos como correcta y precisa desde el punto de vista terminológico, siendo, por consiguiente, la directriz de base que tendremos para el estudio de esta figura conforme avanzamos en estas páginas.

Finalmente, la palabra innominado¹², que proviene del latín *inominatus*, refiere a “aquello que no tiene nombre especial”. Las medidas cautelares innominadas son definidas, entonces, por PARRA QUIJANO como “aquellas que no están previstas expresamente por el

¹¹ CALAMANDREI, Piero, cit. (n. 6) p 45.

¹² Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=innominda>.

legislador, pero en que éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto de litigio.”¹³

De esta forma, y a modo de conclusión de todo lo hasta ahora hemos dicho, podemos afirmar que las medidas cautelares innominadas son, a nuestro juicio, “disposiciones judiciales de carácter instrumental, que buscan asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material, para prevenir los daños derivados del retardo de los procesos judiciales y que no han sido señaladas taxativamente, quedando su materialización entregada a la creación judicial”.

3. Fines y funciones de las medidas cautelares.

La referencia a los fines y funciones se ha dejado para el final de este capítulo, esto no ha sido una decisión aleatoria ni antojadiza, sino que se busca lograr ofrecer una visión completa y panorámica general, a modo de conclusión de esta primera parte del estudio de las medidas cautelares.

Cuando se hace referencia a los fines de una determinada institución se apunta a sus objetivos, a sus motivos. En este sentido, el profesor MARÍN¹⁴, distingue dos finalidades en las medidas cautelares: la finalidad conservativa, por una parte, y una finalidad anticipativa, por la otra.

La Finalidad conservativa sirve para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de bienes que pueden ser objeto de la misma. Estas, serían las mencionadas por el Título V, Libro II del Código de Procedimiento Civil. Son medidas cuyo principal objetivo es conservar la situación de hecho y/o de derecho que se ve amagada por un peligro.

La finalidad anticipativa, en cambio, busca adelantar la mayor cantidad de actuaciones ejecutivas, pero con el cuidado correspondiente, a fin de evitar perjuicios irreparables que podría producir adelantar la ejecución de la sentencia.

Por otro lado, cuando se hace referencia a la función, se alude a la actividad propia de las medidas cautelares, la que también puede ser vista desde dos perspectivas; por un lado, una visión que apunta a los efectos de la misma, es decir a su función en cuanto instrumento que asegura la acción que persigue la satisfacción de la tutela del derecho material.

¹³PARRA QUIJANO, Jaime, *Medidas cautelares innominadas*, en CCDP. 34 (2013) p, 302.

¹⁴ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, “*Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno, su tratamiento en algunas leyes especiales.*” En REJ N°8 (Santiago, Universidad de Chile, 2006) pp 13 y ss.

En este sentido encontramos al profesor MARÍN GONZÁLEZ,¹⁵ quien nos dice que la finalidad de toda medida cautelar es “asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte. Las medidas cautelares del proceso civil siempre protegen un interés privado exclusivo del demandante”.

Una segunda perspectiva es la que apunta a la eficacia en la administración de justicia, es decir, a la posibilidad de hacer frente a la dilación y la excesiva tardanza de los procesos judiciales y la necesidad de una respuesta pronta que se oponen a la necesidad de ponderación, análisis y razonamiento propio de toda cuestión judicial. En este sentido se pronuncia CALAMANDREI,¹⁶ quien considera que “la función de las medidas cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”.

El profesor PARRA QUIJANO¹⁷ se pronuncia en el mismo sentido, pues para él “este es uno de aquellos casos en que la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien, porque a fin de que la providencia definitiva nazca con las mayores garantías de justicia, debe estar precedida del regular y meditado desarrollo de toda una serie de actividades, para los cuales es necesario un periodo, frecuentemente no breve de espera; pero esta mora indispensable para el cumplimiento del *iter* procesal, ofrece el riesgo de convertir en prácticamente ineficaz la providencia definitiva, que parece destinada, por deseo de perfección, a llegar demasiado tarde con la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.”

Continúa el profesor PARRA QUIJANO diciendo que “Las providencias cautelares representan, entonces, una conciliación entre las dos grandes exigencias, frecuentemente opuestas de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; es decir, entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.”

Finalmente, el profesor CHINCHILLA MARÍN¹⁸, considera que “las medidas cautelares aparecen como el instrumento para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su

¹⁵ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *Las medidas cautelares reales en el nuevo código procesal penal chileno*, en REJ N°8 (Santiago, Universidad de Chile, 2004) pp 77 y ss.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero, *Providencias cautelares* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1984) p. 43.

¹⁷ PARRA QUIJANO, Jairo, *Medidas cautelares innominadas*, en CCDP XXXIV, (2013) pp 299 y ss.

¹⁸ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, (Madrid, 1991) p. 28.

eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente”.

IV. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO LABORAL.

1. Regulación de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil y en el Código del Trabajo.

A modo de introducción a este capítulo que versa sobre las medidas cautelares en el proceso laboral, estimamos prudente hacer una muy breve mención a la regulación de las medidas cautelares en nuestra legislación, específicamente, la referencia a la regulación en sede laboral y civil, ya que es esta última la que resulta aplicable subsidiariamente, como ya lo veremos más adelante.

En primer lugar, el Código de Procedimiento Civil ha regulado las medidas cautelares en el Libro II, Título V “De las medidas precautorias”. PODETTI¹⁹, ha definido a las medidas precautorias como: “Actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previo a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes.”

Debe tenerse presente que el Código de Procedimiento Civil ordena las medidas cautelares según el momento en que estas sean solicitadas al tribunal. Serán, en los términos del Código, medidas precautorias prejudiciales -reguladas en el Título IV del Libro II- las que se soliciten con anterioridad a la presentación de la demanda. Y por otro lado, son medidas precautorias judiciales -reguladas en el Título V del Libro II- las que puede el demandante solicitar en cualquier estado del juicio.

Según CASTRO Y TORDECILLA²⁰, las Medidas Prejudiciales pueden dividirse en Preparatorias, Probatorias y Precautorias según el fin que tengan. Así, las medidas Prejudiciales Preparatorias, son “actos jurídicos procesales anteriores al juicio, que tienen por objeto preparar la entrada a éste”²¹. Las Medidas Prejudiciales Probatorias se definen como “los actos procesales anteriores al juicio, que tienen por objeto obtener la rendición de los medios de prueba establecidos por el legislador que pudieren ser con posterioridad durante el juicio de difícil realización o recayeren sobre hechos que pudiesen fácilmente desaparecer”²² Y finalmente las Medidas Prejudiciales Precautorias definidas como “las providencias pronunciadas por el tribunal a petición del sujeto activo del proceso, que tienen por finalidad asegurar el resultado de la petición hecha valer, cuando se ha demostrado durante el curso del procedimiento la apariencia de la existencia de la

¹⁹ PODETTI, Ramiro “Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral” Vol. IV “Tratado de las Medidas Cautelares”, Pág. 22

²⁰ CASTRO PEZO, Mauricio; TORDESILLA LÓPEZ, Fernanda, “Análisis jurídico y comparativo a la Ley N° 20.087 sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.” (Santiago, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2007).

²¹ MATURANA MIQUEL, Cristian, cit. (n. 7) p. 11.

²² MATURANA MIQUEL, Cristian, cit. (n. 7) p. 39.

pretensión cuya satisfacción se pretende y existe el peligro de que ella puede ser burlada antes de la dictación de la sentencia definitiva.”²³

El Código del Trabajo por su parte, regula las medidas cautelares en el artículo 444, del Libro V, Título I, las que pueden tener por objeto “asegurar el resultado de la acción, la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el patrimonio de lo demandando”. Esta forma de regulación es lo que la doctrina determina como de carácter innominado. Finalmente estas medidas también pueden ser prejudiciales o judiciales según el estado de tramitación de la causa en la que se dispongan de ellas.

a. Aplicabilidad del Código de Procedimiento Civil.

El Código del Trabajo determina como aplicable, supletoriamente, al Código de Procedimiento Civil en su artículo 432 que establece “en todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva.”

La pregunta que debiésemos hacernos entonces, es si la regulación de la facultad cautelar en el Código del Trabajo es completa y sistemática, o si admite, entonces, la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil. La respuesta es que sí admite la aplicación de este, puesto que el Código así lo ha establecido expresamente, siendo frecuente en la práctica, solicitar al tribunal que decrete las medidas cautelares del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, en vez de hacer uso de las herramientas de creación judicial que el legislador ha entregado al juzgador

Puede resultar complejo entender por qué en determinadas circunstancias se prefiere hacer uso de las medidas cautelares típicas, puesto que la indeterminación que entrega el artículo 444 es una ventana a la creación judicial, a la búsqueda de las soluciones más idóneas y acordes al caso concreto, adecuando la realidad y la necesidad de la tutela cautelar. Sin embargo ORTELLS RAMOS, nos da una guía en esta materia, y nos explica por qué podría darse esta situación de desuso de estas normas “por un lado puede entenderse que la previsión de unas medidas cautelares indeterminadas o atípicas es índice de perfección del sistema, porque aquellas pueden alcanzar la ductilidad necesaria para combatir una variedad de *pericula* no fácilmente previsible. Pero por otra parte, esa necesaria indeterminación provoca una cierta retracción a la hora de aplicar las medidas por una suerte de miedo al vacío”.²⁴

²³ MATURANA MIQUEL, Cristian, cit . (n. 7) p. 46.

²⁴ ORTELLS RAMOS, *Sobre las medidas cautelares*, (Editorial Justicia, 1989) p. 60.

b. Requisitos

El Código del Trabajo no establece expresamente, en su artículo 444 los requisitos que deben cumplirse para que el tribunal pueda decretar una medida cautelar. Es por esto, entonces, que debemos dirigir la mirada al Código de Procedimiento Civil, el que ya sabemos, tiene aplicación subsidiaria. De esta forma los requisitos que deben acreditarse son los comunes a todas las medidas cautelares, a saber:

i) *Fumus bonis iuris* o, verosimilitud:

Para dar inicio a un proceso basta la sola afirmación de un pretendido derecho. Sin embargo, para poder obtener una resolución favorable a tal pretensión es necesario que el órgano jurisdiccional llegue a la convicción de la existencia del mismo, la cual se obtiene mediante el desarrollo del proceso, en donde la simple afirmación se va a transformar posteriormente en un grado de certeza²⁵.

Ocurre exactamente lo mismo cuando se solicita una medida cautelar en la que se afirma la presencia de una situación jurídica cautelable, solo que la resolución cautelar que estima la medida no se basa en la certeza sino en la apariencia de la pretensión alegada, es decir, en el *fumus bonis iuris*.

Las medidas cautelares se otorgan, entonces, teniendo como base la apariencia de un derecho, es decir, la verosimilitud. Y esto es así porque, de lo contrario, si fuese necesario un conocimiento complejo y profundo sobre la existencia del pretendido derecho, valdría más esperar que se resuelva el objeto de la providencia principal, y no complicar el proceso con una duplicidad de investigaciones judiciales que no tendrían ni siquiera la ventada de la prontitud, haciendo del proceso una cuestión aún más larga.²⁶

Sin embargo, desde el punto de vista opuesto, si sólo se exigiera la afirmación de una situación jurídica cautelable sin que fuera necesario que esta apareciese como muy probable, es decir, sin que pudiese preverse razonablemente por el juzgador que la resolución principal será favorable a quienes solicitan las medidas cautelares, éstas se convertirían –como muy bien dice CALAMANDREI– en armas preciosas para el litigante temerario y en vehículo ideal para el fraude.²⁷

Sabido es que las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sobre el fondo del asunto, por tanto, es esta vía intermedia entre la mera afirmación de un derecho pretendido y la plena certeza de la existencia o no de este, conocida como *fumus bonis iuris*, la que mejor se adecua a la esencia y al sentido de la institución cautelar, resultando lógico entonces –en palabras de JOVÉ– que no puede exigírsele la certeza.²⁸

²⁵ JOVÉ, María de los Ángeles, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, (España, 1995) p. 31 y ss.

²⁶ CALAMANDREI, Piero, cit. (n. 6) p. 76.

²⁷ CALAMANDREI, Piero, cit. (n. 6) p. 77.

²⁸ JOVÉ, María de los Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

Finalmente, es menester hacer mención que, sea cual sea el contenido de la resolución que concede la medida cautelar, no puede nunca influir o prejuzgar la posible decisión del proceso principal²⁹, pues el juzgador solo debe haber formado un grado de verosimilitud que le permita decidir sobre la tutela. En el mismo sentido, creemos que JOVÉ está en lo cierto cuando afirma que a mayor intervención en la esfera jurídica del demandado, o a mayor irreparabilidad de la resolución, las exigencias del *fumus bonis iuris* deberían ser mayores.

El artículo 444 del Código del Trabajo, no hace alusión expresa a la necesidad de acreditar este requisito –como si lo hace el Código de Procedimiento Civil en su artículo 298, el que exige al demandante acompañar comprobantes que constituyan al menos una presunción grave del derecho que se reclama– sin embargo, entendemos que se hace referencia a este, cuando establece que deberá siempre acreditarse razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama. Esto es lo que se conoce comúnmente, en doctrina, como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho³⁰. También creemos que, como la ley exige acreditar razonablemente el fundamento, dicha acreditación debería darse acompañando comprobantes que puedan dar luces al juzgador de la presunción del derecho que se reclama. Finalmente, estos comprobantes podrían no ser requeridos en caso graves y de urgencia, siendo estos una excepción³¹.

ii) *Periculum in mora*³²:

El *periculum in mora* es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retraso en la obtención de la resolución definitiva. Aparecen, entonces, los elementos configuradores de este presupuesto; la demora en la obtención de una sentencia definitiva y el daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso. La demora viene sin duda referida a la duración temporal de proceso, duración que aún calificada a priori de normal y necesaria puede verse incrementada injustificadamente. Este último motivo explica cómo el tiempo, en principio imprescindible para obtener una resolución justa puede, no obstante, influir también de forma negativa sobre aquella privándole de efectividad.

Sin embargo, la tendencia actual revitalizadora de las medidas cautelares ha hecho que se reflexione sobre la viabilidad de éstas cuando el proceso de ejecución está desarrollando su función. Porque es evidente que este también necesita tiempo para hacer ejecutar lo que se juzgó, y es posible, que en este lapsus, se vea amenazada la eficacia de la tutela obtenida tras la larga espera de un proceso de declaración.

Son muchos y distintos los riesgos o peligros a los que están sometidos los objetos litigiosos durante el transcurso de tiempo preciso para dictar sentencia, causa u origen de la

²⁹ JOVE, María de los Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

³⁰ MÉNDEZ SERQUERIA, Gabriel, *Reforma al procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo*, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, (Universidad de Chile, 2007). pp. 46 y ss.

³¹ Orellana Torres, Fernando, *Comentarios al nuevo proceso laboral*, (Librotecnia, Santiago), pp. 129 y ss.

³² JOVÉ, María de los Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

inefectividad de la misma. De aquí que debemos englobar en este presupuesto todos aquellos riesgos que puedan amenazar de alguna manera la efectividad de la sentencia definitiva. Debemos incluir no sólo los derivados de la imposibilidad práctica de su ejecución, sino también los que traen causa de la misma demora del proceso, es decir, cuando ese retraso supone por sí mismo una lesión irreversible de la situación jurídica a la que se refiere la resolución principal. En cierta manera se alude a la clásica distinción entre peligro de infructuosidad –vinculado a la imposibilidad o dificultad práctica de una ejecución futura- y peligro de retardo –valora la ineficacia de una resolución objetivamente fructífera pero que llega inexcusablemente con retraso, en atención a la naturaleza de la relación jurídica a la que se refiere la sentencia.

iii) Caución:

La doctrina ha utilizado los términos fianza, caución, garantía indistintamente. Sin embargo, se ha puesto de relieve la imprecisión terminológica que provoca la utilización del vocablo fianza, e incluso, se propone su sustitución por el de caución o garantía³³.

Los principales argumentos que se dan en este sentido, dicen relación con el concepto de fianza, el cual es entendido por nuestro Código Civil, en el artículo 2335 como “una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple” y los supuestos contenidos en la ley no se corresponden exactamente a este concepto, ya que el sujeto que constituye la fianza puede ser la misma parte interesada y no sólo un tercero.

Mediante el término caución las leyes procesales vienen a designar aquella garantía prestada por una de las partes del proceso –en virtud de la cual se vincula un conjunto de bienes de carácter patrimonial al resultado del mismo–, con el propósito de acceder a una determinada medida que puede implicar por sí misma la causación de un daño a la parte contraria. Así pues, la finalidad de ésta no es otra que asegurar, cuando menos, la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias que traen causa de su adopción, si finalmente se demuestra que esta medida se concedió ilegítimamente. Refiriéndonos a la tutela cautelar, será la concreta garantía del eventual derecho a la indemnización del demandado, sujeto pasivo de la medida cautelar que se ha adoptado o va a adoptarse. No podemos olvidar que la concesión de una cautela coloca en una situación privilegiada a quien la solicitó o pretendió, y en contrapartida a ese desequilibrio provocado se debe exigir la constitución de una fianza, para que de algún modo, aunque sea sólo formalmente, se restablezca el *status quo* existente en un principio entre las partes³⁴.

Respecto a la naturaleza de la caución, esta no puede ser entendida como otra forma de tutela cautelar. Primero, porque su función no es la misma y porque tampoco se verifica la relación de instrumentalidad propia de la tutela cautelar. Además, no se cumplen los presupuestos necesarios para la concesión de toda medida cautelar, puesto que la caución

³³ JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

³⁴ JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

no se adopta en virtud de un *fumus bonis iuris*, ni como consecuencia de un *periculum in mora*, sino como mecanismo que sirve para paliar los daños y perjuicios que pueden originarse ante peticiones de cautela injustificadas e ilícitas³⁵. Por lo tanto, la caución sólo puede ser entendida como uno de los presupuestos que se encuentran a la base, y que son de carácter necesario de las tutelas cautelares.

Es lógico exigir una caución o garantía para acceder a una medida cautelar, ya que así se asegura una relativa responsabilidad del solicitante, o en ausencia de ésta, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la medida le hayan ocasionado al sujeto pasivo de ella. Sin embargo, este requisito está pensado para el caso en que la sentencia definitiva no sea favorable al demandante y la medida ordenada haya lesionado los derechos del que la soportó. Esto vendría a equiparar las garantías del demandado con las que se le prestan al demandante al ordenar la medida cautelar³⁶. Es decir, la concesión de una medida cautelar coloca a la parte solicitante en una posición de privilegio, en desmedro de la contraparte, por lo tanto, la garantía busca restablecer el *status quo* existente, el equilibrio entre las partes litigantes.³⁷

Ahora bien, se debe tener claro que la caución no es un requisito que se pueda hacer exigible a todas las medidas cautelares. Para determinar si procede o no, se debe analizar la regulación concreta que ha hecho el legislador de ellas, y sólo en aquellos casos en que la caución es exigida legalmente puede hablarse o entenderse que dicha cautela es un presupuesto de las medidas cautelares con el que se debe cumplir para poder decretarla.

Respecto a si la caución es o no uno de los requisitos con los que se deba cumplir para que el tribunal pueda decretar una medida cautelar de carácter innominada, debemos, primeramente, dirigirnos una vez más al Código de Procedimiento Civil puesto que es de aplicación supletoria para todo aquello que no se encuentra regulado.

El artículo 290 del Código de Procedimiento Civil nada dice respecto a la rendición de caución. Sin embargo el artículo 298 del mismo cuerpo legal, establece como facultad del juez, la de pedir caución al solicitante en caso de una medida indeterminada. De esto podemos, entonces, desprender que la caución no constituye un requisito esencial³⁸, ya que el juez de modo prudencial puede exigirla o bien puede decretar la medida sin que sea necesario rendir caución.

Teniendo esto claro, es ahora que debemos determinar si concurre el requisito de exigir caución en los procesos laborales. Los argumentos en esta materia los encontramos en ambos sentidos. Así quienes creen que debe rendirse caución, lo hacen basándose en que

³⁵ JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss. Para mayor abundamiento, la misma autora luego señala que “la caución debe ser entendida como el instrumento que permite, en su caso, restaurar el equilibrio perdido ante la concesión de una medida cautelar; actuando como una condición de la misma, y haciendo realidad la inmediata indemnización de los daños y perjuicios originados por una concesión injustificada”.

³⁶ LIZASO SOLÍS, Oscar, *Las medidas cautelares innominadas en el Proceso Civil* (Valdivia, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, 2005.)

³⁷ JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

³⁸ LIZASO SOLÍS, Oscar, cit. (n. 35). p. 80 y ss.

tratándose de medidas de creación judicial, estas pueden resultar más "peligrosas", ya que no encuentran fundamento directo en texto positivo y conceden al juez un amplio poder, por lo que resulta prudente determinar la procedencia de la contra-cautela y así resguardar los derechos del demandado.³⁹ En el sentido contrario, quienes creen que no debe rendirse la caución estiman que uno de los principios que rige al nuevo proceso laboral es el de Gratuidad, no se podría en ningún caso, solicitar rendir fianza u otra garantía para otorgar estas medidas precautorias.⁴⁰

Así, en vista a lo anteriormente dicho, nosotros debemos adscribirnos a la tesis que considera no ser necesario rendirse caución alguna a la hora de solicitar una medida de carácter innominada, puesto que el Código del Trabajo nada dice sobre este tema, y el Código de Procedimiento Civil sólo lo establece de modo facultativo, en lo relativo al artículo 298, pudiendo el juez solicitarla o no; por tanto esta omisión de regulación debe entenderse como un rechazo expreso del legislador a la contra-cautela, más aun teniendo a la base la gratuidad⁴¹ como principio rector del procedimiento.

Finalmente, es importante señalar que al revisar la historia de la ley, podemos notar que este artículo fue objeto de múltiples indicaciones a lo largo de la tramitación del Proyecto de Reforma, y en el Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, se hicieron a este artículo ciertas indicaciones, siendo relevante destacar para este apunto, aquella que apuntaba a la posibilidad de afianzar las medidas cautelares, indicación propuesta por el Senador JAIME ORPIS. Sin embargo, dicha indicación no fue aceptada en su tramitación, quedando el artículo y por esto las medidas cautelares, en iguales circunstancias a las establecidas en el Proyecto de Reforma, siendo esto una muestra más de que la norma no admite caución.

c. Requisitos especiales

La actividad del juez para decretar una medida cautelar de carácter innominado pasa por analizar, primeramente, la concurrencia de los requisitos comunes de todas las medidas cautelares y que fueron recientemente analizados. Sin embargo, a la hora de determinar las medidas a adoptar mediante este artículo, la actividad del juez consiste en una elección. Se trataría de elegir, entonces, entre una variedad de soluciones posibles, tantas como pueda el juez concebir, y de acuerdo con los criterios exigidos por la norma, todas aquellas que él estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, la protección de un derecho, o la identificación de los obligados.

³⁹ LIZASO SOLÍS, Oscar, cit. (n. 35). p. 80 y ss.

⁴⁰ MÉNDEZ SERQUERIA, Gabriel, cit. (n. 29), p.46 y ss.

⁴¹ Respecto a la gratuidad, la historia de la ley N° 20.087 establece que "La gratuidad en el acceso a la justicia se garantiza al establecerse que toda actuación, trámite o diligencia del juicio, realizada por funcionarios del tribunal, será gratuita para las partes. Asimismo, las partes que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, por un abogado de turno". Historia de la ley N° 20.087, disponible en, http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20087.

Sin embargo, creemos que como al demandante es a quien verdaderamente le interesa se lleve a cabo esta actuación por parte del juzgador, es el actor quien debe solicitar una medida cautelar en concreto –precisamente la que se adecue al objeto litigioso–, no bastando la alusión genérica a la más pertinente según las circunstancias⁴² u alguna otra fórmula abierta. Es decir, se vuelve necesario que el demandante sea quien determine expresamente la medida que ha de servirle y que le es necesaria. Esto, sin perjuicio de que es la ley la que permite al juez decretar libremente “todas aquellas medidas que él estime necesarias”, lo que se corresponde con el impulso procesal de oficio⁴³ que es uno de los principios bases de esta reforma, pudiendo este actuar decretando medidas que no han sido solicitadas, sea porque la parte interesada no recurrió a la tutela cautelar, siendo el juez quien supla en cierto modo la no actuación de esta, o bien sea porque la parte interesada solicitó una medida concreta diferente, pero que a juicio del juez no ha sido suficiente o necesaria.

d. Características y clasificaciones.

Es importante terminar este capítulo con una breve recopilación, de carácter doctrinal, relativo a las características y clasificaciones de las medidas cautelares en el proceso laboral. De esta forma, estas se caracterizan por:

(i) Ser actos jurídicos procesales de parte activa, y del tribunal. (ii) Ser de carácter instrumental, es decir, ser instituciones que están al servicio del sujeto activo del proceso, y que no resuelven el fondo del asunto sino que pretenden asegurar el resultado de la pretensión. (iii) Ser esencialmente provisionales, esto, por aplicación supletoria del artículo 390 del Código de Procedimiento Civil, por tanto habrá que dejarlas sin efecto en cuanto cese el peligro que se quiso evitar o, cuando se haya conseguido la seguridad que se requería. (iv) Ser acumulables, en el sentido que nada impide solicitar más de una, conjunta o sucesivamente. (v) Son limitadas, por cuanto no pueden abarcar todo el patrimonio del deudor, sino que deben determinarse los bienes que serán afectados por la medida en concreto. (vi) Son innominadas, El Código del Trabajo no las ha señalado taxativamente; y finalmente son de (vii) Objeto amplio, tienen un triple objeto –asegurar el resultado de la acción, la protección de un derecho o la identificación de los obligados– y no sólo el asegurar el resultado del juicio.

En lo que respecta a las clasificaciones, la doctrina ha agrupado y clasificado de diversa forma las medidas cautelares del artículo 444 del Código del Trabajo. Aquí intentaremos

⁴² ORTELLS RAMOS, cit. (n. 24) p. 96 y 97.

⁴³ “Nuestros Tribunales han actuado invocando genéricamente el principio de impulso procesal de oficio para dar soluciones, aunque diversas, a este tipo de inconvenientes en relación a la pasividad de las partes y la disposición de la acción deducida”. CHAHUÁN, FERRECCIO, *El principio de impulso procesal de oficio en el nuevo proceso laboral: entre el resguardo de garantías y la búsqueda de eficacia*, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, (Universidad de Chile, Santiago). p. 80 y ss. Disponible en <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/113902>.

hacer una breve recopilación con las clasificaciones que, a nuestro juicio, parecen ser las más relevantes.

En primer lugar, las medidas cautelares pueden clasificarse según el objetivo que tengan, en tres clases. Esta clasificación se desprende del inciso primero del artículo 444⁴⁴.

(i) Las medidas precautorias, son aquellas que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción, y son coincidentes con aquellas conocidas por los artículos 290 y siguientes del Código de procedimiento Civil. El fundamento de estas medidas es que el juicio iniciado puede llegar a una sentencia favorable a las pretensiones del demandante, por lo tanto la demora en la tramitación, traerá aparejado un peligro en la demora. (ii) Luego encontramos aquellas medidas que tienen por objeto la protección de un derecho, y que no se refieran a cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores. Y finalmente, (iii) están aquellas que sean necesarias para la identificación de los obligados y para la singularización de su patrimonio.

En segundo lugar, las medidas cautelares, atendiendo la oportunidad en que se dictan, pueden ser de carácter prejudicial o judicial. Esta clasificación se desprende del artículo 444 inciso cuarto.⁴⁵

(i) Serán prejudiciales, cuando se solicitan al tribunal antes de la demanda, son anteriores al proceso y buscan asegurar el resultado de la pretensión que se hará valer. (ii) Las judiciales, por su parte, son aquellas que podrán ser decretadas en cualquier estado de tramitación de la causa, aun antes de la contestación de la demanda. Desde el momento en que la ley ha limitado su ejercicio al estado de tramitación de la causa, no será posible solicitarlas después de citadas las partes a oír sentencia.

En tercer lugar encontramos la clasificación que las distingue según la oportunidad en que deban ser notificadas.⁴⁶

(i) La regla general es que las medidas cautelares deben ser notificadas a la parte en contra de la que se decreten, antes de llevarlas a efecto o trabarlas. (ii) Por excepción las medidas cautelares podrán ser llevadas a efecto antes, siempre que existan razones graves para ello y que así el tribunal lo determine.

2. Vinculación con los principios inspiradores del proceso laboral y la eficacia en la administración de justicia.

⁴⁴ ORELLANA TORRES, Fernando, cit. (n. 29) p. 130 y ss. SILVA MONTES, Rodrigo, *Manual de procedimiento laboral. Análisis de la ley n°20.087*, (Santiago, editorial jurídica, 2006) p. 23 y ss.

⁴⁵ ORELLANA TORRES, Fernando, cit. (n. 29) p. 130 y ss. SILVA MONTES, Rodrigo, cit. (n. 43), p. 23 y ss

⁴⁶ SILVA MONTES, Rodrigo, cit. (n. 43), p. 24 y ss

La reforma procesal laboral llevada a cabo en nuestro país redujo considerablemente los tiempos de duración de los procesos judiciales, que antiguamente resultaban excesivos, siendo este factor, uno de los indicadores más importantes para la medición de la eficacia en la administración de justicia.

La reforma ha sido considerada por algunos un éxito en cuanto a los indicadores de eficiencia y eficacia⁴⁷ se refiere. Sin embargo, y a pesar de gozar del carácter de éxito de eficiencia y eficacia, es sabido también que los procesos pueden llegar a dilatarse por variadas y múltiples razones, siendo de vital importancia en este tipo de procesos, donde los intereses puestos en juegos tienen un marcado carácter social, pues no podemos olvidar que en la generalidad de las veces, en esta clase de controversias, están en juego expectativas económicas, salariales o indemnizatorias o de protección social que, además de urgentes son decisivas para el sustento del trabajador y su familia⁴⁸, que las dilaciones naturales producto del proceso, sean las menos posibles, manteniéndose a margen, o bien que los paliativos que puedan idearse, funcionen y puedan satisfacer las expectativas de los usuarios del sistema judicial.

En este sentido, debemos destacar que la reforma laboral tuvo a la base, la consideración de diversos principios rectores que son los encargados de servir, orientar y darle forma al proceso. En relación al tema, es menester hacer referencia al principio de la celeridad, que corresponde a “la necesidad de resolver los conflictos en un tiempo acotado y razonable, acorde a la urgencia social de la relación de que se trata y cumpliendo a su vez las exigencias que contempla el artículo 8° de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos”.⁴⁹ En estrecha relación, la eficacia de la administración de justicia depende de la celeridad con la cual sean protegidos los derechos dentro de los procesos tramitados por aquella, de manera que las demoras en la tramitación de estas actuaciones hacen que en la práctica el reconocimiento efectuado en las sentencias sea inútil⁵⁰.

Son las medidas cautelares las que aparecen, entonces, como el instrumento adecuado para evitar el peligro de que la justicia deje en el camino su eficacia, sin la cual deja de ser justicia, de manera que la sentencia que en su día declare el derecho, pueda ser ejecutada de forma eficaz e íntegramente⁵¹.

⁴⁷ Eficiencia, del latín *efficientia*, alude a la Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado. La eficacia, proveniente del latín *eficacia*, dice relación con la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera. Disponible en RAE, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=eficacia>.

⁴⁸ Mensaje del proyecto de reforma de la ley N° 20.087, Historia de la Ley N° 20.087, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20087&anio=2015.

⁴⁹ ORELLANA, PÉREZ RAGONE, *Derecho procesal y justicia laboral*, (Librotencia, Santiago, 2013), p. 19 y ss.

⁵⁰ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, *La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo*, volumen 7, N°2, (Bogotá, Estudio Socio-jurídico, 2005), disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792005000200008&script=sci_arttext&tlng=es.

⁵¹ CHINCHILLA MARÍN, cit. (n. 18) p. 28.

V. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS.

1. Ampliación de la facultad cautelar del juez⁵².

La historia de la ley 20.087 refiere a esta nueva forma de regulación de las medidas cautelares, en el mensaje del proyecto enviado al congreso, como una ampliación de la facultad cautelar del juez, por cuanto puede ahora decretar cualquier medida que estime necesaria, frase que se traspasó a la legislación en los mismos términos que la conocemos hoy.

Si se sigue en la lectura de la historia de la ley, se puede entender que la búsqueda tras esta ampliación de la facultad cautelar, no es otra que hacer que el acceso a la justicia laboral sea eficiente y expedito, puesto que la plena vigencia de los derechos laborales requiere como *conditio sine qua non*, no solo un reconocimiento normativo sino que también, y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional idóneos y eficaces. Es en el marco democrático donde se van construyendo garantías efectivas de una mejor protección de los derechos laborales.

Entonces, en esta búsqueda de tutelas efectivas, cuya dirección es lograr la abreviación de las actuaciones y plazos, debe el juez ser el encargado de evitar toda dilación o su extensión a cuestiones ajenas al pleito. Siendo la nueva regulación de las medidas cautelares una de las tantas herramientas con las que cuentan ahora los juzgadores para hacer frente a este tipo de exigencias.

De esta manera dispone el artículo 444 del Código del Trabajo, que el juez dictará todas las medidas que estime necesarias, y además, la función cautelar del tribunal comprende la posibilidad de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo de su función, incluidos las deudas, créditos, bienes, valores y otros derechos de las partes, así como los de sus empresas o personas relacionadas o que tengan interés en ella. Claramente aquí podemos ver que estamos en presencia de una norma legal que se caracteriza por tener un inciso carácter amplio e indeterminado, cuya determinación de contenido final, queda en manos del juzgador.

Suele denominarse a este tipo de facultad cautelar que estableció el legislador como potestad cautelar general, siendo definida esta como “aquella facultad que la ley le confiere al juez en virtud de la cual éste puede ordenar providencias de naturaleza cautelar no previstas en la ley. Se contrapone a lo que podemos llamar potestad cautelar estricta o limitada, en la que la ley señala en forma taxativa las medidas autorizadas.”⁵³

Esta amplitud que puede observarse de la norma llama enormemente la atención por cuanto en principio, parece exagerada e ilimitada, siendo considerado por algunos como “poder cautelar amplio”. Sin embargo con el avanzar de estas páginas, haremos un análisis

⁵² Para la redacción de estos párrafos, se tuvo a la vista la Historia de la Ley N°20.087.

⁵³ LIZASO SOLÍS, Oscar, cit. (n. 35). p. 80 y ss.

detallado de la norma buscando demostrar que esta facultad no sería tan amplia ni tan indeterminada como parece.

Por de pronto, uno de los límites que el propio mensaje del proyecto de ley señala es aquel que hace referencia a las garantías constitucionales al establecer que “la facultad cautelar es amplia. Estará obviamente restringida en cuanto no podrá violar o hacer inobservar las garantías constitucionales y otras establecidas en las leyes⁵⁴.”

2. Análisis doctrinario del artículo 444 del Código del Trabajo.

a. Medida cautelar genérica innominada.

Poco a poco los ordenamientos jurídicos se han ido integrando por este tipo de preceptos, denominados por la doctrina como flexibles o elásticos, que facultan al juez a llenar en mayor o menor medida su contenido, siendo una consecuencia de ese intento de regular todas o al menos la mayor parte de las relaciones jurídicas existentes⁵⁵. En efecto, estos preceptos denominados flexibles o elásticos, son creados con la amplitud necesaria para permitir una mayor adaptación a la realidad, posibilitando que el resultado de su aplicación pueda ajustarse mejor a la función y espíritu que preconiza dicho artículo⁵⁶. Un ejemplo de este tipo de preceptos lo podemos encontrar en el artículo 444 del Código del Trabajo.

En principio, es perfectamente posible que se pueda dar un recurso ilimitado a la fantasía para llenar de contenido a la medida. La elasticidad que le dio el legislador laboral a la formulación del precepto legal así lo permite. Sin embargo, esto no quiere decir que se le hayan concedido al juez poderes de decisión *ad libitum* según sus propios criterios, sino que por el contrario, en la adopción de una medida cautelar el órgano jurisdiccional está vinculado a toda una serie de pautas, que como señala DE LA OLIVA⁵⁷, es evidente que el juez se mueve dentro de un ámbito que la ley le concede pero que tiene sus límites. El poder de construcción, por tanto, no es ilimitado.⁵⁸

Ahora, la pregunta lógica y obligada, por consiguiente, es ¿Cuáles son esos criterios definidores del contenido de las medidas cautelares? ¿Cuáles vendrían a ser, los límites a los que se encuentra afecto este poder de construcción?

⁵⁴ Historia de la Ley N° 20.087, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20087.

⁵⁵ CALDERON CUADRO, María Pía, *Medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, (Madrid, 1992) p.

⁵⁶ En el mismo sentido, María Ángeles Jové, “Sin embargo, a la hora de determinar las consecuencias jurídicas, o lo que es idéntico, las medidas a adoptar mediante este artículo, la actividad del juez consiste en una elección. No se trataría como antes de decir sí o no, sino de elegir –entre una variedad de soluciones posibles y de acuerdo con los criterios exigidos por la norma-, la más adecuada para hacer frente a la finalidad prevista por la misma: asegurar la efectividad de la sentencia. JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

⁵⁷ De La Oliva, *Algunas peculiaridades de las normas procesales*, en RDPI (España, 1974), p.248.

⁵⁸ CALDERON CUADRO, María Pía, cit. (n. 52), p.

En una primera lectura del Código del Trabajo, vemos que el legislador laboral en esta materia, ha hecho referencia en el inciso primero del artículo 444⁵⁹, a la necesidad, referencia que no resulta accidental o antojadiza, sino por el contrario, es una referencia que busca ser la guía del juez en esta función de creación que se le ha encomendado.

Para poder entender a qué se hace referencia exactamente con la palabra necesidad, dirigiremos la mirada a la doctrina española preponderantemente, puesto que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en su artículo 1428, regula las medidas cautelares a través de la indeterminación de las mismas y haciendo referencia también, a la necesidad como criterio definidor del contenido de las medidas cautelares, siendo la doctrina de aquel país notoriamente más desarrollada sobre este tema.

Primeramente y en una búsqueda de precisión terminológica, debemos hacer referencia a los conceptos relacionados que son de interés en este tema. Así, por necesario, palabra proveniente del latín *necessarius* suele entenderse, en términos generales, aquello que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin⁶⁰.

CALDERÓN, ha realizado una clara explicación de lo que implica la necesidad en relación a la actividad jurisdiccional, la que a nuestro parecer, es relevante reproducir para efectos explicativos. Así “la inclusión de este concepto en el precepto, caracterizando la medida, exige, entonces, que el órgano jurisdiccional realice una comprobación previa de la existencia de esa necesidad, no bastando la simple conveniencia, de tutela cautelar. Ahora bien, la necesidad como criterio delimitador de la medida cautelar, precisa una actividad compleja del órgano jurisdiccional. Como es lógico, el primer paso debe referirse, aunque breve, al *periculum in mora*. La necesidad equivaldría aquí, a la existencia de un peligro cuya evitación se persigue a través de la medida cautelar, teniendo en cuenta, sin embargo, que este requisito así entendido, se va a concretar en un doble nivel: como necesidad de tutela cautelar en general –cuando existe *periculum in mora*- y como necesidad de aseguramiento solicitado en cuanto forma de atajar ese específico peligro alegado. En este sentido se trataría de un presupuesto previo a la propia delimitación de la medida, sin peligro se desestimaría la solicitud precisamente por falta de fundamento, pero a su vez, la cautela a adoptar dependerá del riesgo concreto que se quiere evitar⁶¹”.

Entonces, podemos desprender de lo anterior que esta necesidad se transforma en uno de los presupuestos de las medidas cautelares, teniendo un rol de fundamento último de la misma, porque la medida en la que se va a concretar, sólo podrá ser aquella que la necesidad determine como adecuada, pero a la vez, es el límite de la creación judicial, porque es la necesidad la que va a determinar hasta donde pueden llegar dichos poderes.

⁵⁹ Artículo 444 del Código del Trabajo “En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime *necesarias* para asegurar el resultado de la acción, así como la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio...”

⁶⁰ Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=necesario>.

⁶¹ CALDERON CUADRO, María Pía, cit. (n. 52), p.

Por lo tanto, la pregunta siguiente es si ¿sólo la necesidad es el límite y fundamento de las medidas cautelares, o existen otros más que nos permitan determinar a estas medidas cautelares?

La doctrina tiene diversas opiniones en esta materia, por un lado BECEÑA⁶² considera que la necesidad es el único límite a esto pues, “los poderes del juez en cuanto a las medidas que pueda adoptar son extraordinarios, sin otro límite que la necesidad misma, según las circunstancias de cada caso: dentro de un criterio de racionalidad, impuesto por las circunstancias de la obligación, de la situación del acreedor y del deudor, el juez puede conceder cuanto estime conveniente para asegurar su propia decisión.” ORTELLS RAMOS⁶³ refiriéndose a la necesidad ha expresado que “la expresión contribuye a delimitar las cautelas que pueden solicitarse ya que subordina la adopción de tales medidas a la concreta concurrencia de las circunstancias que las hacen necesarias.” CALDERON⁶⁴ por su parte, considera que el límite no sería sólo la necesidad, sino también la adecuación “La medida cautelar encuentra un límite: su adecuación, su idoneidad a los fines de garantía de la concreta pretensión deducida. La instrumentalidad así lo exige. En caso contrario los efectos solicitados no serán adoptados.” Finalmente en opinión de GALLEGO MORELL⁶⁵, “la clave para determinar las medidas está en la expresión según las circunstancias que alude, de forma indudable, al carácter de la obligación, a la situación económica, solvencia, y arraigo del deudor, como también a las mismas cualidades en la persona del acreedor”.

De lo anterior, compartimos la opinión de BECEÑA, que cree el único límite es la necesidad misma, pero estando ésta sujeta a criterios de racionalidad y a las circunstancias de cada caso, siendo estos últimos elementos comprensivos de las demás limitaciones planteadas por los otros autores. Es decir, el único límite es la necesidad, por cuanto así lo ha determinado la ley, pero dicha apreciación de la necesidad está sujeta a los elementos de racionalidad y las circunstancias del caso, que vienen a englobar a la adecuación, las circunstancias económicas de la contraparte, etc. Por lo tanto la necesidad como criterio delimitar permite configurar, entonces, el contenido de las medidas cautelares

De esta forma, la necesidad que se exige para la concreción de una medida cautelar, es una necesidad auténtica, es decir que no basta se adopte una medida cautelar con la mera conveniencia o utilidad del solicitante. Es decir que, aunque el interés en la tutela cautelar pueda existir y ser real, la tutela cautelar no será legítima sino sólo en la medida que se tenga el peligro a la base, pues este legitima su concesión en cuanto necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia⁶⁶.

La medida necesaria, entonces, se corresponde con la medida adecuada, la medida idónea para garantizar la efectividad de la sentencia. Pero por otro lado, la necesidad debe descubrirse sin olvidarnos del sujeto pasivo, de los intereses contrapuestos de las partes, de

⁶² BECEÑA, *Magistratura y justicia*, (Madrid, 1928), p 346.

⁶³ ORTELLS RAMOS, cit. (n. 24) p. 96 y 97.

⁶⁴ CALDERON CUADRO, María Pía, cit. (n. 52), p.

⁶⁵ GALLEGO MORELL, *El artículo 1428 de la LEC*, en RDP, (España, 1953), pp. 266- 233.

⁶⁶ CALDERON CUADRO, María Pía, cit. (n. 52), p.

modo tal que la medida a adoptar, debe, estar en un equilibrio que permita consentir y hacer posible la realización del derecho⁶⁷, pero a la vez de no lesionar al sujeto pasivo.

Finalmente, no podemos olvidar que existe un límite genérico que es inherente a toda regulación de las medidas cautelares indeterminadas, siendo este límite jamás sobrepasado. Este es el único límite que el mensaje del proyecto de reforma establecía expresamente, nos referimos acá a todas las garantías constitucionales, y otras establecidas en las leyes, los derechos adquiridos, como también todos los principios informadores del proceso laboral.

b. Potestad cautelar oficiosa.

La potestad cautelar oficiosa, dice relación con la posibilidad de que el juez sea quien decrete, de oficio, todas las medidas cautelares que a su juicio sean necesarias para asegurar la acción, la protección de un derecho o la identificación de los obligados. Esta posibilidad de actuación del juez se encuentra estrechamente ligado a los principios base que sirvieron de inspiración para la reforma laboral, especialmente el de impulso procesal de oficio.

Por tanto, primeramente, parece menester dar inicio a la explicación conceptualizando este principio. CHIOVENDA, lo define como “la actividad que se propone tan sólo obtener el movimiento progresivo de la relación procesal hacia su término⁶⁸.” En definitiva, el impulso procesal de oficio ordena que sea el juez quien debe realizar, desde la instauración del pleito hasta el fin del mismo, todas las conductas que resulten necesarias para juzgar.⁶⁹ Entonces, el principio de impulso procesal de oficio alude a nada más que al rol central que llega a desempeñar el juez, una vez que se ha reclamado su intervención en determinado asunto.

Sabido es que el proceso laboral tiene un carácter proteccionista por cuanto la relación laboral no se desenvuelve en un marco de igualdad, sino en un contexto de diferencias, existiendo una parte débil e indefensa a la cual el derecho laboral le brinda protección a través de los derechos y acciones para intentar equipararla. Esta tutela a la parte débil tiene como nota distintiva, la irrenunciabilidad de los derechos laborales y los principios inspiradores de la legislación laboral.

⁶⁷ CALDERON CUADRO, María Pía, cit. (n. 52), p. A mayor abundamiento, la autora establece que “Presupuesto lo anterior, y entendiendo que pueden ser más de u o de los efectos adecuados para cumplir la finalidad encomendada, resta al juzgador individualizar el contenido concreto de la medida, teniendo en cuenta para ello, no tanto la necesidad de la cautela en sí, que ya ha sido comprobada, sino la medida de esa necesidad. Forma de medición sencilla y compleja a la vez, será, desde nuestro punto de vista la comparación de los intereses en conflicto.”

⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, (Reus, Madrid, 1925), p.77. A mayor abundamiento, “el impulso de oficio parte de la idea de que el Estado está interesado en la rápida resolución de las Litis, una vez que éstas han sido planteadas, y por ello sus órganos deben tomar la iniciativa de su rápida expedición; el principio opuesto parte de la idea de que el proceso civil es cosa de las partes, y que éstas tienen el derecho de elegir el momento de su despacho, y al mismo tiempo la carga de ser diligentes para conducirlo adelante”.

⁶⁹ CHAHUÁN, FERRECCIO, cit. (n. 42), p 80. Disponible en, <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/113902>.

Teniendo lo anterior claro, entonces, resulta bastante fácil comprender por qué el impulso procesal de oficio es tan importante y por qué cobra vital fortaleza en estas materias. Así, es que debemos comprender que “la ley laboral protege al trabajador, pero teniendo en miras, además, un interés general y colectivo: la paz y el progreso social. Ahora bien, si en toda norma de carácter procesal existe siempre involucrado, en mayor o menor grado, un interés de orden público, es natural que en los procesos laborales tal interés resulte acentuado, atendido el carácter de los derechos materiales perseguidos en ellos, por lo que la preocupación de la ley de no dejar la suerte de tales litigios entregada a la mera actividad de los particulares – interesados directos, pero no únicos – resulta enteramente comprensible⁷⁰”.

Por tanto, el artículo 444 del Código del Trabajo, en su inciso primero, al permitir al juez decretar todas las medidas cautelares necesarias, está consagrando una vez más este carácter social y de protección, especialmente en materia de tutela cautelar, que como ya hemos repetido anteriormente, es una herramienta que hace frente a las dilaciones propias de todo proceso y la necesidad de celeridad y eficacia de la justicia.

Finalmente, el legislador establece que la función cautelar del tribunal comprende, además, la posibilidad de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo de su función, incluidos las deudas, créditos, bienes, valores y otros derechos de las partes, así como los de sus empresas o personas relacionadas o que tengan interés en ella. Siendo esta forma de regulación, otro ámbito de actuación para la potestad cautelar oficiosa.

c. Medidas cautelares nominadas como excepción.

El inciso final del artículo 444 del Código del Trabajo, ha establecido que “habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objeto perseguido”.

La doctrina suele llamar a este tipo de preceptos como normas mixtas, por cuanto en el mismo precepto el legislador ha efectuado una lista ejemplificativa de cautelas que conviven con una cláusula general comprensiva de otras medidas que no han sido expresamente determinadas y que coincidirían precisamente con todas aquellas que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia.

Estas normas mixtas parecen tener una estructura coincidente con la estructura presente en el artículo 444 del Código del Trabajo, pues, de un simple análisis, pareciera desprenderse que el legislador ha consagrado expresamente una cláusula general

⁷⁰ ZAPATA DÍAZ, Hernán, *El impulso procesal de oficio en asuntos civiles*, en, RDGT. (Concepción, 1969) p. 107.

indeterminada en el inicio, y ha concluido con una serie de medidas que integran la función cautelar del juez.

Cabe preguntarse cuál es el objetivo que se busca al establecer estas medidas determinadas, en un precepto cuya principal característica es la indeterminación de las medidas. ¿Qué efectos busca el legislador a través de esta fórmula?

Se adivina fácilmente que el principal efecto que puede reprocharse a esta técnica es que la enumeración ejemplificativa se convierta en taxativa. Aun que estamos de acuerdo con calderón en que, al margen de que esto no fuera deseable, sólo sería verdaderamente un inconveniente si con las medidas enunciadas o se lograra el pleno aseguramiento de los pronunciamientos judiciales. No obstante, es obvio que el interés del legislador al facilitar estos listados no es otro que el de orientar tanto a las partes como al órgano jurisdiccional, pero sin agotar todas las posibilidades e hipótesis que, por otra parte, sería prácticamente inviable⁷¹.

Al respecto se pueden dar dos interpretaciones posibles, la primera es que debido a los efectos de las medidas enunciadas, estas ejemplificaciones señalan el carácter excepcional de las cautelas establecidas, lo que imposibilitaría solicitar medidas semejantes a través de la cláusula general⁷².

La segunda, es una interpretación opuesta que consiste en entender que la finalidad de estos listados no es permitir aquellas consecuencias jurídicas, sino la de orientar a las partes y al órgano judicial, en orden a solicitar y conceder medidas cautelares que, en este último sentido, sí podrían tener aquellos contenidos. Por tanto, cabe entender que la pormenorización legal efectuada, y la cláusula general indeterminada, funcionan en planos distintos. Es decir, como la primera se establece a título orientativo o indicativo, no constituye límite alguno para la segunda que debe concebirse de forma abierta y amplia⁷³.

Al respecto, estimamos que la interpretación correcta no podría ser otra que la segunda, es decir, aquella que considera que la presencia de estas medidas cautelares que el legislador ha determinado, tiene como objetivo único, el de guiar a las partes y en especial al órgano jurisdiccional para que dicte estas mismas medidas, o medidas cautelares que puedan tener contenidos semejantes, pero jamás busca ser una limitación a las posibles medidas que puedan solicitarse o decretarse a través de la cláusula general –como lo postula la primera teoría–, porque como ya dijimos anteriormente el único límite existente a este poder de creación, no es otro que la necesidad misma sujeta a criterios de racionalidad y la adecuación a las circunstancias.

Finalmente y en atención a lo recientemente dicho, es que consideramos que las medidas cautelares que el legislador ha expresamente establecido, constituyen una excepción, y que como tal, la regla general la constituye la determina cláusula general del precepto, siendo esta la que debiese considerarse para su uso constante por parte del

⁷¹ JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss.

⁷² JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss

⁷³ JOVÉ, María Ángeles, cit. (n. 26) p. 31 y ss

juzgador, pues las medidas que han sido nominadas sólo tiene por finalidad la de guiar a las partes y al órgano jurisdiccional en su función, correspondiéndose con el sentido y espíritu de la norma el buscar las medidas que resulten idóneas y necesarias a cada caso. Por lo tanto debe recurrirse primero a la creación, que permite adecuar y determinar las medidas a cada caso, y luego, en búsqueda de guía y orientación, dirigirse la mirada a estas medidas nominadas. Ahora esto no quiere decir, de ninguna forma, que estemos en contra de su aplicación práctica.

VI. TEORÍAS SOBRE LA OBJETIVACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

a. Breve referencia a las diversas teorías

Este último capítulo ha sido considerado para dar una breve referencia de los distintos sistemas y teorías propuestas para hacer de la decisión de otorgar una medida cautelar una realidad objetivable, que considerando los factores propios de cada caso, eviten dejar al juez en una situación desmejorada debido a la poca cantidad de detalles que maneja el juez del caso, a la hora de decretar una medida. Centraremos la atención aquí en las teorías de LEUBSDORF-POSNER y la de BROOKS Y SCHWARTZ.

No resulta una novedad, los perjuicios que pueden ir acompañados de la decisión de concesión o denegación de una medida cautelar. Así, una medida que no ha sido concedida a la parte demandante, aun cuando se cumplía con todos los requisitos y estándares, beneficia en una forma no correspondiente al demandado, lo mismo ocurre a la inversa, cuando se concede una cautela que no debía ser concedida, aquí la parte demandante es privilegiada sin corresponderle mientras que se perjudica a la parte demandada.

Es fácil entender los problemas aparejados a esta situación, sin embargo, lo que no resulta simple, es poder anticiparse a estas situaciones, porque es el juez, quien con un conocimiento precario de la materia objeto de litigio y en base a una verosimilitud, debe anticiparse y conceder las medidas cautelares.

Este sistema, de concesión de la tutela cautelar, sabemos debe cumplir con determinados requisitos y condiciones, sin embargo, esos no bastan siempre para prevenirse a las situaciones, pudiendo muchas veces incurrirse en errores que luego se vuelven perjuicios irreparables. Es por esto, que nos ha parecido interesante terminar el presente trabajo haciendo alusión a las diversas teorías que ha formulado la doctrina sobre la concesión de las medidas y cómo hacer de estas una tarea más sencilla y objetiva al juez, para evitar aquellos lamentables errores.

Primeramente, en una visión que se determina más tradicional, encontramos la regla del equilibrio, desarrollada por LEUBSDORF-POSNER. Este enfoque lo que busca es comparar el daño que se le podría causar a la parte demandante si la medida cautelar se niega de forma errónea y el daño que se le causa a la parte demandada si la medida cautelar se concede erróneamente. El enfoque de LEUBSDORF-POSNER, se logra comparando la probabilidad de que el demandante gane el juicio y el daño que podría sufrir si la medida cautelar no es decretada. Bajo esta visión, una medida cautelar sólo se concede si⁷⁴,

$$P \times H\pi > (1 - P) \times H\Delta.$$

Donde P, es la probabilidad de que el demandante, una vez concluido completamente el juicio, gane. $H\pi$, representa el daño irreparable que el demandante sufrirá si la medida

⁷⁴ BROOKS Y SCHWARTZ, *Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine*, en SLR N° 58, (USA, 2005) pp. 381 y ss.

cautelar no es concedida, y HΔ es el daño irreparable que sufrirá el demandando si se concede dicha medida cautelar.

Luego, una segunda visión sobre el mismo tema, la podemos encontrar en los profesores BROOKS Y SCHWARTZ, quienes, tomando la visión tradicional de LEUBSDORF-POSNER, postulan una nuevo enfoque que se denomina como más eficiente en términos económicos. Esta norma provisional de eficiencia, lo que busca, es determinar una nueva forma de concesión de las medidas cautelares, teniendo a la base ya no la típica visión de los daños irreparables que pueden originar o los méritos del caso, sino que más bien, se daría una situación donde, los tribunales concederían medidas cautelares a cualquier demandante dispuesto a pagar una fianza que cubra los daños de la parte demandada, o alternativamente, concederían medidas si esa sería la asignación más eficiente de los recursos en disputa, pues esto último es importantísimo en esta nuevo enfoque.⁷⁵

Es decir, la norma provisional de eficiencia exige que el tribunal determine cuanto mejor sería que el demandado realice la prestación objeto de litigio, y cuanto peor sería que el demandado se vea obligado a realizar dicha prestación. Esta información sería suficiente para que la corte implemente una medida cautelar, mientras que la regla tradicional de LEUBSDORF-POSNER requeriría de más, porque debe determinar (i) si la indemnización concedida a la conclusión del caso será adecuada para ambas partes, (ii) qué tan probable es que el demandado tendrá que pagar daños y perjuicios si no se concede una medida cautelar al demandante, y (iii) qué tan probable es que el demandante tendrá que pagar daños y perjuicios a la parte demandada si se emite una medida cautelar⁷⁶

Finalmente una tercera consideración que busca responder a los profesores Brooks y Schwartz, donde se defiende un enfoque más tradicional que requiere la consideración de los méritos del caso del demandante y el daño irreparable a los derechos de las partes que la concesión o denegación de las medidas cautelares infligiría. Esta formulación es de LEUBSDORF.

LEUBSDORF, parte explicando que uno de los factores determinantes –siendo quizás el más importante de los factores– a la hora de saber si el demandante puede o no tener una medida prejudicial, es la probabilidad de que el demandante vaya a vencer, ‘puesto que los tribunales constantemente conceden casi la totalidad de las cautelas por este motivo. Así, la concesión de una medida cautelar sin tener en cuenta tanto los méritos de la reclamación del demandante o la probabilidad de un daño irreparable, puede “llegar a ser una negación del debido proceso”⁷⁷.

⁷⁵BROOKS Y SCHWARTZ, cit. (n. 70) pp. 381 y ss

⁷⁶ BROOKS Y SCHWARTZ, cit. (n. 70) pp. 381 y ss.

⁷⁷ Granting a preliminary injunction without considerin either the merits of the plaintiff’s claim or the likelihood of irreparable injury may be a denial of due process. LEUBSDORF, John, *Preliminary injunctions, in defense of the merits*, en FLW, (New York, USA) p. 33y ss.

El concepto de eficiencia que ha sido invocado por los profesores Brooks y Schwartz puede ser frecuente en literatura de derecho y economía, pero puede llevar a resultados a lo menos cuestionables. Por ejemplo, bajo la norma provisional de eficiencia, se podría obtener medidas cautelares que no corresponde si es que el demandante tiene un derecho legal que puede afianzar a través de la constitución de una caución. Entonces resulta recomendable que los tribunales se adecuen a la ley en vez de evaluar la eficiencia que existe en uno u otro caso.

Finalmente, y a nuestro parecer, creemos que si bien es importante tener procedimientos y actuaciones de los tribunales que vayan en pos de la eficiencia de los recursos, en materias como estas nunca podría olvidarse el mérito de los antecedentes para conceder una medida cautelar, siendo la visión tradicional de LEUBSDORF-POSNER la que más correcta e idónea resulta, en especial por considerar todos los matices que se aprecian en esta materia, incluso el posible daño que podría sufrir el demandando con la posibilidad de decretar una medida cautelar, y no siendo un mero análisis económico, que como bien se dijo anteriormente, llega a ser incluso una negación del debido proceso.

VII. CONCLUSIÓN.

Del trabajo recientemente presentado, nos hemos permitido extraer ciertas conclusiones que creemos son las que marcan el desarrollo del trabajo y la conclusión del mismo, permitiéndonos cerrar con esta breve recopilación de ideas y afirmaciones que sostuvimos a lo largo de este.

(i) Las medidas cautelares constituyen el instrumento que se mueve entre dos polos opuestos propios del proceso: la necesidad de conocimiento y ponderación, versus la necesidad de celeridad y eficiencia de la justicia.

(ii) El Código de Procedimiento Civil es aplicable en todo lo no regulado por el legislador laboral en lo relativo a las medidas cautelares, siendo en este caso, aplicable la regulación que se hace de los requisitos necesarios para conceder una medida cautelar, con salvedad de la caución.

(iii) La caución no tiene cabida en sede laboral, toda vez que estimamos que el proceso es gratuito por esencia, y que no se ha establecido de forma expresa, a diferencia de la regulación civil, donde el legislador ha expresamente señalado los casos en los que procedería la caución, siendo en estos aún facultativo para el juez exigirla.

(iv) Además de los requisitos comunes y típicos a todas las cautelas, estimamos que para concretar la facultad general, debe solicitarse esta de forma expresa y determinada. Es decir, no basta una alusión genérica a la potestad cautelar innominada, sino que se exige que el actor que tenga interés solicite la medida que pareciera ser la necesaria y adecuada.

(v) La existencia de una cláusula general en el proceso laboral, que nace a raíz de la reforma procesal laboral, constituye una ampliación de la facultad general del juez, siendo considerada ahora, como un poder cautelar amplio y abierto que se otorga al juzgador, a fin de que determine, caso a caso, las medidas que se vuelven necesarias.

(vi) Que bien existe en nuestra legislación un precepto de carácter flexible o elástico – muestra de una legislación moderna-, este precepto no otorga libertad total al juez en su tarea de creación. Son límites de la facultad del juez, en primera la necesidad de la medida, y en segundo lugar, la constitución y las leyes, respecto de los derechos conferidos.

(vii) El precepto que contiene la regulación de las medidas cautelares innominadas, contempla en su inciso final una referencia a ciertas medidas que podría el juez decretar. Estas son consideradas por parte de la doctrina como medidas cautelares nominadas, lo que hace que el precepto sea de carácter mixto. La presencia de estas constituye una guía a las partes y al juez sobre las medidas que podrían llegar a ser otorgadas y sus símiles.

(ix) La tarea de decretar una medida cautelar no es simple, por tanto se han establecido teorías que permitirían al juez alivianar la tarea al minuto de decidir si conceder o denegar una medida cautelar. Lo relevante está en nunca dejar de considerar el mérito del asunto, porque esto podría llegar a constituir incluso, una negación del debido proceso.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. Fuentes Doctrinales.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Las cautelas procesales, crítica a las medidas precautorias, (Santiago de Chile, 2011).

ALVARADO VELLOSO, El procedimiento cautelar y la solución urgente y anticipada de una pretensión, en CCDP. 34 (2013) pp, 833-888.

BECEÑA, Magistratura y justicia, (Madrid, 1928).

BROOKS Y SCHWARTZ, Legal uncertainty, economic efficiency, and the preliminary injunction doctrine, en SLR N° 58, (USA, 2005).

CASTRO PEZOA, Mauricio; TORDESILLA LÓPEZ, Fernanda, “Análisis jurídico y comparativo a la Ley N° 20.087 sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.” (Santiago, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2007).

CALAMANDREI, Piero, Estudio sistemático de las providencias cautelares (Buenos Aires, 1996).

CALAMANDREI, Piero, Providencias cautelares, (1935, trad. cast. Buenos Aires, 1984).

CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio de las providencias cautelares (Lima, 2006)

CALDERÓN CUADRO, María Pía, Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, (Madrid, 1992).

CANDÍA GUZMÁN, Claudio; KOCH CID, Karla, Reforma Procesal de Trabajo, (Segunda Edición, Santiago, Editorial Metropolitana, 2009).

CARRASCO DELGADO, Nicolás Ignacio Ariel, Análisis económico de las medidas cautelares civiles, (Santiago, 1ra edición).

CHAHUÁN, FERRECCIO, El principio de impulso procesal de oficio en el nuevo proceso laboral: entre el resguardo de garantías y la búsqueda de eficacia, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, (Universidad de Chile, Santiago). p. 80 y ss.

CHIOVENDA, Giuseppe, Principios de derecho procesal civil, (Reus, Madrid, 1925).

CLAVIJO OGALDE, Jaime, Solicitud maliciosa de medidas cautelares en el proceso civil: responsabilidad, (Valparaíso, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011).

CORREA SELAMÉ, Jorge Danilo, Derecho Procesal Laboral, Nuevo Procedimiento, (Santiago, Thomson Reuters Puntolex, 2009).

DE LA OLIVA, Algunas peculiaridades de las normas procesales, en RDPI (España, 1974).

DE LA OLIVA, SANTOS, Andrés; PALOMO, VÉLEZ, Diego, Iván, Derecho Procesal Civil, hacia una nueva justicia civil. (Santiago, 2004).

DE LAZZARI, Eduardo, Medidas cautelares² (Buenos Aires, 1994).

GALLEGO MORELL, El artículo 1428 de la LEC, en RDP, (España, 1953), pp. 266- 233.

JOVÉ, María de los Ángeles, Medidas cautelares innominadas en el proceso civil, (España, 1995).

LEUBSDORF, John, Preliminare injunctions: in defense of the merits, en FLR. N° 76 (2007).

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, Las medidas cautelares reales en el nuevo código procesal penal chileno, en REJ N°8 (Santiago, Universidad de Chile, 2004).

MARÍN GONZALEZ, Juan Carlos, Las medidas cautelares en el proceso civil chileno: doctrina, jurisprudencia y derecho comparado (Santiago de Chile, 2004).

MARINONI, Luiz Guilherme, Antecipação da tutela¹⁰ (Sao Paulo, 2008).

MARINONI, Luiz Guilherme, Tutelas urgentes y tutelas preventivas, (Lima, 2010).

MARINONI, Luiz Guilherme, La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva, en CCCDP. 34 (2013).

MARTÍNEZ BOTOS, Medidas Cautelares, (Buenos Aires, Universitaria, 1990).

MATURANA MIQUEL, Cristián, Las medidas cautelares, (Santiago, Universidad de Chile, 2010).

MÉNDEZ SERQUERIA, Gabriel, Reforma al procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, (Universidad de Chile, 2007).

ORELLANA TORRES, Fernando, Comentarios al nuevo proceso laboral, (Segunda edición, Santiago, Librotecnia, 2008).

ORELLANA, PÉREZ RAGONE, Derecho procesal y justicia laboral, (Librotencia, Santiago, 20013).

ORTELLS RAMOS, Sobre las medidas cautelares, (Editorial Justicia, 1989).

PARRA QUIJANO, Jairo, Indicios y presunciones⁷ (Bogotá, 2011) IV.

PARRA QUIJANO, Jairo, Medidas cautelares innominadas, en CCDP. 34 (2013).

PODETTI, Ramiro “Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral” Vol. IV “Tratado de las Medidas Cautelares”.

RAMOS ROMEU, Francisco, Las medidas cautelares civiles: Análisis jurídico-económico (Barcelona, 2006).

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, La necesidad de ampliar la tutela cautelar judicial en el proceso contencioso administrativo, (Bogotá, Estudio Socio-jurídico, 2005).

RICCI, Edoardo, A tutela anticipatoria brasileira vista por un italiano, en RDPC (Genesis).

RIVAS, Adolfo, Medidas cautelares, (Buenos Aires, 2007).

SILVA MONTES, Rodrigo, Manual de procedimiento laboral. Análisis de la ley N°20.087, (Santiago, Editorial Jurídica, 2006).

UTMAN SUÁREZ, Felipe, Oportunidades probatorias no reglamentadas explícitamente en los nuevos procedimientos laborales, en RCD. 38 (2011).

ZAPATA DÍAZ, Hernán, El impulso procesal de oficio en asuntos civiles, en, RDGT. (Concepción, 1969) p. 107.

2. Fuentes Legales:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

CÓDIGO DEL TRABAJO.

LEY N° 20.022 DE 30 DE MAYO DEL 2005, Crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional en las comunas que indica.

LEY N° 20.087 DE 30 DE ENERO DEL 2006, Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.

LEY N° 20.260 DE 29 DE MARZO DEL 2008, Modifica el libro V del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral.

HISTORIA DE LA LEY 20.087.