



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Laboral

El Contrato de Prestación de Servicios Civiles como Mecanismo de Elusión de los Efectos de una Relación Laboral: Criterios Judiciales y Administrativos Diferenciadores

Memoria Para Optar al Grado de
Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales

**CATALINA IGNACIA MUÑOZ VALDENEGRO
THOMAS MAURICIO UMAÑA TORRES**

Profesor Guía: Sr. Luis Lizama Portal

Santiago, Agosto de 2012

A mi hija Emilia,
cuya discapacidad ha dado un real significado a la vida.

Catalina.

A Julia,
con cuya compañía soy una mejor persona.

Thomas.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por su paciente guía y cuidado.

A José Luis, por su constante cariño y dedicación.

A mis padres, por su incondicional apoyo.

Catalina

A mi abuelo Antonio, por su guía y apoyo incondicional.

A mi madre, por enseñarme que el esfuerzo todo lo logra.

A mi familia, por instruirme a ser perseverante.

Thomas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CIVILES	14
1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN	14
2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CIVILES	15
2.1. Antecedentes	15
2.2. Concepto	16
2.3. Elementos	19
2.3.1. Características.....	20
2.3.2. Legislación Aplicable	22
2.3.4. Requisitos.....	24
2.3.5. Las Partes del Contrato	32
2.3.6. Derechos y Obligaciones	34
Obligaciones del Prestador del Servicio:	34
Obligaciones del Receptor del Servicio:	35
2.3.7. Causales de Término.....	35
a) Muerte:.....	35
b) Terminación:	35
c) La llegada del plazo convenido	36
d) Desahucio:	36
2.4. Principios Rectores	36
2.4.1. Principio de Autonomía de la voluntad.....	37
2.4.2. Principio del Consensualismo.....	38

2.4.3. Principio de Libertad Contractual.....	38
2.4.4. Principio de Fuerza Obligatoria de los Contratos o <i>Pacta Sunt Servanda</i>	39
2.4.5. Principio de Efecto Relativo de los Contratos	40
2.4.6. Principio de Buena Fe Contractual	40
3. EL CONTRATO DE TRABAJO	43
3.1.- Antecedentes	43
3.2. Concepto.....	44
3.3. Elementos	44
a) Prestación de servicios:.....	45
b) Remuneración:.....	45
c) Subordinación o Dependencia:.....	47
3.4. Requisitos Esenciales	48
a) El Consentimiento	49
b) La Capacidad:	50
c) El Objeto:.....	52
d) La Causa:.....	52
3.5. Perfeccionamiento.....	53
3.6. Cláusulas	54
3.7. Modificación	57
3.8. Las Partes del Contrato de Trabajo	58
3.9. Clasificaciones	60
a) Según el régimen jurídico laboral aplicable:.....	60
b) En Razón de la Duración del Contrato:.....	61
c) En razón de la tipicidad en el ámbito de las relaciones de trabajo:	62
3.10. Derechos y Deberes.....	64
A.- Derechos del Empleador:.....	64
B.- Derechos del Trabajador:.....	66
3.11. Terminación	68
a) Causales sin derecho a indemnización:.....	68

b) Causales que dan derecho a indemnización:	71
3.12. Principios Rectores	73
3.12.1. Principio Protector	74
a) Regla “ <i>Indubio Pro Operario</i> ”.....	74
b) Regla de la norma más favorable:	75
c) Regla de la Condición Más Beneficiosa:.....	75
3.12.2. Principio de la Irrenunciabilidad de los Derechos.....	75
3.12.3. Principio de la Continuidad en la Relación de Trabajo	76
3.12. 4. Principio de la Primacía de la Realidad.....	77
3.12. 5. Principio de la Libertad Sindical	79
3.12. 6. Principio de Buena Fe en Materia Laboral	80
CAPÍTULO II: EL FRAUDE A LA LEY EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.....	81
1. INTRODUCCIÓN	81
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FRAUDE A LA LEY	83
3. CONSIDERACIONES PREVIAS	84
3.1. Ilícitud e Instrumentalización	84
3.2. Mecanismos Defraudatorios	85
4. EL FRAUDE A LA LEY	86
4.1. Concepto de Fraude.....	86
4.1.1. Sentido Amplio y Sentido Restringido	86
4.1.2. El Concepto de Fraude en Derecho Laboral	88
4.1.3. La Simulación y el Encubrimiento de la Relación Laboral	89
4.2. Naturaleza.....	92
4.3. Elementos del Fraude	94
4.3.1. Norma Eludida.....	94
4.3.1.1. Elusión de Norma Imperativa.....	94

4.3.1.2. Norma Eludida en Materia Laboral	96
4.3.2. Medio Empleado.....	99
4.3.2.1. Características	99
4.3.2.2. El Medio Defraudatorio en el Derecho del Trabajo.	100
4.3.3. Intencionalidad	101
4.3.3.1. Teoría Subjetiva	101
4.3.3.2. Teoría Objetiva	102
4.3.3.3. El Elemento Intencional en Sede Laboral	104
4.3.4. Perjuicio.....	105
4.3.5. Necesariedad	106
4.4. Sanción al Fraude	107
4.4.1. Reacción Jurisdiccional	108
4.4.1.1. Interpretación Positiva	108
4.4.1.2. Interpretación Negativa	109
4.4.2. Reacción Forense	111
4.4.2.1. Doctrina de la Nulidad	111
4.4.2.2. Doctrina de la Inoponibilidad	113
4.4.2.3. Doctrina de la Aplicación de la Ley Defraudada	114
4.4.2.4. Doctrinas Modernas	115
5. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CIVILES COMO FRAUDE A LA LEY LABORAL.	116
5.1. Antecedentes	116
5.2. Surgimiento de la Relación Jurídica Laboral.....	117
CAPÍTULO III: CRITERIOS DIFERENCIADORES DE UN VÍNCULO LABORAL Y DE UNO CIVIL	125
1. INTRODUCCIÓN	125
2. POSICIÓN LEGAL	127

2.1. Presunción de Laborabilidad	127
3. POSICIÓN ADMINISTRATIVA	129
3.1. La Dirección del Trabajo.....	129
3.2. Funciones y Competencias	130
3.2.1. Ejercicio de las Funciones Fiscalizadora, Interpretadora y Sancionadora en la Calificación de los Hechos de un Contrato.....	134
a) Calificación de la Relación Contractual Pactada.....	136
b) Calificación de Hechos Constitutivos de Contrato de Trabajo, Manifestaciones de Subordinación.....	142
c) Hechos Excluyentes de una Relación Laboral.....	146
4. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL	154
4.1. Introducción.....	154
4.2. El Principio de la Realidad.....	156
a) Concurrencia del Vínculo de Subordinación y Dependencia.	158
b) Boleta de Honorarios. Prueba de Remuneración	160
c) Plausibilidad de Jornada Parcial y Multiplicidad de Empleadores.....	163
d) Cargos de Responsabilidad y/o Representación. Incompatibilidad con Contrato a Honorarios.	164
e) Efecto Relativo de Finiquitos	165
f) Autonomía: Elemento de la Contratación Civil.....	166
4.3. La Teoría de los Actos Propios.	166
4.3.1. Concepto.....	166
4.3.2. Fundamento de la Teoría de los Actos Propios.	167
4.3.3. Requisitos de aplicación.....	168
4.3.4. Críticas a la Aplicación Extensiva de la Doctrina de los Actos Propios.	170
4.3.5. Reconocimiento Jurisprudencial de la Doctrina de los Actos Propios. Impunidad del Fraude Laboral.....	171
4.3.6. Rechazo Jurisprudencial de la Extrapolación de la Doctrina de los Actos Propios.....	173

CONCLUSIÓN 176

BIBLIOGRAFÍA..... 180

INTRODUCCIÓN

Frente a las demandas sociales que trajo consigo la revolución industrial, que amenazaban con desestabilizar el sistema productivo, el Derecho fue utilizado como mecanismo político de contención, mediante el aseguramiento de un mínimo de protección de intereses de las clases sociales más débiles.

En un primer momento, a finales del siglo XIX, el Estado llevó a cabo un exiguo amparo de los trabajadores mediante la dictación de normas dispersas, destinadas a grupos específicos. Los civilistas de la época intentarán encuadrar esta nueva realidad obrera en una categoría olvidada del derecho romano: la *conductio locatio*, que distinguirá entre el contrato de obra (*locatio operis*) y el contrato de trabajo (*locatio operarum*).

La dicotomía radicaba en que, en el contrato de obra, el trabajador perseguía un objetivo específico, que podría ser material o consistir en prestación de un mero servicio, como el transporte de una cosa. En cambio, en el contrato de trabajo, el elemento distintivo era la disponibilidad de la fuerza de trabajo del trabajador a favor del empleador.

Sin embargo, esta categorización de la nueva realidad social no se apartará del Derecho Civil, sino que seguirá circunscrita al concepto tradicional de arrendamiento de servicios.

En un momento posterior, el elemento jurídico que permitirá el nacimiento y expansión del Derecho del Trabajo, vendrá dado por el concepto de subordinación y dependencia. Nacerá entonces el Derecho Laboral común a obreros y empleados.

De esta manera, el contexto histórico subyacente viene a determinar los elementos y principios inherentes a ambos tipos de contratos, los cuales expondremos de forma sintética, a fin de sentar las bases de la diferenciación dogmática.

No obstante, hoy nos enfrentamos a un nuevo contexto, donde los elementos diferenciadores del vínculo laboral parecen ceder ante la nueva realidad macroeconómica, la feroz competencia y la promisoría flexibilidad.

El trabajador, que en otros tiempos se aferraba a las garantías que le confería un mínimo e incipiente Derecho Laboral, en ocasiones parece ahora dispuesto a transar y perder tutela en aras de una mejor posición económica, al eludir el pago de cotizaciones previsionales y de salud, y de la permanencia en un cargo.

Por otra parte, la permanente competencia y falta de capital que afecta a Pequeñas y Medianas Empresas en nuestro país, hace que para éstas la contratación de personal, en los términos exigidos por el Código del Trabajo, se haya constituido en un costo que es necesario disminuir y en lo posible eliminar.

Ante las nuevas necesidades, una de las partes (o ambas) que conforman esta relación jurídica, buscan un instrumento que les permita externamente cumplir con las exigencias legales, pero que aparezca más comfortable para los fines perseguidos.

El entramado de normas legales comunes vendrá a dar solución a estos nuevos requerimientos económicos, y volverá a renacer el Derecho Civil para amparar un vínculo que otrora le perteneció, pero que posteriormente le arrebató el Derecho Laboral.

Para dar solución a las nuevas pretensiones resurge la contratación de servicios civiles (regulada en los artículos 2006 y siguientes del Código Civil), que esconde solapadamente un vínculo de subordinación y dependencia, y se constituye en un mecanismo idóneo para eludir los efectos de leyes laborales y previsionales, ya sea

ignorada por trabajadores, ya sea motivada en la obtención de mayores utilidades desde la perspectiva de los propios intereses de uno o ambos contratantes.

En esta nueva realidad, las partes regulan la relación que los une bajo el supuesto de un contrato de prestación de servicios civiles, con lo cual logran eludir los efectos de los cuerpos legales laborales y de Seguridad Social, pero a la vez, consiguen darse una regulación mínima de sus intereses.

Así, en ejercicio de la libertad contractual es que las partes se permiten efectuar la atribución normativa de las relaciones que los unen, prescindiendo de los imperativos legales.

Esta realidad social necesariamente nos lleva a adentrarnos en el concepto, naturaleza y elementos del Fraude a la Ley. Estudiaremos cuándo la instrumentalización de la contratación se convierte en una actividad defraudatoria. También expondremos las sanciones que la doctrina ha elaborado para restablecer el imperio del derecho.

De este modo, se torna en absolutamente necesaria la existencia de mecanismos que impidan o atenúen la concurrencia de la defraudación de la Ley, o en último caso, que permitan revertir los nocivos efectos de su configuración. Urge la intervención del sistema, ya sea mediante la misma Ley que aparece burlada –al menos en su espíritu-, por medio de la actuación de los órganos llamados a sancionarla e interpretarla, o bien a través de las construcciones hechas por los dogmáticos del Derecho. Todos son llamados a defender el espíritu del Legislador.

No obstante ello, la identificación de este tipo de fraude a la ley laboral no es tan sencilla, sino que muchas veces aparece difusa, matizada por una serie de factores y antecedentes que hacen dudar de su existencia; no sólo desde la perspectiva del empleador, sino que la realidad nos muestra que en la esfera social también es posible que los abusos vengan incluso de aquellos que lucen más débiles.

Fuerza entonces establecer si existen criterios objetivos que permitan caracterizar un contrato civil de prestación de servicios, de uno laboral, y redireccionar un vínculo fraudulento bajo las alas protectoras del Derecho Laboral.

Nuestro análisis surge en medio del razonamiento que ejecutan los Garantes del Derecho Laboral, del cual se desprenden criterios que se pueden volver determinantes a tiempo de esclarecer un difuso límite entre ambos tipos de regulaciones; criterios que se convierten, desde una perspectiva pragmática, en los estandartes de la represión del fraude en la contratación.

De esta manera, mientras la Ley, los Tribunales de Justicia y los Órganos Fiscalizadores nos permiten vislumbrar ciertos parámetros objetivos; surgen las soluciones para diferenciar la verdadera naturaleza de un contrato, la consecuente represión del fraude a la ley laboral que se genera en el momento de la atribución normativa y la reconducción del vínculo a la sede tuitiva.

CAPÍTULO I
EL CONTRATO DE TRABAJO
Y EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CIVILES

1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

Desde el inicio de las relaciones humanas, ha existido la necesidad de los hombres de regular la forma en que éstas se manifiestan y producen sus efectos. El mecanismo más aceptado en todos los órdenes sociales fue la estructurada a través del derecho.

Durante la evolución del hombre estas diferentes formas de relación fueron mutando, desde las convenciones absolutamente formalistas hasta los vínculos enfatizados en una realidad de subordinación y dependencia, actualmente conocidos como relación laboral o de trabajo. Ésta a su vez, también ha ido cambiando motivada por los fenómenos sociales que han servido de contexto.

En un comienzo y hasta principios del siglo XX, se encontraron marcadas por un fuerte abuso de parte de quienes detentaban una situación aventajada respecto del otro, provocando una serie de disconformidades y movimientos sociales, fenómenos que llevaron a la corrección –al menos parcial- de las diferencias en pos de la equidad.

Claros ejemplos de estos abusos fueron aquellos producidos durante la época feudal y que se prolongaron hasta la revolución industrial, en la cual los trabajadores debían ocuparse en extensas jornadas de trabajo, recibiendo salarios mínimos y sin posibilidad de acceder a mejores condiciones, en especial ante la gran oferta de mano de obra proveniente de los abandonados feudos.

Contra tales injusticias nace el Derecho del Trabajo, el cual busca prevenir, solucionar y mejorar la situación existente, introduciendo regulaciones a la relación de

subordinación y dependencia, posicionando al trabajador en un mejor estatus para negociar, mediante el establecimiento de derechos mínimos garantizados e irrenunciables que le permitían tener una base asegurada. De ahí que esta rama del derecho haya sido definida como: “(...) la rama del derecho que, en forma principal, se ocupa de regular tuitivamente la situación de las personas naturales que obligan total o parcialmente su capacidad de trabajo, durante un periodo de tiempo apreciable, a un empleo señalado por otra persona, jurídica o natural, que remunera los servicios”¹.

De esta manera, hoy coexisten coetánea y paralelamente ambas figuras contractuales, regidas por principios y normativas muy disímiles, que responden a necesidades y orígenes diversos.

En este apartado expondremos las características más relevantes de ambas uniones, y nos referiremos brevemente a los elementos que les confieren su particular fisonomía; introducción necesaria para lograr contextualizar los móviles que llevan a la suscripción de un contrato de prestación de servicios civiles en lugar de uno laboral. Asimismo, la adecuada diferenciación de ambas figuras permitirá al lector identificar la verdadera naturaleza que entraña a la contratación de una prestación de servicios civiles en el contexto social contemporáneo.

2. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CIVILES

2.1. Antecedentes

En sus orígenes este contrato nace ante la necesidad de regular las relaciones que emanan entre los trabajadores independientes, reconocidos por el artículo 3° del

¹ (THAYER ARTEAGA, 1984 pág. 177)

Código del Trabajo y quienes deseen contratar sus servicios profesionales a honorarios.

Sin perjuicio de que se trata de un contrato atípico, por lo tanto no está regulado por la ley, se asimila al contrato de arrendamiento de servicios, el cual se utilizaba para regular por analogía las relaciones de subordinación y dependencia, en especial respecto de arrendamiento de servicios de criados domésticos, hasta antes de la promulgación del Código del Trabajo en el año 1924.

El contrato de prestación de servicios civiles se halla reglado por principios que suponen la igualdad entre quienes contratan. Se encuentra inserto dentro de un sistema que reconoce el principio de la autonomía de la voluntad que faculta a todos los sujetos a obligarse como estimen pertinentes y con quien consideren oportuno, sin mayores limitaciones que aquellas que establecen las leyes, el orden público y las buenas costumbres.

2.2. Concepto

El contrato de prestación de servicios o contrato de honorarios, es, de acuerdo a las clasificaciones establecidas por la doctrina, un contrato atípico, del cual se ha señalado: “Se denomina contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el Legislador en códigos o leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido”².

Por lo tanto, no existe una definición legal de este tipo de contrato, sin perjuicio de que la Ley N° 18.883, Sobre Estatuto Administrativo, y la Ley N° 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, lo menciona al señalar las diversas formas de contratación de personal en la administración pública.

² (LÓPEZ SANTA MARIA, 2001 pág. 129)

Es en razón de la primera de estas leyes que la Contraloría General de la República, en el Dictamen N° 7266, del 10 de febrero de 2005, ha emitido un pronunciamiento respecto al concepto de este tipo de contrato en relación a la contratación en los servicios públicos, definiéndolo como: “El contrato a honorarios no está definido por la ley, pero ésta lo regula de forma tal, que conlleva a entenderlo como un mecanismo de prestación de servicios que permite..., contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, cuando requiera ejecutar labores propias de la Corporación, que presenten un carácter ocasional, específico, puntual y no habitual”³.

A continuación agrega: “Ahora bien, doctrinariamente se lo puede definir como un acto jurídico bilateral en virtud de la cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios”⁴.

Por otra parte, la doctrina ha definido el contrato de honorarios como “...una convención en virtud de la cual una parte se encuentra obligada a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado a favor de otro, el que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios. Este contrato no puede tener una duración superior al necesario para desarrollar la labor específica para la cual se celebró. Se rige por las reglas relativas al arrendamiento de servicios inmateriales, contempladas en el artículo 2006 y siguientes del Código Civil y se refiere a profesionales, técnicos o personas que prestan servicios con cierta autonomía”⁵.

³ (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 7266, de 10 de Febrero de 2005, descriptor: “*Contratos a honorarios en Municipio*” [en línea] <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=5C0AB3D61BFD9DFC84257211005B971B>> [consultada el 21 de febrero de 2012])

⁴ *Ibidem*.

⁵ (VARGAS VIANCOS, M. Carolina. Columna publicada en página web: <<http://rsc-chile.cl/columnas/34-m-carolina-vargas-viancos>>,[consultada el 21 de febrero de 2012])

Como es posible apreciar en ambos conceptos del contrato de honorarios, este tiene como elementos relevantes el tiempo, que debe ser determinado, y la especificidad en la labor a realizar. En cambio, la jurisprudencia ha puesto énfasis en la liberalidad con la cual ejerce sus funciones quien presta servicios.

Las judicaturas no brindan un concepto preciso del contrato de honorarios, pero sí han transmitido elementos que lo caracterizan: “Que el contrato de honorarios se caracteriza porque el profesional o técnico desarrolla su actividad en forma absolutamente independiente, presta sus servicios a título de asesoría, consulta por un trabajo, obra, estudio o función indeterminada, no recibe órdenes ni instrucciones con motivo de su trabajo, no está obligado a asistir regularmente a la empresa ni al cumplimiento de un horario fijo de trabajo, con firma de registro de asistencia, o a marcar el reloj de control, y la insistencia a la empresa es periódica, irregular y discontinua”⁶.

Al caracterizar el contrato de honorarios, los tribunales han establecido que el principal elemento diferenciador entre éste y el contrato de trabajo, consiste en la subordinación y dependencia que debe existir entre los contratantes para establecer una relación laboral.

Los Tribunales Superiores de Justicia en diversos fallos, han reiterado este criterio al discutir la naturaleza jurídica del contrato civil en comento, cuando se reclama la existencia de una relación laboral encubierta. Es así como han determinado: “Que para resolver, debe tenerse presente que para determinar la existencia de una relación laboral, deben concurrir tres elementos que son esenciales en un contrato de trabajo: la prestación de servicios, el pago de una remuneración por estos servicios y un tercer

⁶ (TERCER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO. Fallo de 5 de mayo de 2007, Causa Rol N°: 3678-2007)

elemento, la subordinación y dependencia, elemento que determina y hace la diferencia entre una prestación de carácter civil o laboral”⁷.

Por último es importante hacer mención a la explicación del Abogado del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, José Luis UGARTE CATALDO, quien comentó "que el contrato o convenio a honorarios es una Expresión genérica que se utiliza para designar cualquier contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero donde hay prestación de servicios. Este tipo de contratos está pensado para personas que prestan servicios con cierta autonomía. En un principio eran los profesionales liberales, pero se ha extendido a cualquier persona que sea un trabajador independiente. Y – continúa – como están en calidad legal de contratos civiles no es necesario que se escrituren, es más, en el Derecho Civil las partes son autónomas de fijar los acuerdos que quieran en los términos y formas que estimen convenientes. El cambio en el derecho laboral es todo lo contrario”⁸.

2.3. Elementos

Los elementos esenciales que configuran la prestación de servicios pueden resumirse en:

- a) Prestación de un servicio: Una de las partes debe obligarse a realizar un servicio al otro contratante, quien se encuentra determinado y limitado por el contrato, pudiendo tratarse de cualquier servicio, siempre que no sea contrario a la ley, el orden público y las buenas costumbres.

⁷ (PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE LA SERENA. Fallo de 6 de marzo de 2003. Causa Rol N°: 2.479-2002, confirmada por la ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, mediante Fallo de 9 de junio de 2003, Causa Rol N°: 2433-2003)

⁸(ASIMET CAPACITACIÓN, [en línea] <http://www.asimetcapacitacion.cl/contrato_honorarios.htm> [consultada el 25 de febrero de 2012])

b) Pago de honorarios: Corresponde al pago que realiza uno de los contratantes a favor del otro, como contraprestación al servicio prestado. Será determinado por los contratantes.

A estos elementos debe agregarse aquellos que tiene por cualidad principal diferenciar el contrato de prestación de servicios del contrato de trabajo, y se refieren a:

c) El profesional trabaja por su cuenta con total independencia, lo que se puede traducir en que no existe un vínculo de subordinación y dependencia entre los contratantes. Este es el principal elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de honorarios.

d) La duración del contrato es solo la necesaria para la ejecución del servicio, el cual debe ser una labor específica: Al analizar la definición del contrato de honorarios o prestación de servicios, hemos visto que la doctrina y la Contraloría General de la República, han puesto acento en estos aspectos incorporándolo a las definiciones entregadas por ellos. Esto se debe a que la realización de la prestación de servicio es en principio excepcional, en caso contrario lo lógico sería que hubiese un contrato de trabajo, por lo tanto el tiempo que dura es solo aquel necesario para su realización.

2.3.1. Características

De acuerdo con las clasificaciones legales y doctrinales de los contratos, el contrato de prestación de servicios a honorarios es:

a) Contrato bilateral: En este supuesto ambas partes contratantes se obligan recíprocamente. De manera general, podemos afirmar que

mientras una de las partes se encuentra en la necesidad jurídica de prestar un servicio, la otra se obliga a pagar por éste una suma de dinero.

b) Contrato oneroso: Existe para ambas partes utilidad, término que ha sido identificado por la doctrina como interés económico. Para el caso del contrato de honorarios, se traduce en la prestación del servicio realizada por una de las partes y el correlativo pago de la otra.

c) Contrato conmutativo: Sin perjuicio de las diversas críticas doctrinarias que existen respecto a esta clasificación, es posible afirmar que las prestaciones entre las partes se miran como equivalentes, puesto que, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad, son los contratantes los que determinan el valor que entregan a las obligaciones adquiridas las cuales en definitiva son equitativas.

d) Contrato consensual: Al ser un contrato atípico, no regulado por la ley, debe aplicarse la norma general que establece que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento, sin perjuicio de ser necesario en algunos casos el cumplimiento de formalidades.

e) Contrato atípico: Tal como se señaló precedentemente, el contrato de honorarios no se encuentra expresamente reglamentado en códigos o leyes especiales, no obstante que sea mencionado en determinada legislación especial.

f) Contrato de tracto sucesivo: Por regla general, este tipo de contratos es de aquellos en los cuales las obligaciones se van renovando, cumpliendo y extinguiendo sucesivamente en el tiempo, sin perjuicio que en algunos casos sea de ejecución instantánea o diferida.

g) Contrato individual: Es decir, pertenece a la categoría de aquellos contratos para cuya formación es indispensable la manifestación de voluntad de todos los que resulten obligados, y las obligaciones y derechos que nazcan de la celebración del acto sólo se circunscribirán a los patrimonios de los involucrados.

h) Contrato de libre discusión: En principio, este tipo de contratos surge del libre debate de su contenido por parte de los contratantes, quienes determinan el sentido y alcance de las diversas cláusulas. Esta categorización no obsta a la existencia de los llamados contratos de adhesión, en los cuales el contenido del mismo es establecido por uno de los contratantes, limitándose el otro a aceptarlas, sin posibilidad de modificarlas.

2.3.2. Legislación Aplicable

Como señalamos anteriormente, este tipo de contratos no se encuentra expresamente regulado por el Legislador, quedando reglado por las directrices que fijan las mismas partes al celebrarlo. Sin embargo, es posible –y probable– que los contratantes no hayan previsto todas las circunstancias susceptibles de ocurrencia con motivo de la ejecución de referida convención. En este evento, se presenta el siguiente problema, tal como señala el profesor LÓPEZ SANTA MARÍA: “El problema de los contratos atípicos es: ¿Cómo quedan regulados sus efectos, si las partes no previeron las dificultades sobrevivientes? Vale decir el problema es determinar la legislación supletoria por la cual se rigen”⁹.

Esto se explica ya que, a diferencia de los contratos típicos que cuentan con regulación especial, este tipo de convenciones sólo se pueden remitir a las normas

⁹ (LÓPEZ SANTA MARÍA, 2001 pág. 133)

generales, las cuales en muchos casos son insuficientes. Para remediarlo se ha impuesto el criterio de la analogía a fin de zanjar e integrar las lagunas de derecho que se pudiesen presentar. De esta forma, se ha preferido asimilar el contrato atípico al contrato típico más parecido.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia administrativa¹⁰ y judicial, han asimilado el contrato de honorarios al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, regulado en los artículos 2006 y siguientes del Código Civil. De este modo, se distinguen tres especies: servicios aislados, servicios que consisten en una larga serie de actos, y servicios prestados por profesionales.

a) Contrato de arrendamiento de servicios aislados: De acuerdo con el artículo 2006 del Código Civil, éste recae sobre: “Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso...”. De esta manera, Código Civil se limita a remitir su regulación a los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002 del mismo cuerpo legal, normas que regulan la forma de fijar el precio y la reclamación de perjuicios por parte de los contratantes.

b) Contrato de arrendamiento de servicios que consisten en una larga serie de actos: Se trata, según el artículo 2007 del Código Civil, de: “(...) como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores”. Respecto a este tipo de contrato, el Código norma el desahucio de los contratantes, restitución de gastos de mudanza -cuando ésta se debe a la realización de los servicios- y, en lo concerniente a la ejecución de las obras parciales de la labor, dispone la remisión al artículo 2006,.

¹⁰ (“...en cuyo caso el mismo pronunciamiento se encarga de precisar que el personal sujeto a contrato de honorarios se rige por las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, que regula el Párrafo Noveno, Título XXVI, del Libro IV del Código Civil.” Dictamen de la Dirección del Trabajo, Ordinario 858/47 de 25 de febrero de 2004.)

c) Contrato de arrendamiento de servicios prestados por profesionales: Se reconduce la regulación de este tipo de arrendamiento, a las reglas del mandato en el artículo 2012 del Código Civil.

No obstante la inmensa aplicación histórica que ha tenido la figura del arrendamiento de servicios personales, la normativa sobre la materia es escasa, insuficiente, restringida a asuntos puntuales, tales como la forma de fijar el precio, caso de mudanza de uno de los contratantes y el mecanismo de poner término al contrato por desahucio.

Por lo tanto, si bien existe un contrato al cual asimilar el objeto de estudio, que es el contrato de arrendamiento de servicios, la regulación supletoria es escasa, quedando principalmente limitado a lo establecido por las partes, cuando efectivamente se trate de un contrato de carácter civil. En aquellos casos en que de la naturaleza del contrato, de acuerdo con lo que se determine por la jurisprudencia, lo que se verá más adelante, corresponde a un contrato laboral, se regirá completamente por las leyes del trabajo, sin importar la clasificación que las partes hagan de él.

2.3.4. Requisitos

Como todos los actos jurídicos, el contrato de prestación de servicios debe cumplir con requisitos de existencia y validez para poder nacer exento de vicios a la vida del derecho. Los requisitos son:

a) La voluntad: Por tratarse de un acto jurídico bilateral debe existir un concurso de voluntades, que recibe el nombre de consentimiento. Sin éste ningún contrato bilateral puede existir, incluido el contrato de prestación de servicios. Estas voluntades deben converger respecto de una misma causa y un mismo objeto. El problema surge en aquellos casos en el

cual las partes celebran este tipo de contrato y en realidad existe un acto jurídico diverso como es el contrato de trabajo, encubrimiento que es objeto de este estudio, de conformidad con lo que se verificará en los siguientes apartados. La voluntad debe ser libre y espontánea, para ello menester es que no exista error, fuerza o dolo en el momento de su celebración. En caso de existir alguno de estos vicios, y concurriendo los demás requisitos legales, el acto es susceptible de ser declarado nulo. A continuación se realiza un breve análisis de cada uno de estos vicios:

i. **Error:** De acuerdo con la doctrina el error puede ser de hecho o de derecho. Al respecto se ha señalado: “Error de derecho es falso concepto de la ley, error de hecho es el falso concepto respecto de una persona, de una cosa; de una situación”¹¹.

Respecto del error de derecho, nuestra legislación ha sido precisa en disponer que el error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, así lo expresa el artículo 1452 del Código Civil al preceptuar: “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Diversa es la regulación que existe respecto al error de hecho, para lo cual el Legislador ha distinguido en:

a. Error esencial: Está señalado en el artículo 1453 del Código Civil que establece: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar

¹¹ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 258)

otra". Como podemos apreciar, el citado artículo se refiere a dos supuestos. El primero, respecto del acto que se celebra. Se configuraría esta hipótesis cuando, por ejemplo, para uno de los contratantes existe un contrato de honorarios y para el otro, uno de trabajo. Y el segundo supuesto recae sobre la identidad específica de la cosa, por ejemplo, uno de los contratantes cree que va a prestar servicios como abogado y el otro contratante requiere servicios como contador.

b. Error Sustancial: Está dispuesta en el artículo 1454 del Código Civil, al expresar: "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte". De esta forma se refiere a la sustancia o calidad esencial del objeto. Daremos el siguiente ejemplo concerniente a la materia: para el prestador del servicio, consiste éste sólo en una atención de urgencia de salud, y quien recibe el servicio, estima que está contratando la prestación para cualquier requerimiento de salud.

c. Error en la persona: Se encuentra regulado por el artículo 1455 del Código Civil, al señalar: "El error acerca

de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”. Se trata del error que se produce respecto a la persona con la cual se contrata. En esta hipótesis, el Legislador requiere que, para que sea efectivamente un vicio del consentimiento, la consideración a la persona sea la causa principal del contrato. Es posible aplicar este tipo de error en relación al contrato de honorarios, puesto que por regla general quien presta los servicios debe cumplir con preparación técnica, artística o tener determinados estudios profesionales con la finalidad de poder llevar a cabo los actos encomendados. Dicho de otro modo y a vía ejemplar, cuando se ha contratado con determinada persona en consideración a su identidad, contrato supuestamente con quien creo que es un exitoso pintor y en realidad se trata de alguien aficionado.

ii. **La Fuerza:** Ha sido definida por la doctrina en los siguientes términos: “es el temor que experimenta una persona debido a una presión física o moral, y que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado”. Se encuentra reglada en el artículo 1456 del Código Civil. De conformidad con lo dispuesto en referido precepto, la doctrina ha considerado de que son necesarios tres requisitos copulativos para que la fuerza sea capaz de viciar el consentimiento:

a. Ser causa determinante del acto o contrato: La fuerza debe actuar en el momento en que se presta el consentimiento. El temor que infunde la fuerza debe operar en forma directa y eficaz para que se haga o diga algo en contra de los reales deseos.

b. Debe ser injusta: Es decir, no puede tratarse de una amenaza legítima, sino de una que carezca de autorización legal para ser ejecutada.

c. Debe ser grave: Debe infundir un justo temor de un mal irreparable y grave, ya sea en la persona misma sobre la que se ejerce, o bien sobre su consorte, ascendientes o descendientes, o incluso respecto de sus bienes. La gravedad de la fuerza se debe apreciar respecto de la persona que experimenta el temor.

iii. **El Dolo:** Como vicio del consentimiento está regulado en el artículo 1458 del Código Civil, al establecer: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

En cuanto al dolo, éste ha sido definido por el mismo Código Civil en su artículo 44 como: “La intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. Según se desprende, el dolo está

constituido por dos elementos: el primero se refiere a la intención de engañar y el segundo a la forma en que se materializa ese engaño.

Para que configure este vicio del consentimiento es menester que:

a. Sea determinante: Esto se traduce en que sin mediar su existencia no se hubiera contratado. Por lo tanto, resulta indispensable que su ocurrencia se produzca de manera anterior o coetánea al consentimiento.

b. Debe ser obra de una de las partes.

b) La Capacidad: Al referirnos a la capacidad nos limitamos a la capacidad de ejercicio, puesto que la de goce es inherente a toda persona sin excepción alguna. En el caso del contrato de honorarios, se aplican las normas generales, es decir, serán capaces para celebrar el contrato todos aquellos que la ley no declare como incapaces. En consecuencia, son incapaces:

i. **Incapaz Absoluto**: Según el artículo 1447 del Código Civil, son completamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no sepan darse a entender.

ii. **Incapaz Relativo**: El inciso tercero del artículo 1447 del Código Civil, establece que: “Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo”, pero a continuación agrega que sus actos pueden tener valor con las debidas autorizaciones. En el caso de los menores adultos, éstos requieren la venia del representante legal, sin perjuicio de que en algunos supuestos, además el

Legislador establece ciertas exigencias adicionales para resguardar sus intereses.

c) El Objeto: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1460 del Código Civil: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”. Según lo anterior, es posible establecer que el objeto del contrato de honorarios es la actividad o servicio que se obliga a realizar uno de los contratantes, y los honorarios que se obliga a pagar la contraparte.

El objeto, en este caso, por tratarse de un hecho, debe ser determinado y física y moralmente posible.

i. **Hecho determinado**: Debe consistir en un hecho preciso. No puede estar sujeto al mero arbitrio posterior de alguno de los contratantes.

ii. **Física y moralmente posible**: De acuerdo con el artículo 1475 del Código Civil, es físicamente imposible aquello contrario a las leyes de la naturaleza. Referida imposibilidad debe ser absoluta y no circunstancial, es decir, si el impedimento existe sólo para el deudor, pero las demás personas no opera, no existe la imposibilidad. En tanto, de conformidad con el mismo precepto, es moralmente imposible los hechos prohibidos por las leyes u opuestos a las buenas costumbres y el orden público.

Sin el cumplimiento de estos dos requisitos anteriormente descritos, el objeto no existe. Pero no es la única exigencia que el Código Civil impone a un objeto para que sea real, sino que también establece requerimientos

para su validez: el objeto debe ser lícito y no estar afecto a una causal de nulidad.

La ley no define que es el objeto ilícito, sólo se limita a señalar los casos en los cuales podemos determinar su concurrencia. En lo que concierne a nuestro estudio, sólo nos circunscribiremos a aquellas causales de ilicitud que guarden relación con el análisis del contrato que nos ocupa, a saber: los actos prohibidos por la ley, es decir, todos aquellos eventos que contravienen una disposición prohibitiva; y los actos y contratos contrarios al derecho público chileno.

d) La causa: De acuerdo con lo que dispone el inciso 2º del artículo 1467, la causa es: “el motivo que induce al acto o contrato”. Pero no es suficiente la mera concurrencia de un motivo para dar vida válidamente a un acto o contrato, sino que también nuestro Código Civil se encarga de normar la licitud de la causa. En efecto, en el artículo 1445 del Código de Bello, el Legislador exige que la referida causa sea lícita. En definitiva, la causa es aquello que incita a las partes a contratar y puede tratarse, según lo dispone el artículo 1467, de una mera liberalidad o beneficencia, sin que sea necesario expresarla.

Respecto al contrato de prestación de servicios a honorarios, podemos afirmar que, al revestir éste el carácter de contrato bilateral, y siguiendo la doctrina clásica, la causa de cada uno de los contratantes será la obligación correlativa del otro contratante.

Como se señaló anteriormente, mencionada causa debe ser lícita. Pues bien, un caso de ilicitud de la causa se presenta cuando existe fraude a la ley, es decir, cuando a través de procedimientos que son en sí mismos legítimos, se hace aquello que la ley prohíbe o no se hace lo que la ley ordena, situación que se estudiara en detalle en el segundo capítulo.

e) Las solemnidades: Son los requisitos externos de los que está rodeado un acto jurídico. En principio, podemos afirmar que el contrato de honorarios no está afecto a ninguna solemnidad, puesto que las mismas son excepcionales y éste, al ser atípico, no tiene establecida ninguna formalidad para su constitución.

Sin embargo, pueden presentarse situaciones en que la ley requiere de ciertas formalidades, como las Formalidades habilitantes, que son aquellas establecidas a favor de los incapaces como medida para proteger su patrimonio.

Como ya se señaló, en aquellos casos en que uno de los contratantes sea menor adulto, menester es que concurra la autorización del representante legal para que se pueda obligar válidamente, configurándose de este modo, la necesidad de verificar una formalidad habilitante. En caso de no cumplir con esta formalidad, la sanción consistirá en que el menor eventualmente responderá exclusivamente con su peculio profesional o industrial.

2.3.5. Las Partes del Contrato

Como se ha señalado anteriormente, el contrato de prestación de servicios no se encuentra regulado en la ley, por lo tanto, para determinar la denominación de los contratantes, bien podemos valernos de las caracterizaciones que a su respecto haga el contrato al cual se asimile.

Siguiendo este criterio, deberíamos designarlos como arrendador y arrendatario: el primero, será quien preste el servicio, y el segundo, aquél que paga honorarios de

manera correlativa y se beneficia de la gestión de la contraparte. Lo anterior se puede concluir en atención a que en el contrato de arrendamiento de servicios, el bien que se arrienda son las capacidades.

Sin embargo, esta conclusión no resiste el menor análisis, toda vez que no resulta práctico si consideramos que referidas calificaciones que se usan habitualmente para definir a los contratantes de arrendamiento de cosas, realidad diametralmente opuesta al objeto de nuestro estudio. Concuera con lo anterior el hecho que el Legislador estableció esta denominación precisamente respecto de este último tipo de contrato.

Ahora, sin perjuicio de que se trate de áreas del derecho distintas regidas por principios que en algunos casos no sólo son diferentes, sino que también resultan contrapuestos; creemos que puede resultar más acorde a la categoría de contrato de prestación de servicios la calificación de empleador y trabajador, especialmente si consideramos que el Código del Trabajo en el artículo 3° nos habla de los trabajadores independientes: “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia”.

Como vemos, el precepto recién citado –en abstracto- hace bastante semejantes a las personas naturales que prestan servicios profesionales en virtud de un contrato de honorarios, y aquellas que lo hacen mediando un contrato de trabajo. Esto explica la difusa línea que limita ambos tipos de contratantes y que ha llevado en reiteradas oportunidades a la mediación de la Dirección del Trabajo para el esclarecimiento de la figura¹². No obstante lo anterior, el objeto de nuestro estudio se centra no en confusiones fortuitas, sino en aquellas que son el producto de una instrumentalización –intencional o no- del derecho.

¹² (La Dirección del Trabajo, en virtud del ejercicio de sus atribuciones preventivas de conflictos, ha sido requerida para el esclarecimiento de situaciones de vínculo confuso, por ejemplo, a través de los Dictámenes N° 2701/65 de fecha 10 de julio de 2003; y el Dictamen ORD. 917/60 de 23 de febrero de 1998. Lo anterior se analizará más adelante)

2.3.6. Derechos y Obligaciones

Como ya latamente hemos referido, las obligaciones de las partes se encuentran reglamentadas en virtud de lo dispuesto en el contrato de prestación de servicios. Sin perjuicio de lo anterior existen algunas obligaciones esenciales en este tipo de contrato, las cuales son:

Obligaciones del Prestador del Servicio:

I. Prestar el servicio: Debe prestar los servicios acordados por las partes según lo dispuesto en el contrato celebrado. Descrita prestación debe ejecutarse en el lugar, tiempo y forma convenida.

II. En determinados casos tendrá la obligación de guardar secreto profesional, como los médicos y abogados.

III. Indemnizar los perjuicios que causa el incumplimiento de su obligación. De conformidad con lo establecido por el Código Civil, ante la inobservancia de una de las partes, el contratante diligente puede exigir el cumplimiento forzado de la obligación o la indemnización de perjuicios compensatoria. Además, en ambos casos, tiene derecho al pago de indemnización moratoria.

Para que sea procedente la indemnización de perjuicios es necesario: que haya un incumplimiento en la obligación pactada, que la falta sea imputable al deudor, que no concorra ninguna causal de exención de responsabilidad, que esta genere perjuicios, que estos perjuicios sean consecuencia del incumplimiento y que el deudor esté en mora.

Obligaciones del Receptor del Servicio:

I. Pagar los honorarios como contraprestación de los servicios entregados, honorarios que deben consistir en dinero.

II. Indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento, del mismo modo señalado anteriormente, por lo que nos remitimos a los párrafos precedentes.

2.3.7. Causales de Término

Por tratarse de un contrato civil le son aplicables todos los modos de extinguir las obligaciones, es decir resciliación o mutuo disenso, pago, novación, transacción, remisión, prescripción, imposibilidad de ejecución, etc.

Además de las señaladas, el contrato de honorarios también termina por:

a) Muerte: Debido a que en muchos casos lo que motiva a la contratación de servicios con determinada persona, son sus cualidades, habilidades, características y aptitudes, es decir, se trata de un contrato *intuito personae*. A la muerte del prestador del servicio la obligación se extingue. No ocurre lo mismo tratándose de la muerte de su contraparte, en cuyo caso la obligación se transmite a los herederos.

b) Terminación: Sin perjuicio de que este tipo de contratos puede ser de ejecución instantánea o diferida, en la mayoría de los casos es de tracto sucesivo, razón por la cual consideraremos esta característica. Como en todo contrato de tracto sucesivo, ante la configuración de los supuestos de la

condición resolutoria tácita, no procede hablar de resolución, sino de terminación. La razón es que el efecto propio de la primera es la retrotracción de las prestaciones hechas por las partes, sin embargo, en los contratos de tracto sucesivo esta posibilidad no existe (por ejemplo, el arrendatario no puede “devolver” el goce del inmueble) y el efecto se produce sólo hacia el futuro. Las obligaciones desempeñadas quedan a firme.

c) La llegada del plazo convenido es la forma normal de poner término a este tipo de contratos, es decir, finaliza una vez cumplido el tiempo acordado por las partes para la prestación de servicios.

d) Desahucio: En aplicación de las normas de arrendamiento de servicios, es posible terminar un contrato de honorarios por desahucio, esto es, el aviso anticipado del término del contrato.

2.4. Principios Rectores

El Derecho Civil se rige por una serie de principios, los cuales sirven como criterio para la interpretación de las normas. Esto implica que, cuando existen varias posibilidades de interpretación, serán los principios los que nos orientarán dándonos el sentido más acorde con el Derecho Civil. En segundo lugar, se utilizan también para solucionar los conflictos ante los Tribunales de Justicia cuando no existe norma jurídica que regule el asunto sometido a su conocimiento.

Por lo tanto, el análisis y comprensión de los Principios del Derecho Civil permite determinar la interpretación de las normas y la solución de las lagunas legales. Además, el objeto de nuestro análisis nos fuerza a considerar que es a través de los principios que regulan cada área del Derecho que podemos entender la importancia de que las relaciones jurídicas sean regidas por el Derecho Civil o Laboral. En ambas

sedes jurídicas el enfoque difiere completamente en relación a la posición del prestador del servicio o trabajador.

2.4.1. Principio de Autonomía de la voluntad

Este principio es uno de los pilares fundamentales en los que descansa el Derecho Civil. De él se ha dicho: “El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce. Decir que la voluntad es autónoma significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan. La voluntad se basta a sí misma.”¹³

Si bien el Código Civil no lo menciona de manera expresa, la doctrina lo reconoce y recoge como el telón de fondo de la mayoría de los principios del Derecho Civil, manifestándose sistemáticamente en la regulación contractual, es así como encontramos los principios de la fuerza obligatoria de los contratos, la libertad contractual, el consensualismo y la interpretación de los contratos; todos los cuales no son sino expresiones de este principio.

La autonomía de la voluntad se fundamenta principalmente en la libertad y responsabilidad del ser humano. En virtud de tales atribuciones, el hombre puede obligarse y si decide hacerlo, su actuar debe producir efectos. Así, manifestando su voluntad soberana es que puede comprometerse con quien y como desee.

Por lo tanto, al ser el hombre libre y soberano puede contratar como guste, reconociendo como único límite la ley, el orden público y las buenas costumbre. Es por

¹³ (LÓPEZ SANTA MARIA, 2001 pág. 233)

esta razón que es posible que existan otros contratos diversos que los regulados en la ley, como es el caso del contrato de prestación de servicios profesionales.

2.4.2. Principio del Consensualismo

Como se señaló en el acápite anterior, este principio es una manifestación de la autonomía de la voluntad. Se traduce en que los contratos deberían quedar perfectos por la sola manifestación de las voluntades de los contratantes. Excepcionalmente, algunos contratos deben cumplir con solemnidades legales para su nacimiento y eficacia.

Sin perjuicio de lo anterior, en mayor o menor medida, buena parte de los contratos deben contar con ciertas formalidades para tener plena eficacia, ya sea formalidades habilitantes, probatorias, convencionales o de publicidad.

Respecto al contrato de prestación de servicios civiles, como ya se ha descrito anteriormente, por no encontrarse expresamente regulado en la ley, carece de solemnidades para su constitución. Sin embargo, en ciertos casos, cuando uno de los contratantes es incapaz relativo, será necesaria la verificación de formalidades habilitantes. Además, en la práctica, la mayoría de los contratos de honorarios se escrituran con la finalidad de evitar posteriores conflictos probatorios.

2.4.3. Principio de Libertad Contractual

Debido a que la voluntad de las partes es autónoma y libre a la hora de celebrar un contrato, ellas pueden contratar con quien deseen y bajo los términos que quieran. De esta forma, el principio de libertad contractual reconoce dos facciones: la libertad de

conclusión y la libertad de configuración interna. La primera se refiere a la libertad de los individuos para celebrar o no contratos, y de hacerlo, elegir con quien. La libertad de configuración interna se refiere a la facultad de las partes para fijar las cláusulas de conformidad con lo que deseen, reconociendo como único límite la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, este principio se ha visto limitado por el Legislador ante necesidades de orden económico o social. Por este motivo, en algunos casos la ley determina las cláusulas más relevantes de ciertos contratos, alejándolos de la potestad regulatoria de las partes. Estos contratos reciben el nombre de contratos dirigidos.

En relación al contrato de honorarios, como hemos desarrollado ampliamente, la manifestación de este principio permite que existan contratos no regulados en la ley, siendo la voluntad de las partes la que estipula las obligaciones entre los contratantes.

2.4.4. Principio de Fuerza Obligatoria de los Contratos o *Pacta Sunt Servanda*

A diferencia de los principios señalados anteriormente, éste sí se encuentra expresamente reconocido en el Código Civil. El artículo 1545 dispone: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Esta directriz significa que los contratos deben verificarse.

Si tenemos como fundamento del Derecho Civil el principio de la autonomía de la voluntad, es lógico que los contratos libremente celebrados deban ser cumplidos y observados por las partes.

Los sujetos de la relación jurídica están constreñidos a llevar a cabo las obligaciones adquiridas: en caso de no hacerlo, se ven expuestos a la resolución del

contrato y al pago de las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios ocasionados con el retardo o no cumplimiento de la obligación.

2.4.5. Principio de Efecto Relativo de los Contratos

Este principio se refiere a que los contratos sólo generan obligaciones para los contratantes que concurren a su celebración, sin que puedan extenderse éstos a terceros.

Si la voluntad es la fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales, ésta sólo puede forzar a aquellos que han manifestado su consentimiento para celebrar este tipo de actos jurídicos, por lo tanto, parece absurdo que pueda regir a otros.

El principio analizado anteriormente determina que los contratos legalmente celebrados significan una verdadera ley para los contratantes, lo cual circunscribe sus efectos sólo a ellos, sin que puedan beneficiar o perjudicar a otros.

No obstante lo anterior, existen excepciones a este principio tales como los contratos colectivos, aplicables en materia laboral; la estipulación a favor de un tercero o la promesa de hecho ajeno. La primera de estas excepciones no es aplicable al contrato de honorarios; eventualmente las otras podrían serlo de cumplirse con los requisitos para ello.

2.4.6. Principio de Buena Fe Contractual

La buena fe es un principio general del Derecho, por lo tanto, su aplicación no sólo se limita al Derecho Civil. Se trata de un principio transversal, susceptible de ser

invocado en diversas áreas jurídicas y en multiplicidad de supuestos. Del mismo modo, su concurrencia forense permite sentar las bases de ciertas teorías, como por ejemplo, la teoría de los actos propios, que se analizará en acápites posteriores.

Sin perjuicio de su amplitud, no existe un concepto unívoco en la doctrina. Sin embargo, es posible afirmar que la buena fe siempre evoca la idea de rectitud, corrección, honradez, la no intención de dañar y obliga a una actitud de respeto y lealtad.

Tampoco se halla definida en el Código Civil, pero sí encontramos una serie de artículos que la mencionan, cuyo entramado nos permite apreciar la forma en que el Legislador la consagra y resguarda: posesión, matrimonio putativo, etc. En otros tantos casos, a contrario sensu, se condena y sanciona la mala fe: respecto al que oculta a sabiendas la muerte del desaparecido, en la reivindicación respecto al que de mala fe se da como poseedor de la cosa sin serlo, etc.

Es tal la relevancia de la buena fe, que el Código de Bello consagró la presunción de ésta respecto de la posesión: el artículo 707 de ese cuerpo legal dispone: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse”.

El principio de la buena fe reconoce dos facetas:

I. La subjetiva: Se traduce en la creencia interna del sujeto de que su actuar es conforme a derecho. Se aplica especialmente en lo relativo a la posesión regular, el matrimonio putativo y en el saneamiento de la evicción o vicios ocultos.

II. La objetiva: Consiste en el deber de los contratantes de comportarse lealmente en sus relaciones mutuas. Dentro de este ámbito se sitúa el artículo 1546 del Código Civil que dispone: “Los

contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

La buena fe objetiva se manifiesta en todos los momentos en que se desenvuelven los contratos:

a. Tratos preliminares: En esta fase la buena fe exige que cada uno de los negociadores sea veraz en la información que entrega a su contraparte. Cuando hablamos de información nos referimos tanto a los sujetos como al objeto.

b. Celebración del contrato: La buena fe reclama equilibrio entre las prestaciones de los contratantes. Así, en determinados casos establecidos por el Legislador, opera la lesión enorme, que viene a subsanar aquellas situaciones en las que las obligaciones adquiridas por las partes son excesivamente desiguales.

c. Cumplimiento del contrato: De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1546 del Código Civil, la ley compele a los contratantes a ejecutar el contrato de buena fe, ensanchando sus obligaciones aún a lo que no está expresado en él, a las exigencias que emanan de la naturaleza.

Doctrinalmente se considera que la buena fe sirve de fundamento para desestimar las demandas basadas en incumplimiento parcial de poca monta; las que se

construyen por un incumplimiento de contrato cuando la causal pudiera ser catalogada de inexigible; y uno de los más relevantes, la admisión de la teoría de la imprevisión.

d. Terminación del contrato: En esta etapa se busca impedir conductas a través de las cuales una de las partes pueda perjudicar patrimonialmente a la otra.

En conclusión, el principio de la buena fe permite disminuir el poder casi absoluto que representa el dogma de la autonomía de la voluntad. De esta forma, se permite a las partes el alejamiento del tenor literal del contrato cuando la aplicación de sus cláusulas resulta injusta.

3. EL CONTRATO DE TRABAJO

3.1.- Antecedentes

Como bien señalábamos al analizar la situación a estudiar, el contrato de trabajo nace como una forma de enfrentar los problemas que se presentaron en la relación entre empleador y trabajador, especialmente por los grandes abusos cometidos por los primeros.

El nacimiento del Derecho del Trabajo y del contrato de trabajo, obedece a que ninguna de las figuras contractuales imperantes hasta entonces lograba enmarcar los diferentes aspectos de la relación laboral. De esta manera, el vínculo quedaba sujeto a la negociación existente entre los sujetos, negociación que en muchos casos era imposible de acreditar dados los términos en que fueron planteados los servicios.

Así, es el Estado quien, asumiendo su rol tutelar, interviene en esta negociación, instituyendo derechos mínimos e irrenunciables al trabajador, de forma tal que permitiera equilibrar las posiciones, evitando los abusos de la situación mejorada del empleador.

3.2. Concepto

El artículo 8° del Código del Trabajo define el “Contrato de trabajo”, como: "Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada".

A su vez, el artículo 8° del Código del Trabajo prevé la existencia de un contrato de trabajo cuando en la especie existe una prestación de servicios que reúne todas y cada una de las exigencias del citado artículo 7°. Esta presunción, es una presunción simplemente legal, que da origen a lo que analizaremos bajo el título de teoría de realidad aparente, o también como principio de primacía de la realidad.

3.3. Elementos

De la definición entregada por nuestro Código del Trabajo, es posible establecer la existencia de tres elementos esenciales que deberá contener un contrato de trabajo, entendiendo por tales, de conformidad con lo dispone el artículo 1444 del Código Civil, aquellos elementos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en un contrato

diferente, ellos son: a) La prestación de Servicios; b) La Remuneración; y c) El vínculo de Subordinación o Dependencia.

a) **Prestación de servicios:** Constituye el objeto del contrato de trabajo para el trabajador y la causa de contratación del empleador. La prestación de servicios es la actividad laboral que se compromete a realizar el trabajador y se sujeta a los términos del contrato. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10, inciso 1°, N° 3 del Código del Trabajo, esta actividad faculta a la realización de dos o más funciones específicas, sean estas alternativas o complementarias. En cuanto a la ejecución de los servicios, cabe destacar que éste debe realizarse personalmente, dado que la persona del trabajador es determinante al momento de celebrarse el contrato. De este modo, no es posible para el trabajador efectuar delegación de los servicios a prestar. Finalmente, la prestación de servicios debe ser continua, ello se debe a que es aquella la que da origen al contrato de trabajo, y, por disposición expresa del Código del Trabajo, en su artículo 8°, inciso 2°, la prestación de servicios discontinua o esporádica a domicilio no da origen a un vínculo regido por el Código del Trabajo, excepto que exista convención de las partes en sentido contrario.

b) **Remuneración:** El Código del Trabajo define remuneración en su artículo 41, inciso 1°, al disponer: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”. Acto seguido, el inciso 2° del mismo precepto, establece las prestaciones que se excluyen dentro del concepto de remuneración: “No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en

que se incurra por causa del trabajo”. Así, a modo ilustrativo, el artículo 42 del Código del Trabajo señala qué remuneraciones son:

i. Sueldo: Entendido como el salario fijo en dinero o en especies (en los casos que la ley lo autoriza) pagado por espacios de tiempo iguales, acordados en el contrato de trabajo; que recibe el trabajador como contraprestación a sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 10 del Código del Trabajo.

ii. Sobresueldo: Es el monto de dinero o especies que recibe el trabajador como contrapartida por las horas trabajadas extraordinariamente a su jornada de trabajo, estipulada en el contrato.

iii. Comisión: Consiste en un porcentaje que obtiene el trabajador sobre el monto del precio en se que vende o compra determinado producto o servicio, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajo.

iv. Participación: Es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o de sólo de la una o más secciones o sucursales de la misma.

v. Gratificación: Corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador. Según lo define la Dirección del Trabajo, gratificación “es la parte de las utilidades que ha obtenido el empleador en el año comercial y que debe distribuir entre los trabajadores de la empresa”¹⁴.

¹⁴ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-84690.html>> [consulta: 10 diciembre 2011])

Por último, es de relevancia destacar que la ley establece el monto mínimo que se debe como remuneración por jornada completa de trabajo, disponiendo: “El monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual” (Artículo 44, inciso 2° del Código del Trabajo).

c) **Subordinación o Dependencia:** Este es el elemento que tipifica al contrato de trabajo y lo diferencia de los otros contratos en que se realiza una prestación de servicios (como es el caso del contrato de prestación de servicios civiles, y también de arrendamiento de servicios).

La ley no entrega un concepto de subordinación y dependencia, por lo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de establecer qué debemos entender por este elemento de la relación laboral. En este sentido, la profesora ROJAS MIÑO ha señalado: “la sujeción personal del trabajador, en la actividad laborativa en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico-productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador, a fin de que solo incorpore su acción a las tareas específicas que le señale éste bajo sus poderes técnico-empresariales”¹⁵.

Por su parte, nuestros tribunales han señalado: “Que los conceptos de subordinación o dependencia no han sido definidos por la ley y su significación se ha circunscrito casi exclusivamente a una de naturaleza jurídica entre empleador y trabajador, aun cuando en esos términos no sólo es propia de una relación laboral, sino también de otras formas de vinculación, tanto civiles como comerciales, por lo tanto, se dificulta su caracterización para estos efectos. En el decir de los autores William Thayer A. y Patricio Novoa Fuenzalida "esta nota adquiere ribetes específicos en tanto cuanto se articula justamente con otras que caracterizan a la relación de trabajo, esto es, cuando se da en una relación jurídico-personal estable. En esta forma la subordinación se materializa por la obligación del trabajador, estable y continua, de mantenerse a las órdenes del

¹⁵ (ROJAS MIÑO, 2004 pág. 24)

empleador, sin quebrantamiento de su libertad, a efectos de la realización del proceso productivo"(Manual de Derecho del Trabajo, William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, 1998). Agregan los autores que, jurisprudencialmente, en este aspecto de la relación laboral, se alude al poder de mando del empleador, reflejado principalmente en dos aspectos: la facultad de impartir instrucciones al trabajador y la prerrogativa de organizar y dirigir las labores, lo que supone necesariamente, la fijación de horarios, cumplimiento de órdenes, fiscalización, etc."¹⁶.

El contenido de la subordinación, se plantea en dos perspectivas. Desde el punto de vista del empleador, como un vínculo de sujeción del trabajador, que conlleva la potestad de mando por quien ejerce la dirección de la empresa. En tanto, para el trabajador se entiende como su inserción en la empresa y consecuentemente su sujeción a la organización y dirección de ésta.

Sin perjuicio de que ambos representan el contenido de la subordinación, es en el vínculo de sujeción y mando en el que la doctrina y la jurisprudencia han puesto énfasis. No obstante lo anterior, esta noción no ha sido infalible y presenta algunos problemas: no considera los diversos niveles que presenta, ni tampoco reconoce el nuevo sistema de relaciones industriales que plantea una variedad de formas de interrelaciones laborales. De ahí que el segundo contenido de la subordinación, el que se distingue desde la perspectiva del trabajador, es el que empieza a tomar relevancia.

3.4. Requisitos Esenciales

¹⁶ (CORTE SUPREMA, Fallo de 25 de enero 2010, Causa Rol N° 7652-2010)

Como todo contrato, al contrato de trabajo le resultan aplicables los requisitos generales, en cuanto a: a) El consentimiento; b) La capacidad; c) El objeto; y c) La causa.

a) El Consentimiento: En relación con el consentimiento, es decir, el acuerdo de voluntades, debe manifestarse libre de todo vicio, siendo plenamente acertado señalar que por consiguiente no debe adolecer de error, fuerza o dolo.

i. En cuanto al error, no resulta fácil que este vicio del consentimiento produzca los efectos de nulidad del contrato de trabajo, entendida la presunción de relación laboral del artículo 8 inciso 1º del Código del Trabajo, sin embargo ello cambia si consideramos el error que recae en la persona del contratante, ya que en este tipo de contratos la consideración patrimonial o económica del empleador, o las capacidades profesionales del trabajador son esenciales al momento de contratar, pudiendo invalidar un contrato en el cual existe error en las cualidades de la persona, es por ello que se considere el contrato de trabajo con un contrato “intuitu personae”.

ii. La fuerza, por su parte, vicia el consentimiento en el contrato de trabajo de acuerdo a las normas generales, pero es importante destacar que aquel contrato que se celebra bajo el imperativo de una necesidad económica, no adolece de vicio del consentimiento. Como la anterior, hay otros tipos de fuerza que tampoco son causales de invalidación del contrato de trabajo, paralelamente existen algunas que, atendido su gravedad, vician el consentimiento. En este sentido el autor THAYER ARTEAGA expresa: “Han existido, eso sí, otras realidades: actos de violencia en la realización de la relación laboral (sabotaje y otros métodos que son causales de caducidad del contrato de trabajo); como

así mismo la huelga y el *lock-out*, los que son reconocidos como medios lícitos de acción, siempre que se ajusten a la legalidad que los rige”¹⁷.

iii. En lo que respecta al dolo, al igual que la fuerza, vicia el consentimiento de acuerdo a las reglas generales. Existen variadas hipótesis en que podemos encontrar el dolo como vicio del consentimiento, entre ellas podemos enunciar alguna, como aquella en que el trabajador se ha ilusionado con el ingreso de cuantiosas sumas por concepto de salarios, cuando en la realizada la empresa se encuentra prácticamente en quiebra, o bien el caso contrario, en que el empleador se ilusionado con las capacidades profesionales del trabajador y en realidad éste carece de ellas.

b) La Capacidad: Este requisito se encuentra regulado en el Código del Trabajo, específicamente en sus artículo 13 a 18. La regla general respecto de la capacidad laboral de las personas esta dada por el artículo 13 inciso 1º, de dicho cuerpo normativo, De acuerdo con el cual “Para los efectos de las leyes laborales, se consideraran mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años”.

Por su parte, el inciso 2º del mismo artículo expone: “Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o falta de éstos, de los guardadores, persona o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. Además previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas

¹⁷ (THAYER ARTEAGA, y otros, 1997 pág. 158)

educativos o de formación. Los menores de dieciocho años que se encuentren actualmente cursando su Enseñanza Básica o Media no podrán desarrollar labores por más de treinta horas semanales durante el periodo escolar. En ningún caso los menores de dieciocho podrán trabajar más de ocho horas diarias. A petición de parte, la Dirección Provincial de Educación o la respectiva Municipalidad, deberá certificar las condiciones geográficas y de transporte en que un menor trabajador debe acceder a su educación básica o media”.

Es evidente el rol protector que tiene la ley laboral respecto de los menores de 18 años y mayores de 15, considerando que, según la normativa general, se trata de incapaces relativos, razón por la cual requieren de autorización de quien los tenga a su cargo para contratar sus servicios. Por su parte, el claro y marcado acento social de dicho inciso permite establecer la importancia de que el desarrollo laboral no sea impedimento ni traba en el proceso de enseñanza del menor, estableciendo cantidad de horas de trabajo máximas en forma diaria y semanal, y que las labores no pueden intervenir en sus estudios, sean en la Enseñanza Básica o Media. Finalmente, establece la obligación de ciertas entidades de velar por las condiciones de transporte y geográficas de un menor que realiza actividad laboral y se encuentra cursando estudios básicos o medios.

A su turno, el artículo 14 y 15, establecen una serie de labores prohibidas para los menores de edad, entre las que encontramos, por ejemplo, aquellas que requieran fuerza excesiva, o resulten peligrosas, o en su lugar de trabajo se expendan bebidas alcohólicas para consumir en el mismo establecimiento, etc. En la misma línea, el artículo 16 dispone ciertos requisitos para que un menor de 15 años pueda acceder a realizar ciertos trabajos relacionados con el cine, teatro o televisión.

Finalmente, el artículo 18 prohíbe a los menores la realización de trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales que se ejecuten entre

las 22 hrs. y las 7 hrs. La excepción se presenta en el caso de que en tales establecimientos trabajen solo miembros de la familia o bajo la autoridad de uno de ellos. Hace excepción a esta regla, también, respecto de aquellos menores de 18 pero mayores de 16 años que realicen labores que por su naturaleza deban realizarse de forma continua.

c) El Objeto: Respecto a este elemento la doctrina se encuentra dividida. Existen aquellos que consideran que en el contrato de trabajo existen obligaciones interdependientes, así el objeto de uno se encontraría en la causa para contratar del otro. De esta forma, para el trabajador el objeto sería la obligación del empleador de remunerar la labor realizada, y el objeto para el empleador sería la realización de los servicios contratados. Sin embargo, siguiendo esta posición, no resulta claro finalmente cual es el objeto en el contrato de trabajo. Es por ello que, adhiriendo a la posición del autor THAYER, es que consideramos que el objeto del contrato de trabajo es “la propia realización laboral remunerada, bajo las condiciones y características que las configuran, pues ella representa el interés que han tenido los contratantes para celebrar el negocio jurídico”¹⁸.

d) La Causa: En lo que respecta a la causa en el contrato de trabajo, es de interés destacar que se trata de un tema que podría fácilmente ser objeto de un largo análisis, sin embargo, no tratándose del fin de este estudio analizar las diferentes teorías en relación a la causa, haremos hincapié en aquella que estimamos más acertada. Así, consideraremos que la causa de este tipo de contrato la encontramos en el motivo que ha tenido cada parte para contratar, o, como bien lo señala el artículo 1467 del Código Civil, “el motivo que induce al acto o contrato”. En este contexto, debemos entender la causa como “el motivo que induce a una persona a otorgar un acto o contrato, en que más bien se está

¹⁸ (THAYER ARTEAGA, y otros, 1997 pág. 178)

refiriendo a la causa del acto o contrato mismo y no de la obligación; es una causa psicológica que depende del contratante”¹⁹.

3.5. Perfeccionamiento

Tal y como lo dispone el artículo 9º del Código del Trabajo: “El contrato de trabajo es consensual”, es decir para su perfeccionamiento requiere sólo del acuerdo de voluntades de las partes, sin necesidad de ninguna otra solemnidad o formalidad.

Sin perjuicio del carácter consensual que dispone la ley, nuestro Código del Trabajo exige que este tipo de contratos consten por escrito, ello lo expresa el propio artículo 9º que agrega: “...deberá constar por escrito dentro de los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante”. Como podemos notar, esta es una solemnidad exigida por la ley, y que tiene como fin convertirse en requisito de prueba del contrato mismo. Ello se desprende de las sanciones impuestas a la no escrituración.

Si el empleador incumple el mandato legal de escriturar el contrato de trabajo, su omisión tendrá aparejadas dos sanciones. La primera de ellas está dada por la aplicación de multas, las que pueden variar desde una a cinco unidades tributaria mensuales, como lo expresa el inciso 2º del señalado artículo.

La segunda sanción se encuentra relacionada con el conocido *onus probandi* o carga de la prueba. En este sentido, debemos recordar lo dispuesto por el artículo 1698 del Código Civil: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o éstas”. Así, será el trabajador quien deberá probar la existencia de la relación de trabajo y sus condiciones. Sin embargo, si el contrato no se encuentra escrito, por sanción expresa de inciso 4º del artículo 9 del Código del Trabajo “a falta

¹⁹ (ABELIUK MANASEVICH, 2008 pág. 44)

de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”. De esta forma, la ley ayuda al trabajador en su tarea de probar la relación laboral, haciendo presumir las estipulaciones del mismo, según sus propios dichos, y a su vez sanciona con ello al empleador que no cumpla con la escrituración exigida.

3.6. Cláusulas

El artículo 10 del Código del Trabajo dispone las estipulaciones que debe contener un contrato de trabajo. El contenido esencial de estas cláusulas, generalmente, apunta a elementos esenciales del contrato. No obstante lo anterior, como señalan los autores THAYER ARTEAGA y NOVOA FUENZALIDA, “(...) no debe ser consideradas globalmente como cláusulas esenciales, pues ello indicaría que su omisión afectaría a la validez del instrumento o del negocio jurídico y, atendido el principio de la primacía de la realidad, si se prestan servicios remunerados por cuenta ajena, existe el contrato y las estipulaciones contenidas en el instrumento que da cuenta de ellos solo tienen un valor *ad probationem*”²⁰.

Así, el aludido artículo dispone: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

1. Lugar y fecha del contrato;
2. Individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador;
3. Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse.

²⁰ (THAYER ARTEAGA, y otros, 1997 pág. 194)

4. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;
5. Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;
6. Duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno;
7. Plazo del contrato, y
8. Demás pactos que acordaren las partes”.

En cuanto al lugar y fecha del contrato, éstos tópicos toman importancia al momento de determinar la competencia de los Tribunales de Justicia; y la fecha permitirá establecer la duración del contrato, en el caso de ser a plazo fijo, o bien el monto de la indemnización por años de servicios, en caso que proceda.

La individualización de las partes del contrato de trabajo exige que ella se haga en forma completa, tanto el trabajador como el empleador, enunciando los nombres completos, nacionalidad, cedula de identidad o rol único tributario, domicilio, profesión u oficio, y en caso de que el empleador sea una persona jurídica, los datos de la persona que la representa.

La indicación de la nacionalidad, además de permitir individualizar a la persona, en lo que respecta al trabajador, busca hacer cumplir el mandato del artículo 19 del Código del Trabajo, en cuanto a que al menos el 85% de los trabajadores de un empleador deberán ser chilenos, salvo en los casos que el total de trabajadores supere los 25. Por su parte, la indicación de la edad del trabajador tiene como fin evitar la contratación de menores.

En relación con la determinación de la naturaleza de los servicios y lugar o ciudad en que hayan de prestarse, el empleador puede señalar dos o más funciones específicas, complementarias o alternativas a realizar por el trabajador.

La expresión del lugar donde han de realizarse las funciones del trabajador permite circunscribir el lugar geográfico en que han de desarrollarse, especialmente en aquellos casos en que el trabajador debe desplazarse, pues en tales supuestos se entiende que el lugar de trabajo es toda la zona de desplazamiento geográfico.

El monto, forma y periodo de pago de la remuneración, implica que el contrato de trabajo debe establecer en forma precisa el monto de la remuneración que percibirá el trabajador, con indicación de la forma en que se le realizara el pago y el periodo que transcurrirá entre ellos, es decir, si serán pagos diarios, semanales, quincenales, mensuales, etc.

La duración y distribución de la jornada de trabajo es importante para determinar la cantidad de horas que durará la jornada de trabajo y en qué horarios el trabajador desempeñará sus funciones, con la única limitación que la jornada de trabajo no podrá superar las 45 horas semanales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 del Código del Trabajo.

En lo que respecta al plazo del contrato, busca establecer si éste es a plazo fijo, indefinido o por obra o faena. En caso de que las partes nada digan en este sentido, se entiende que se tratará de un contrato indefinido.

Por último, la ley exige que se integren al contrato de trabajo todas aquellas otras cláusulas que las partes libremente hayan acordado en virtud de la autonomía de la voluntad, siempre que ellas se encuentren acordes a la legislación vigente. En este contexto se encuentran prohibidas aquellas cláusulas “que implican una renuncia a los

derechos otorgados por las leyes laborales, los cuales son irrenunciables, atendido lo dispuesto en el artículo 5º del Código”²¹.

3.7. Modificación

La regla general, en relación a esta materia, es que el contrato de trabajo puede ser modificado de la misma forma como se constituyó, es decir, por el acuerdo de voluntades de las partes, la que podrá haberse exteriorizado de manera expresa o tácita.

En relación a las modificaciones expresas, estas deberán constar por escrito, siendo suscritas por ambas partes al dorso de los ejemplares del mismo contrato, o bien en un documento anexo. De esta forma, el artículo 11 del Código del Trabajo dispone: “No será necesario modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de reajustes de remuneraciones, ya sean legales o establecidos en contratos o convenios colectivos del trabajo o en fallos arbitrales. Sin embargo, aun en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes”.

La modificación tácita por su parte, se produce por la inclusión en el contrato de trabajo de ciertas conductas reiteradas en el tiempo, constituyendo de esta forma una cláusula tácita del contrato de trabajo.

Es importante destacar la facultad con la que cuenta el empleador para modificar en forma unilateral el contrato de trabajo, contemplada en el artículo 12 del Código del ramo. Esta facultad, denominada *ius variandi* empresarial, tiene como objetivo que el empleador pueda alterar ciertas cláusulas del contrato de trabajo, las que se deberán

²¹ (THAYER ARTEAGA, y otros, 1997 pág. 198)

fundar en necesidades de gestión y dirección de la empresa. Por último, cabe señalar que esta atribución queda circunscrita a tres determinadas materias: la naturaleza de los servicios, el sitio o recinto en que han de prestarse y la distribución de la jornada de trabajo.

En caso de que haya existido un uso abusivo de esta facultad por parte del empleador, el trabajador afectado podrá reclamar del mismo ante la Inspección del Trabajo respectiva dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la notificación de la modificación o la concurrencia del hecho. En conocimiento de los antecedentes, la Inspección del Trabajo deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos legales de la modificación unilateral. De este pronunciamiento el afectado podrá recurrir dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la misma, ante el Juez competente, quien resolverá en única instancia el asunto.

Por último, en relación a la modificación unilateral, el artículo 89 del Código del Trabajo dispone la facultad especial con que cuentan los empleadores de trabajadores agrícolas, para que en caso de que las condiciones climáticas impidan la realización de sus labores, el empleador podrá encomendar que éstos realicen labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas, aún cuando éstas no se encuentren expresadas en el contrato de trabajo.

3.8. Las Partes del Contrato de Trabajo

Las partes de un Contrato de trabajo son el trabajador y el empleador, así lo reconoce expresamente el texto de la ley, el que en el artículo 7 del Código del Trabajo expresa: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador (...)”. Dada la importancia de ambos sujetos dentro de la relación laboral, es necesario detenerse en el análisis particular de cada uno de ellos.

Así, entendemos por trabajador, según lo expresa el artículo 3º letra b) del Código del Trabajo, “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”. Tal y como se desprende de la sola lectura de la citada definición, su alcance queda limitado a los trabajadores dependientes, razón por la cual el propio texto legal, a fin de evitar confusiones, delimitó expresamente qué debemos entender por trabajador independiente, indicando que esta categoría se aplica a “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia” (artículo 3º letra c) del Código del Trabajo).

Es importante subrayar que es de la esencia del trabajador que éste sea una persona natural, quien deberá cumplir con todos los requisitos de idoneidad y capacidad laboral antes vistos.

En cuanto al empleador, la ley lo ha definido como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo” (artículo 3º letra a) del Código del Trabajo). En relación a este sujeto de la relación laboral, queda en evidencia que puede tratarse de una persona natural o jurídica, sin perjuicio de “otras entidades, como bien lo ha declarado la jurisprudencia judicial: “...basta que tengan una individualidad legal determinada, concepto también amplio que admite manifestaciones diversas: asociaciones, comunidades, sociedades de hecho, corporaciones, etc.”. Así también lo ha sostenido la doctrina”²².

Por último y en relación al empleador, la ley laboral hace una presunción de derecho respecto de la representación del empleador cuando se trata de personas jurídicas, señalando: “Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o

²² (ROJAS MIÑO, 2004 pág. 52)

representación de una persona natural o jurídica” (artículo 4º inc. 1º del Código del Trabajo).

3.9. Clasificaciones

Siguiendo lo explicado por la autora ROJAS MIÑO, en su obra “Manual de Derecho del Trabajo”, analizaremos 3 de las múltiples clasificaciones del contrato de trabajo, en razón a su carácter general e importancia. De esta forma, las clasificaciones que nos interesa exponer son las siguientes: a) Según el régimen jurídico laboral aplicable; b) En razón de la duración del contrato; y c) En razón de la tipicidad en el ámbito de las relaciones de trabajo.

a) Según el régimen jurídico laboral aplicable: De conformidad con este carácter diferenciador, el contrato de trabajo puede clasificarse en:

i. Contrato de trabajo general: A este tipo de contratos les resulta aplicable la normativa común a todo contrato de trabajo, especialmente las normas de aplicación general contenidas en el Código del Trabajo.

ii. Contrato de trabajo especial: Son aquellos contratos de trabajo que, en atención a la naturaleza de la prestación de servicios, identifican una relación laboral específica, que le hace aplicable una normativa especial y supletoriamente las normas de carácter general. El Código del Trabajo señala algunos de estos contratos especiales, tales como: el contrato de aprendizaje; el contrato de trabajadores agrícolas; contrato de trabajadores embarcados o gente de mar y de los trabajadores portuarios eventuales; contrato de trabajadores de casa particular, entre otros. Conjuntamente, encontramos en leyes especiales otros contratos de estas características, como en el D.F.L. 1

de 1997 del Ministerio de Educación, que establece el estatuto de los Profesionales de la Educación.

b) En Razón de la Duración del Contrato: De acuerdo a esta clasificación, al momento de la celebración del contrato de trabajo las partes deberán establecer la duración del mismo, la que podrá referirse a un día cierto y determinado (plazo fijo), de forma indefinida o bien regirse por la duración de la obra o la faena. La selección de la duración del contrato no es pacífica, pues deberán confluir dos intereses: por una parte, el trabajador, que busca estabilidad laboral; y por la otra, el interés del empleador, quien persigue flexibilidad en el manejo de los recursos humanos con que cuenta. Así, las opciones serán las siguientes:

i. Contrato de trabajo a plazo fijo: En estos contratos la duración está establecida a un día cierto y determinado, de forma tal que se establece fecha para su terminación. El Legislador no ve con buenos ojos este tipo de contratos, razón por la cual limita la vigencia de los mismos, imponiendo plazos máximos de duración so pena de que estos se transformen en contrato de carácter indefinido. Para estos efectos, es importante tener presente las siguientes reglas: 1) La determinación del contrato a plazo fijo sólo procede al momento de la celebración del mismo, no es posible que el empleador transforme un contrato indefinido en uno a plazo fijo; 2) El plazo máximo de vigencia de un contrato de trabajo a plazo fijo es de 1 año, con excepción de determinadas categorías de trabajadores, tales como los gerentes; 3) La transformación de un contrato de trabajo a plazo fijo en uno de carácter indefinido se puede originar a través de dos hechos: el primero se produce cuando luego de expirado el plazo estipulado en el contrato, el trabajador sigue prestando servicios y esta situación es conocida por el empleador (Artículo 159, N° 4, inc. 4º, primera parte, del Código del Trabajo); o bien, cuando se produce la segunda renovación de un

contrato a plazo fijo (Artículo 159, N° 4, inc. 4º, segunda parte, del Código del Trabajo); y 4) Existe un presunción de contrato indefinido, que opera cuando el trabajador ha prestado servicios a un mismo empleador en virtud de dos o más contratos a plazo fijo dentro de los últimos doce meses, en este supuesto el trabajador se entiende contratado de forma indefinida (Artículo 159, N° 4, inc. 2º, del Código del Trabajo).

ii. Contrato Indefinido: En este tipo de contratos, a diferencia de los analizados en el punto anterior, no se encuentra limitada su vigencia en el tiempo, lo que se puede producir ya sea por acuerdo expreso de las partes, o bien porque nada articularon respecto a este asunto al celebrar el contrato. Así, este tipo de contratos sólo podrán terminar mediante la aplicación de alguna de las causales de terminación del contrato de trabajo expresada en el artículo 159 y siguientes del Código del Trabajo.

iii. Contrato por Obra o Faena: En esta modalidad de contratos la vigencia del mismo queda determinada, no a un cierto tiempo o determinado plazo, sino más bien, como dispone el artículo 159, N° 5 del Código del Trabajo, a la “conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato”. Es importante destacar que, a diferencia del contrato a plazo fijo, acá la ley no establece limitaciones en cuanto a la vigencia máxima, ni tampoco dispone normas respecto de la renovación expresa, tacita o simulada.

c) En razón de la tipicidad en el ámbito de las relaciones de trabajo: El elemento diferenciador de esta clasificación de contratos está dado por el sistema de relación laboral existente, así encontraremos que el contrato podrá ser típico, atípico o bien precario.

i. Contrato de trabajo Típico: Es aquel contrato que contiene todos los elementos de la relación laboral tradicional. Como lo expresa la autora ROJAS MIÑO: "...plantea la concurrencia de diversos elementos a saber: (1) tener una duración indefinida; (2) un solo empleador y además, la parte empleadora se plantea totalmente identificada, ya sea persona natural y jurídica, y corresponde a quien celebros el respectivo contrato de trabajo; (3) tener jornada de tiempo completo; (4) la prestación de servicios se plantea en el establecimiento del empleador, y (5) constituir fuente exclusiva o principal de los ingresos del trabajador".

ii. Contrato de trabajo Atípico: Es aquel contrato de trabajo en que falta uno o más de los elementos de la relación laboral tradicional. A modo de ejemplo podemos mencionar: 1) Los trabajadores reclutados por contratistas o subcontratistas; 2) Los trabajadores estacionales o eventuales; 3) Los trabajadores contratados por obra o faena; 4) Los trabajadores a tiempo parcial; 5) Los trabajadores a domicilio; y 6) Los trabajadores con contratos a plazo fijo.

iii. Contrato de trabajo Precario: Comúnmente, esta categoría contractual se confunde con el contrato de trabajo atípico, no obstante de que se trata de naturalezas independientes. Para dilucidar esta mescolanza, la doctrina ha dicho que se trata de categorías diferentes, surgiendo los contratos de trabajo precario en un nivel de fragilidad laboral mayor. Generalmente se trata de empleos en los que confluye alguna de las siguientes características: Inestabilidad, inseguridad o bien insuficiencia de ingresos. Cada uno de estos caracteres se encuentra asociado a un elemento inexistente en la relación laboral, así por ejemplo, la inestabilidad se asocia a la inexistencia de un contrato de trabajo indefinido; la inseguridad, a la falta de elementos que certifiquen el cumplimiento de las normas de seguridad social; y la

insuficiencia de ingresos, a la inexistencia de remuneraciones mínimas establecidas.

3.10. Derechos y Deberes

Como todo contrato bilateral su objetivo es generar obligaciones para ambas partes. Atendido el carácter complejo de la relación laboral, y los diferentes aspectos de ella que se encuentran regulados por nuestra legislación, la cantidad de derechos de una y otra parte son variados, razón por la cual, no siendo el principal objeto del presente análisis, los enunciaremos refiriéndonos a estos derechos y deberes en forma breve.

A.- Derechos del Empleador: La ley concede al empleador ciertas potestades de las que puede hacer uso durante la vigencia de la relación laboral, especialmente en relación con la prestación de servicios para la cual fue contratado el trabajador:

- Potestad Jurídica de Mando: Como lo define el autor UGARTE CATALDO, se trata del “conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador, con el objeto de organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral, asimismo, la facultad de mantener la disciplina y orden en la empresa y, finalmente, adecuar la naturaleza del servicio a los requerimientos de la empresa”²³.

- Poder de Dirección: Tal y como lo señala la profesora IRENE ROJAS, se trata de “la facultad del empleador para organizar, dirigir y fiscalizar la prestación de servicios de los trabajadores en la empresa, incluida la de

²³ (UGARTE CATALDO, 1996 págs. 9-23)

determinar la forma técnica productiva de a actividad laboral de sus trabajadores”²⁴.

- Poder Disciplinario: Es la potestad con la que cuenta el empleador para dirigir la disciplina y el orden al interior del lugar de trabajo a fin de permitir el mejor funcionamiento de la actividad laboral.
- Ejercicio del *Ius Variandi*: Es aquella facultad excepcional que permite al empleador la modificación unilateral de ciertas cláusulas del contrato de trabajo fundado en necesidades de gestión y dirección de la empresa.

En este contexto, no pudiendo existir derechos sin sus correlativos deberes, es del caso esbozar las obligaciones correlativas del trabajador:

- Deber de Obediencia: El trabajador se encuentra obligado a obedecer y acatar las órdenes e instrucciones que imparte el empleador, dentro de los límites legales.
- Derecho de Resistencia: Es el derecho del que goza el trabajador para no ejecutar las órdenes impartidas por el empleador, en los casos que se haya verificado una extralimitación de su facultad de mando o bien una extralimitación en la aplicación del *Ius Variandi*.
- Deber de Buena Fe contractual: De acuerdo a las reglas generales del Derecho Civil, el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe. Ello implica que en su ejecución deben observarse conductas de probidad y diligencia, prohibiéndose que el trabajador realice negociaciones dentro del giro del negocio.

²⁴ ROJAS MIÑO, 2004 pág. 175).

B.- Derechos del Trabajador: El trabajador, como parte de la relación laboral, cuenta con una serie de derechos que la doctrina ha dividido en derechos fundamentales y derechos de protección.

Los derechos fundamentales emanan de las distintas fuentes legales relacionadas con la persona y la dirección de la relación de trabajo, entre ellas encontramos, la Constitución, el Código del Trabajo y otras normas especiales. Los referidos derechos y garantías fundamentales se traducen en otros derechos tales como: la no discriminación laboral; la no discriminación de la mujer trabajadora; la no discriminación en la oferta de trabajo en base a motivaciones segregacionistas; el no atentar contra el derecho a la privacidad del trabajador; y el derecho a que se garantice la intimidad del trabajador.

Por su parte, los derechos de protección comprenden dos grupos: los derechos de seguridad social y los derechos de capacitación profesional.

Los derechos de seguridad social se encuentran tratados en el Libro II, Título I, del Código del Trabajo, específicamente en los artículos 184 a 193. Así, el artículo 184 dispone en su inciso 1° como deber del empleador tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores en las faenas y mantener los implementos necesarios para prevenir los accidentes y las enfermedades profesionales. Además, el inciso 2° establece que el empleador debe contar con los elementos necesarios para que en caso de accidente o emergencia, los trabajadores puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria o farmacéutica.

En el mismo sentido, los artículos 185 y 186 disponen regulaciones específicas relacionadas con los trabajos peligrosos y las industrias, seguida de la imposibilidad de exigencia y admisión al trabajador a faenas superiores a sus fuerzas, regulada en el artículo 187, y las normas que rigen el trabajo subterráneo, normado en el artículo 189.

Conjuntamente, se encuentra vigente la normativa especial de seguridad social, en la cual se establecen contingencias sociales que se encuentran cubiertas y los mecanismos mediante los cuales se ha de reparar y superar dichas contingencias, ello regulado mediante la Ley N° 16.744 de 1968.

Los derechos de capacitación profesional se plantean a través del derecho de ocupación efectiva y el derecho de capacitación.

El derecho de ocupación efectiva, como lo señala la doctrina “Es obligación del empleador proporcionar al dependiente los elementos necesarios para el trabajo y no puede dejarlo inactivo. El dependiente ha celebrado un negocio jurídico para trabajar y la obligación que contrae es bilateral en relación con el deber del empleador de proporcionarle una ocupación real y adecuada”²⁵.

El derecho de capacitación se encuentra consagrado en el artículo 179 del Código del Trabajo, el que se encuentra inserto en el Libro I, Título IV “De la Capacitación Ocupacional”. En se especifica que “La empresa es responsable de las actividades relacionadas con la capacitación ocupacional de sus trabajadores, entendiéndose por tal, el proceso destinado a promover, facilitar, fomentar y desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los trabajadores, con el fin de permitirles mejores oportunidades y condiciones de vida y de trabajo; y a incrementar la productividad nacional, procurando la necesaria adaptación de los trabajadores a los procesos tecnológicos y a las modificaciones estructurales de la economía, sin perjuicio de las acciones que en conformidad a la ley competen al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo y a los servicios e instituciones del sector público”.

Como contraprestación de los derechos del trabajador, el empleador se encuentra en obligación de cumplir con dos deberes: el deber de protección y el deber de buena fe contractual.

²⁵ (THAYER ARTEAGA, y otros, 1997 pág. 390)

- El deber de protección: dice relación con la imposición de ciertos deberes al empleador, que se traducen en obligaciones de hacer o no hacer, y que se suman y refuerzan los derechos fundamentales y la protección del trabajador.
- Deber de buena fe contractual: al igual que el trabajador, el empleador se encuentra sometido a la normativa general de los contratos, en cuanto éste debe cumplirse de buena fe, observado las conductas de probidad, cuidado y diligencia necesarios, conductas que no sólo deberán materializarse a lo largo de la relación laboral, sino que también al término de la misma.

3.11. Terminación

A diferencia del derecho privado, en el Derecho del Trabajo la forma y fundamentos para poner fin al contrato de trabajo se encuentran expresamente regulados. El Legislador ha privilegiado con ello la estabilidad laboral impidiendo que el empleador pueda dar fin a la relación laboral sin que exista fundamento legal para ello, evitando cualquier tipo de arbitrariedad contra la parte menos aventajada que es el trabajador.

Referidas causales de terminación, se encuentran expresamente reguladas en el Código del ramo, específicamente en los artículos 159, 160 y 161, las que, para un mejor análisis, clasificaremos como: a) Causales sin derecho a indemnización; y b) Causales con derecho a indemnización.

a) **Causales sin derecho a indemnización:** Los artículos 159 y 160 del Código del Trabajo, establecen las causales de terminación del contrato de trabajo por la cuales el trabajador pierde su derecho a ser indemnizado por los años de servicio. El primer grupo dispuesto en el artículo 159, se trata de causales inimputables al trabajador, que a saber, son las siguientes:

- i. Mutuo acuerdo de las partes.
- ii. Renuncia del trabajador.
- iii. Muerte del trabajador.
- iv. Vencimiento del plazo convenido en el contrato.
- v. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.
- vi. Caso fortuito o fuerza mayor.

El segundo grupo de causales de terminación del contrato de trabajo, que se encuentran tratadas en el artículo 160, se refiere a causales subjetivas o imputables al trabajador, y que son del siguiente tenor:

- i. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:
 - a. Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
 - b. Conductas de acoso sexual;
 - c. Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
 - d. Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y

- e. Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

- ii. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

- iii. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

- iv. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
 - a. La salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y

 - b. La negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

- v. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

- vi. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

vii. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

b) **Causales que dan derecho a indemnización:** Se encuentran reguladas en el artículo 161 del Código del Trabajo, y se refieren a causales que el empleador podrá invocar para dar término a la relación laboral, pero que generará al trabajador el derecho a ser indemnizados por los años de servicio prestados al empleador.

El inciso 1° del artículo 161 establece que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo fundado en la causal necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.

El inciso 2° del mismo precepto, establece la fórmula mediante la cual el empleador se encuentra facultado para poner término a la relación laboral con aquellos trabajadores que tienen la representación de la empresa (Ej. Gerente), para lo cual no deberá expresar causal, por cuanto se trata de un cargo de confianza, pero deberá indemnizar al trabajador de acuerdo a lo expresado en la ley.

Sin perjuicio de haber analizado las causales de terminación del contrato de trabajo estipuladas en nuestra legislación, específicamente en el Código del Trabajo, nos ocuparemos brevemente de los sistemas teóricos de terminación del contrato de trabajo. Nos enfocaremos específicamente en: el desahucio, el desahucio pagado y la estabilidad en el empleo.

a) Desahucio: Tal y como explicamos al tratar el contrato de prestación de servicios civiles, al tener la característica de contrato atípico, ha de ser

asimilado a aquel contrato al cual más se parezca. En la especie, se ha estimado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que su símil es el arrendamiento de servicios inmateriales, clasificación que también resulta aplicable al contrato de trabajo. Es por esta razón que se tornan aplicables las formas de terminación del contrato propias de los contratos de arrendamiento, específicamente la causal de terminación denominada desahucio. De esta forma, cualquiera de las partes puede poner fin a la relación laboral mediante el envío de un aviso previo, sin necesidad de expresar causa y en forma unilateral (siempre que se trate de un contrato indefinido). En lo que respecta al trabajador, esta facultad se ha denominado “renuncia”. En el caso del empleador, sigue manteniendo el nombre de desahucio.

b) Desahucio Pagado: Este sistema teórico de terminación del contrato de trabajo es similar al anterior, con la agregación de un elemento, cual es el pago que debe realizar el empleador al momento de ejercer esta facultad de término. Sin embargo, este sistema incluye causales que permiten el término del contrato sin pago alguno, por lo que resulta ser más proteccionista que el sistema de sólo desahucio, pero insuficiente al contraste del sistema de estabilidad en el empleo.

c) Estabilidad en el Empleo: “La estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer en especialísimas circunstancias.

También se define como Estabilidad Laboral el derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiriera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada”²⁶.

²⁶ (BUENAS TAREAS [en línea] <<http://www.buenastareas.com/ensayos/Concepto-De-Estabilidad-Laboral/390657.html>> [consulta: 14 de Febrero de 2012])

Como podemos observar este mecanismo se opone al sistema de desahucio, por cuanto busca que sólo en casos muy especiales y específicos, el trabajador pueda ser desahuciado, conservando de esa forma su empleo el mayor tiempo posible.

Normalmente este sistema de terminación del contrato de trabajo se subclasifica en dos: estabilidad relativa y estabilidad absoluta.

i. Estabilidad Absoluta: Según este sistema, el despido debe fundarse en una causa legal y justa. La sanción para el incumplimiento de esta exigencia es que el despido es nulo, y por tanto el empleador se encuentra obligado a restituir al trabajador a la empresa, volviendo al estado anterior al despido.

ii. Estabilidad Relativa: En este sistema, al igual que en el anterior, el despido debe ser fundado en un causal legal y justa, sin embargo, la sanción al no cumplimiento de esta exigencia, no trae aparejada la nulidad del despido, sino que el empleador deberá al trabajador una indemnización, que normalmente se encuentra fijada en la propia ley.

3.12. Principios Rectores

Tal y como acontece en otras ramas del derecho, en materia laboral existen ciertos principios rectores que informan la legislación del trabajo y que se encuentran presente a lo largo de todo el sistema jurídico. Tales principios son de gran relevancia en la aplicación práctica del derecho laboral, de ahí la necesidad de analizarlos dentro del presente trabajo.

De esta forma, nos avocaremos al estudio de los siguientes principios en relación con el Derecho del Trabajo: 1) El Principio Protector; 2) Principio de la Irrenunciabilidad de los Derechos; 3) Principio de la Continuidad en la Relación de Trabajo; 4) Principio de la Primacía de la Realidad; 5) Principio de la Libertad Sindical; y 6) Principio de Buena Fe en Materia Laboral.

3.12. 1. Principio Protector

El presente principio se encuentra íntimamente ligado al origen del derecho laboral.

Como se expuso, el Derecho del Trabajo nace como una forma de proteger a la parte más débil dentro de la relación laboral, evitando con ello el abuso por parte del empleador y el aseguramiento de derechos mínimos para el trabajador.

“Esta tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación de trabajo -esto es, el trabajador- se conoce como principio protector. Es el principio rector del Derecho del Trabajo, confiriéndole a esta rama jurídica su carácter peculiar como derecho tutelar de los trabajadores”²⁷.

De esta manera, mediante la introducción de normativa tendiente a subsidiar al trabajador, se rectifica su situación, abandonando la idea de igualdad jurídica, y compensando, en el campo jurídico, la desigualdad económica del trabajador.

La aplicación de este principio se encuentra sujeto a 3 reglas:

- a) Regla “Indubio Pro Operario”: “Es el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre los varios sentidos posibles de una norma, el que

²⁷ (PALAVECCINO CÁCERES, 2011 pág. 6)

sea más favorable al trabajador²⁸. De conformidad a este principio, el juez o el intérprete debe elegir entre varios sentidos posibles, aquél que resulte más favorable para el trabajador²⁹.

b) Regla de la norma más favorable: Mediante esta regla se busca determinar qué norma aplicar en caso de existir más de una regulación aplicable al caso concreto. Así, el juez deberá emplear aquella que sea más favorable al trabajador, aunque ello implique alejarse de los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas. Esta regla encuentra su límite en las exigencias de orden público.

c) Regla de la Condición Más Beneficiosa: Este criterio impone al juez una restricción al momento de hacer extensiva una normativa a un caso en particular: la aplicación de una norma nunca debe ser utilizada para disminuir las condiciones más beneficiosas en que pudiera hallarse el trabajador.

“Esto está íntimamente ligado con lo que denominamos "derechos adquiridos" de los trabajadores, según los cuales, si una determinada situación ha sido dada conscientemente por el empleador por el transcurso de un tiempo razonable y ésta ha ingresado a su patrimonio, se reputarán como parte integral del contrato individual de trabajo y no podrán ser disminuidas por norma alguna aunque la misma sea de superior rango³⁰.

3.12. 2. Principio de la Irrenunciabilidad de los Derechos

²⁸(BEJARANO, Silvia, "Principios Del Derecho Laboral." BuenasTareas.com. <<http://www.buenastareas.com/ensayos/Principios-Del-Derecho-Laboral/6580.html>>. [En línea] [Citado el: 20 de agosto de 2012.]

²⁹ (LANATA FUENZALIDA, 2007 pág. 47)

³⁰ (BEJARANO, *Ibidem*)

La doctrina ha definido este principio como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más de las ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio”³¹.

El fundamento de este principio lo encontramos en el carácter de orden público que ostentan las normas del Derecho del Trabajo. Desde esta perspectiva, la normativa laboral es necesaria para mantener la justa ordenación de las relaciones laborales, la que resultaría inoperante en caso de existir la posibilidad de renuncia por parte de los trabajadores a los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico del trabajo.

La Irrenunciabilidad de los derechos en materia laboral, se encuentra expresamente consagrada en el artículo 5° del Código del Trabajo, según el cual: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. Pero además se encuentra inserto en una serie de otras normas, tales como los artículos 58, 73, 195 y 206 del mismo cuerpo legal.

Por último, cabe destacar que, tratándose de una norma de carácter prohibitivo, la sanción a su vulneración es castigada con la nulidad del acto o cláusula que contenga la renuncia, debiendo el empleador restituir al trabajador los beneficios que le reporto la estipulación anulada.

3.12. 3. Principio de la Continuidad en la Relación de Trabajo

De acuerdo al profesor PALAVECCINO CÁCERES, el principio de continuidad laboral postula que: “...para proteger efectivamente el bien jurídico trabajo, las normas del Derecho laboral deben procurar dar firmeza y permanencia a la relación jurídica laboral”.³²

³¹ (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998 pág. 118)

³² (PALAVECCINO CÁCERES, 2006 pág. 14)

El fundamento de este principio se encuentra en que el trabajo es una actividad inherente a la vida humana. Además, el trabajo asalariado y dependiente constituye la fuente de ingresos y subsistencia de la mayoría de las personas, lo que lo transforma en un bien jurídico vital para la sociedad y el individuo, y como tal, digno de protección por parte del ordenamiento jurídico.

Así, resulta necesario asegurar el mecanismo a través del cual la mayoría de las personas sustentan su vida, protegiendo la estabilidad del mismo mediante la aplicación de normas que impidan el quiebre de la relación por la mera liberalidad del empleador, quien es el que detenta la posición más aventajada.

Al igual que el principio anterior, éste se encuentra expresamente consagrado en nuestra legislación, específicamente en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, el que consagra las presunciones de continuidad laboral al concurrir la circunstancias ahí expresadas. También encontramos manifestaciones de este principio en los artículos 4, 8, 148, 161, 162 y 168 del Código del Trabajo.

Como expresión del mismo principio, hallamos regulaciones especiales del Código del Trabajo que permiten la suspensión del vínculo laboral cuando éste se torna incompatible con el ejercicio de ciertos derechos, situaciones y cargas, tales como la huelga, licencia médica, servicio militar, vacaciones y descansos.

3.12. 4. Principio de la Primacía de la Realidad

Tal y como lo expresa el autor PLA RODRÍGUEZ, este principio “Significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o

acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”³³.

En la práctica, este principio implica que la relación de trabajo no depende de lo que las partes hubieren pactado, sino más bien, de la situación real en la que se encuentra el trabajador. Pretender juzgar la naturaleza y contenido del vínculo de acuerdo a lo que los contratantes han estipulado es erróneo e iluso, toda vez que si las cláusulas celebradas no obedecen a la realidad, carecen de valor alguno.

Su fundamento es la imposibilidad para el Derecho del Trabajo de fiarse de lo acordado entre empleador y trabajador, por cuanto este último se encuentra en una situación desmejorada frente a su empleador, siéndole imposible discutir de igual a igual el contenido de su contrato. “Los documentos suscritos entre trabajador y empleador pueden reflejar la verdad, pero también pueden ocultarla para eludir el cumplimiento de obligaciones legales u obtener un provecho ilícito”³⁴.

Por lo demás, siendo el contrato de trabajo un contrato de tracto sucesivo, su prolongación en el tiempo puede variar, resultando que la relación originalmente pactada cambie.

Este principio encuentra su asidero legal en los artículos 7° y 8° del Código del Trabajo. El primero define el contrato laboral, mientras que el segundo establece lo que la doctrina denomina “presunción de laborabilidad”³⁵, aquellas situaciones que permiten deducir la existencia de un vínculo regido por el Derecho del Trabajo verificándose los elementos fácticos que la constituyen: “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”.

³³ (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998 pág. 313).

³⁴ (PALAVECCINO CÁCERES, 2006 pág. 6)

³⁵ (ROJAS MIÑO, 2004 pág. 23)

De esta forma el juez, mediante los elementos probatorios que entreguen las partes, deberá determinar la existencia o no de una relación laboral y sus alcances, y no le corresponderá en esta labor, considerar sólo las cláusulas pactadas por las partes en el contrato.

3.12. 5. Principio de la Libertad Sindical

El autor Américo PLA RODRÍGUEZ lo define como: "...el conjunto de derechos que tienen los trabajadores y sus organizaciones para organizarse sindicalmente y para desarrollar actividades sindicales, entre ellas, la negociación colectiva y la huelga"³⁶.

De acuerdo con lo que expone de la definición antes señalada se desprende que la libertad sindical posee dos dimensiones:

a) Dimensión Individual: De conformidad con la cual el derecho a sindicalizarse corresponde a cada trabajador y puede subdividirse en dos tipos:

i. Positiva: Que es el derecho que tienen los trabajadores para constituir asociaciones sindicales o afiliarse a ellas.

ii. Negativa: Es el derecho que tienen todos los trabajadores para no concurrir a la constitución de asociaciones sindicales o no afiliarse a ellas.

b) Dimensión Colectiva: Es aquella que corresponde a las organizaciones sindicales.

³⁶ (PLÁ RODRÍGUEZ, 1998, En PALOMO VELEZ, 2006, pág. 6)

Dicho sea de paso, la doctrina discute la vigencia efectiva de este principio en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

3.12. 6. Principio de Buena Fe en Materia Laboral

Como analizamos al tratar los derechos y deberes de empleador y trabajador, el principio de buena fe es un principio transversal en el derecho chileno, razón por la cual también se encuentra presente en el ordenamiento jurídico del trabajo.

Tal y como enunciábamos, en aplicación del artículo 1546 del Código Civil, entendemos que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe respecto de todas aquellas obligaciones y anexos que emanan de él. Lo anterior es la causa de que tanto al trabajador como al empleador, la ley les exija cumplir con el deber de probidad en la relación laboral, castigando aquellas conductas que implican una actuación de mala fe.

Así, se encuentra proscrito que el trabajador realice conductas atentatorias a la buena fe, tales como la realización de conductas prohibidas en el contrato, actos catalogados como ímprobos, o la negativa injustificada del trabajador para suscribirlo. De la misma forma, se sanciona al empleador que lleva a cabo actos deleznable o hace abuso de las facultades otorgadas por ley.

La consagración de este principio en el Código del Trabajo podemos encontrarla en diversos preceptos, tales como el artículo 9, 37, 160 números 1, 2 y 5, artículo 171, etc.

CAPÍTULO II

EL FRAUDE A LA LEY EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

1. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos pretéritos el hombre ha intentado evadir las consecuencias de las normas que para sí mismo ha dictado, valiéndose de artimañas cada vez más sofisticadas a fin de lograr este objetivo. De este modo, el fraude surge frente a la dicotomía permanente entre el precepto formal y los principios que lo inspiran, entre la ley misma y su espíritu.

Hoy nos enfrentamos a un nuevo contexto, descrito por UGARTE CATALDO como el fenómeno de la “fuga del Derecho Laboral”³⁷, por el cual se persigue trasladar el desarrollo de la relación jurídica fuera del ámbito protector del Derecho del Trabajo hacia áreas de mayor benevolencia en la intensidad de la protección social. De este modo, los elementos diferenciadores del vínculo laboral parecen ceder ante la nueva realidad macroeconómica, la feroz competencia y la promisoría flexibilidad.

El trabajador, que en otros tiempos se aferraba a las garantías que le confería un mínimo e incipiente Derecho Laboral, en ocasiones parece ahora dispuesto a transar y perder tutela en aras de una mejor posición económica, al eludir el pago de cotizaciones previsionales y de salud, y de la permanencia en un cargo.

³⁷ (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 56)

Ante las nuevas necesidades, una de las partes (o ambas) que conforman esta relación jurídica, buscan un instrumento que les permita externamente cumplir con las exigencias legales, pero que aparezca más comfortable para los fines perseguidos.

El entramado de normas legales comunes vendrá a dar solución a estos nuevos requerimientos económicos, y volverá a renacer el Derecho Civil para amparar un vínculo que otrora le perteneció, pero que posteriormente le arrebató el Derecho Laboral, configurándose a su respecto la violación de las normas jurídicas.

De este modo, el fraude se explica en la constante pugna entre el interés general y los intereses propios, hallándose en toda actividad defraudatoria una prevalencia de las afectaciones propias aún en desmedro del bien común. Es entonces que el derecho debe intervenir a fin de hacer prevalecer los intereses generales que se ven expuestos a sucumbir en manos de los individuos inescrupulosos que comenten el fraude.

Así, el encubrimiento laboral se constituye en una modalidad de fraude a la Ley del Trabajo, consiguiéndose este fin a través de la simulación del contrato de trabajo, es decir, su génesis se produce en la etapa de atribución normativa.

La simulación permite este camuflaje laboral cuando, para dar solución a las nuevas pretensiones, resurge la contratación de servicios civiles escondiéndose solapadamente un vínculo de subordinación y dependencia, y se constituye en un mecanismo idóneo para eludir los efectos de leyes laborales y previsionales, ya sea ignorada por trabajadores, ya sea motivada en la obtención de mayores utilidades desde la perspectiva de los propios intereses de uno o ambos contratantes.

No obstante esta arenga contra la defraudación que revela la absoluta necesidad de elementos legales, doctrinales y jurisprudenciales de prevención y reacción al fraude, llama la atención que hay muy poca referencia dogmática y judicial acerca de la naturaleza, contenido y consecuencias del fraude.

En esta sección nos abocaremos a elaborar un análisis dogmático acerca del fraude en general, sus elementos, presupuestos y sanciones; y la manera en que éste se configura solapadamente en la contratación laboral a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios civiles, trastocando la imputación normativa.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FRAUDE A LA LEY

El surgimiento del fraude puede explicarse con la desformalización del Derecho³⁸ que permitía una interpretación de las normas jurídicas y de sus fines, naciendo con ello la alternativa de incoherencia entre el texto literal y los principios que la inspiran, particularmente en el Derecho Continental, donde no existen los mecanismos que permitan resolver los problemas de adecuación de reglas y principios, más propios del *common law*³⁹.

Cabe mencionar que el concepto de fraude surge en el mundo romano. En un comienzo, el *Fraus* implicaba daño. En una época posterior significó engaño. No obstante que todos estos conceptos son distintos entre sí.

Como ya lo hemos referido, en un principio el fraude se vio favorecido por el hecho de hallarse los estados fraccionados en provincias con regulaciones, costumbres y principios bastantes variopintos, lo que permitía a los contratantes alterar las normas que regulan los atributos de la personalidad sólo con mudar la residencia.

Siguiendo al autor FUENTES GUÍÑEZ⁴⁰, enfrentados a esta situación de distorsión del ordenamiento jurídico, la doctrina holandesa desarrolló la noción de fraude como

³⁸ Recuérdese que en la época del Antiguo Derecho Romano el literalismo prescindía de una real voluntad de las partes, considerándose como querido únicamente lo expresado.

³⁹ (ATIENZA, y otros, 2006 pág. 67 y ss.)

⁴⁰ (FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 11)

excepción a la aplicación de la ley relativa al domicilio, cuando las partes hayan tenido la intención de sustraerse a la aplicación de la norma local que les correspondiese.

A su vez, durante el siglo XIX, la jurisprudencia francesa establece excepciones a los efectos del divorcio vincular cuando aquél se ha llevado a cabo con ánimo de eludir la legislación nacional. Luego, es el Derecho Internacional Privado el que favorece el mayor desarrollo de este instituto durante todo el siglo XX.

Según los autores ATIENZA y RUÍZ MANERO⁴¹, cabe distinguir el desarrollo extensional y el desarrollo intensional o de la caracterización. En el primero de ellos, se observa un ensanchamiento y ramificación del fraude de Ley a diferentes esferas del Derecho, principiando por el Derecho Privado para luego irradiar al Derecho Procesal, Derecho Público, Derecho Tributario, etc. Desde una perspectiva intensional, el desarrollo histórico del concepto de fraude parece objetivarse, desligándose de la intencionalidad de su autor y bastando para su configuración la existencia de daño⁴².

3. CONSIDERACIONES PREVIAS

3.1. Ilícitud e Instrumentalización

La consecuencia primaria de toda norma jurídica consiste en generar la necesidad de cumplimiento del precepto contenido en ella. Si los actos del hombre se adecúan a las prescripciones legales reciben se llaman “lícitos” y gozan del amparo del sistema legal. Cuando no se cumple la previsión subsumida en la misma, o cuando se

⁴¹ (ATIENZA, y otros, 2006 pág. 70)

⁴² Sin perjuicio de la opinión que tiene IRUZUBIETA FERNÁNDEZ para quien, si bien es impensable concebir fraude sin perjuicio (método deductivo), es posible conceptualizarlo prescindiendo de sus efectos a través del método vertical inducido por el cual se parte de la abstracción y se aleja un poco de la realidad; aunque reconoce que conviene más a la construcción del concepto el método deductivo. (En IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 68)

consiguen resultados no deseados por la norma jurídica, estamos en presencia de un acto ilícito, calificativo que es el efecto primario de la desobediencia⁴³.

Todo sistema jurídico se compone de dos niveles. Uno es el de las prescripciones. Otro, es el de los principios, los cuales operan delimitando el alcance de las reglas. Así, dentro del campo de la antijuridicidad se presentan dos alternativas de vulneración de la misma. En el primer supuesto, el individuo destinatario de la normativa arroga un comportamiento incompatible con aquella, haciendo lo que el precepto prohíbe ejecutar, o se abstiene de cumplir con lo que la normativa le ordena hacer. En el segundo caso, el sujeto activo del mandato legal intenta burlar o frustrar los fines perseguidos por aquella, consiguiendo con eso un resultado diverso a lo dispuesto por el Legislador. A esto último se denomina Fraude a la Ley.

De este modo, cuando evocamos la idea de fraude a la Ley, nos referimos a la posibilidad de instrumentalización de las normas jurídicas para lograr objetivos contrarios a los principios que subyacen al Derecho. Se trata pues, en los términos de ATIENZA y RUIZ de una vulneración atípica de las normas jurídicas⁴⁴.

3.2. Mecanismos Defraudatorios

Desde una perspectiva semiótica, podemos distinguir dos mecanismos defraudatorios de la Ley: la simulación de un negocio jurídico distinto del deseado o pactado, en cuyo caso existe superposición de dos figuras jurídicas; y aquellos mecanismos que buscan la cobertura formal de una ley para impedir la aplicación de la que se trata de eludir, denominándose esto último fraude en sentido estricto⁴⁵. El

⁴³ (DIEZ-PICAZO, y otros, 1987 pág. 206 y ss.)

⁴⁴ (ATIENZA, y otros, 2006 pág. 74)

⁴⁵ Un buen ejemplo de este tipo se fraude se configuraría cuando, para garantizar con un bien inmueble un mutuo pagadero en cuotas, se celebra un contrato de compraventa junto con un contrato de arriendo con promesa de compra. El deudor del mutuo vende el bien raíz a su acreedor y a la vez se constituye en su arrendatario. El pago de la renta representará la cancelación de cada una de las cuotas del mutuo,

fraude en sentido estricto se consigue en la medida que exista una norma formal de cobertura que permita al sujeto pasivo refugiarse en ella de modo directo, prescindiendo de la simulación⁴⁶.

4. EL FRAUDE A LA LEY

4.1. Concepto de Fraude

4.1.1. Sentido Amplio y Sentido Restringido

En un primer aproximamiento podemos señalar que fraude a la ley “es la conducta humana, intencional o no, que, por acción u omisión, evita la aplicación de la ley a un supuesto determinado en el que el defraudador es parte”.⁴⁷

Sin embargo, la conceptualización no ha estado exenta de debate, razón por la cual los autores suelen diferenciar fraude en sentido amplio y en sentido restringido.

Así, Alexandre LIGEROPOULO señala una definición omnicomprendensiva y otra más restringida. Desde la primera perspectiva afirma que constituye fraude “Toda operación, toda maniobra cuyo objeto es eludir una disposición expresa de ley, o ponerse en condiciones de innovar una ley contrariamente a su espíritu”⁴⁸. Y en

quedándole al deudor primigenio la posibilidad de recuperar el dominio sobre el bien arrendado al cumplirse el plazo estipulado, sin perder la posesión del inmueble. De este modo, el acreedor del mutuo se “ahorra” la tramitación judicial que implica la realización de la hipoteca en caso de incumplimiento, no obstante que la ley prohíbe el pacto comisorio en los típicos derechos reales de garantía.

⁴⁶ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 64)

⁴⁷ (LIGEROPOULO: La Defensa del Derecho Contra el Fraude: Estudio sobre el Problema del Fraude de Ley, 1930. En IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 63)

⁴⁸ (LIGEROPOULO: La Defensa del Derecho Contra el Fraude: Estudio sobre el Problema del Fraude de Ley, 1930 pág. 4. En FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 13)

sentido restrictivo aduce que el fraude consiste en “Actos, reales, queridos y realizados efectivamente, pero combinados de tal manera que, aún siendo lícitos en sí, permiten burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y su fin”.⁴⁹

Dentro de la primera de las definiciones se incluyen todo tipo de fraudes: las falsas declaraciones, los falsos testimonios, el soborno de testigos, etc. También podemos subsumir en este amplio concepto la Simulación, el Abuso del Derecho, y en general, otros ilícitos civiles, que pueden desviar la atención de nuestro análisis. Por ello, en lo que concierne a nuestro estudio, buscaremos un concepto más restringido.

En un intento más pormenorizado, IRUZUBIETA FERNÁNDEZ define el fraude como “Incumplimiento de la ley debido, habitualmente evidenciado por el daño o perjuicio que produce, mediante una conducta simulada que disimula la realidad jurídica subyacente que daría lugar a su aplicación, o mediante la cobertura formal, con o sin simulación, de otra norma con la que se pretende justificar la elusión de aquella o del Ordenamiento Jurídico”⁵⁰.

Para Francisco FERRARA negocios fraudulentos son “negocios reales indirectos, que tienden a conseguir, con la combinación de diversos medios jurídicos seriamente realizados, el mismo resultado que la ley prohíbe, o, por lo menos, uno equivalente”⁵¹.

FUENTES GUÍÑEZ ha elaborado un concepto más acotado, en virtud del cual el fraude a la ley consiste en “el empleo de un acto o combinación de actos, jurídicos y/o fácticos, en sí lícitos y reales, pero que conducen a un resultado prohibido por la ley o análogo a éste”⁵².

Otro autor se refiere: “El fraude de ley se caracteriza por implicar la vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente. Se realiza un determinado acto o

⁴⁹ (LIGEROPOULO: *Ibidem*)

⁵⁰ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 73)

⁵¹ (FERRARA, 1960 pág. 82)

⁵² (FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 15)

actos con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe aquella norma, buscando la cobertura y amparo de la que regula el acto y protege el resultado normal de él, que en el caso concreto satisface el interés de las partes por ser coincidente en la última instancia con el vedado.”⁵³

4.1.2. El Concepto de Fraude en Derecho Laboral

En la doctrina laboralista nacional, el fraude ha sido definido como “el incumplimiento de una norma o principio laboral imperativo, mediante una conducta externa formalmente acorde a otra norma legal que oculta o disimula la elusión de aquella”⁵⁴.

También se ha definido como “la acción u omisión, querida o no, realizada por un sujeto de Derecho a través de medios, reales y serios, y que provocan la frustración de los fines y objetivos últimos de una norma o principio jurídico particular, de naturaleza imperativa, ubicado en el marco de las relaciones ético jurídicas que se desenvuelven en torno al trabajo”⁵⁵.

La Corte Suprema ha señalado que fraude a la ley laboral constituye “la elusión de una norma o principio laboral de carácter imperativo, por la vía de utilizar una norma de cobertura, cuya naturaleza pueda ser cualquiera, ya sea provenga del orden civil, comercial o de cualquier otro”⁵⁶.

Todas estas definiciones están de acuerdo en algo: cuando hablamos de fraude a la ley nos encontramos frente a una violación flagrante del espíritu de una norma, mas no de su texto, de tal suerte que no puede reprobarse directamente la conducta.

⁵³ (DIEZ-PICAZO, y otros pág. 207)

⁵⁴ (LIZAMA PORTAL, y otros, 2007 pág. 118)

⁵⁵ (BARRERA FIERRO, y otros, 2009 pág. 50)

⁵⁶ (CORTE SUPREMA. Fallo de 27 de diciembre de 2005. Causa Rol N° 2354-2005)

Para finalizar nuestro análisis, coincidimos con UGARTE CATALDO: “La respuesta va por la siguiente vía: el fraude laboral es un fraude a la ley como cualquier otro, pero que se produce dentro de lo que denominamos derecho del trabajo y cuyo elemento tipificante, para ser más exactos, corresponderá a la naturaleza laboral de la norma defraudada”⁵⁷.

Tal conclusión nos obliga a adentrarnos en la Doctrina General del Fraude a la Ley para luego proceder a una investigación más pormenorizada y pertinente al derecho del trabajo.

4.1.3. La Simulación y el Encubrimiento de la Relación Laboral

Al escuchar el vocablo simulación, podemos argüir que su sentido natural y obvio consiste en una “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”⁵⁸, concepto que de por sí es autárquico, pero que sin embargo, resulta insuficiente para el objeto de este estudio. Por ello, menester es referirnos a la definición clásica que ha formulado FERRARA: “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”⁵⁹.

De acuerdo a la concepción tradicional que los dogmáticos del derecho han elaborado con respecto a la simulación, las principales modalidades de ésta se refieren a la existencia del acto, a su naturaleza o a las personas de los contratantes, debiendo existir un concierto de voluntad entre los autores.

⁵⁷ (UGARTE CATALDO, 2003 pág. 7).

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia Española [en línea] <<http://www.rae.es/rae.html>> [consulta 02 julio 2012]

⁵⁹ (FERRARA, 1960 pág. 105).

En cuanto a la materia que nos concierne, hemos dicho que la simulación en materia laboral debe ser tratada como una modalidad de fraude, aún cuando la doctrina tradicional insista en darle independencia.

No obstante esta distinción metodológica, la teoría de la simulación se ha venido a tratar y construir como una especie diferenciada del fraude a la ley.

Dada la complejidad de esta institución, resulta imposible para los efectos de este estudio ejecutar un profundo análisis de ellas. Por tales razones, nos abocaremos a una breve síntesis de la simulación, y demostraremos porqué debe ésta subsumirse dentro del concepto de fraude a la ley en materia laboral.

Volvamos a la tradicional definición del Derecho Privado utilizada ampliamente por la doctrina nacional que construyó FERRARA: “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”⁶⁰.

La doctrina nacional del Derecho Privado incluye a la simulación dentro de las sanciones civiles, y a su respecto ha distinguido las siguientes modalidades⁶¹:

- Simulación absoluta, que consiste en hacer aparecer ante los demás un contrato que las partes jamás han celebrado.
- Simulación relativa, cual implica ocultar un contrato verdaderamente efectuado mediante la apariencia de otro fingido. A diferencia de la simulación absoluta, aquí sí existe un acto real oculto por el acto ostensible.

⁶⁰ (FERRARA, 1960 pág. 105)

⁶¹ (Al respecto, seguiremos la sistematización hecha por LARRAÍN RÍOS, 1994 pág. 411 y ss.)

- Simulación lícita, se produce cuando el acto simulado no se encuentra en pugna con ninguna disposición legal ni persigue el perjuicio de terceros. Si bien su delimitación conceptual es inocua, su existencia jurisprudencialmente se ha reconocido y ella es el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad.
- Simulación ilícita, por el contrario, opera cuando se persigue la elusión de una normativa o bien con la finalidad de perjudicar los intereses ajenos.

El autor DUCCI CLARO⁶² afirma que la ilicitud de la simulación estará determinada por el perjuicio de terceros o por constituirse en fraude a la ley. A mayor abundamiento, la ilicitud provendrá de que el acto real viole la norma por falta o ilicitud en el objeto o causa, o bien por contravención de una prohibición legal⁶³.

Siguiendo a DUCCI CLARO, el acto simulado es un acto unitario y bilateral, siempre deseado por ambas partes, lo cual permite diferenciar la simulación del error y del dolo. Con respecto al engaño, señala este autor que “el ánimo de engañar a terceros es también elemento de la simulación, lo que no implica necesariamente el espíritu de perjudicar a esos terceros. Cabe señalar que no es necesario que el engaño se produzca realmente, ni que se obtenga en realidad el beneficio perseguido con él para que se configure la simulación⁶⁴”.

Hechos estos esclarecimientos, y para efectos de delimitar nuestro campo de estudio, podemos separarnos del concepto y caracteres civilistas de la simulación, y entenderla en materia laboral como una modalidad de fraude a la ley, dadas las diferencias entre la simulación desde una perspectiva civil y desde el punto de vista del Derecho del Trabajo.

⁶² (DUCCI CLARO, 2005 pág. 360)

⁶³ (Esto se desprende de la sistematización de los artículos 1467, 1682 y 1683 del Código Civil.)

⁶⁴ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 358)

En primer lugar, la simulación de derecho privado es siempre bilateral; en cambio, cuando nos enfrentamos a la simulación como una forma de encubrimiento de la relación laboral, ésta puede ejecutarse aún unilateralmente, en atención a la relación de verticalidad existente entre las partes que la distingue de los contratantes de derecho civil.

Otro aspecto diferenciador entre la simulación civil y la simulación como encubrimiento laboral, es que aquella puede revestir la calidad de lícita; en cambio, desde la perspectiva de derecho del trabajo, siempre conlleva cierto grado de ilicitud.

Por último, la simulación contiene un elemento volitivo de engaño; el encubrimiento de la relación laboral, a su tiempo, puede presentarse prescindiendo de la voluntad de las partes, y, como veremos, la tendencia del derecho actual es precisamente objetivar esta noción, de tal suerte que basta la existencia de perjuicio a los intereses de la sociedad aún con ausencia de consciencia por parte de los autores.

Al respecto, cabe mencionar la definición que hace el autor UGARTE CATALDO respecto del encubrimiento de la relación laboral, entendiéndose éste como la “superposición de una figura contractual de signo no laboral, por sobre la relación efectiva de trabajo, con el fin de esconder o mantener oculta esta última, eludiendo la aplicación del régimen tuitivo del Derecho del Trabajo”⁶⁵.

De este modo, la simulación como encubrimiento de la relación laboral es diversa de la simulación clásica, y se asemeja mucho más al concepto de fraude. En atención a tales consideraciones, nuestra investigación tratará a la simulación en materia laboral como una especie de fraude.

4.2. Naturaleza

⁶⁵ (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 56)

Existe una pluralidad de posturas con respecto a la figura del fraude a la Ley. En ambos extremos se hallan aquellos que niegan su existencia, y aquellos que lo reconocen como un instituto auto valente.

Así, la Doctrina de la Inexistencia propugnaba restarle cualquier efecto, argumentando principalmente lo siguiente:

- Carencia de base legal. Los Códigos en los sistemas jurídicos romano-continenciales, carecen de la alusión propia "*Fraus Omnia Corruptit*", esto es, el fraude todo lo corrompe. Sólo se limitaron a individualizar casos puntuales.
- Necesidad de protección de la certeza jurídica que resultaba amenazada con el instituto del fraude, que forzaba ejecutar una labor adicional de pesquisa de la intencionalidad de las partes.
- La instrumentalización de las normas es una actividad válida.

En tanto, la escuela de la interpretación de la ley propugnaba por el pleno reconocimiento del fraude de ley, basándose en que, cuando se presenta éste, sólo basta dar una acertada interpretación a las leyes que subyacen a la relación contractual para descubrirlo.

La Doctrina de la Causa Ilícita surge entre aquellos autores que propugnan por definir el fraude en base de un elemento intencional. Para ellos, el fraude existe y puede ser sancionado en la medida que éste deriva de una causa ilícita, comprendiéndose por esta, las motivaciones individuales que pudieren afectar a los contratantes. Tal postura es aplicada por los autores italianos, pues su Código Civil les permite sancionar con causa ilícita los contratos celebrado en contravención de la ley.

Por último, se encuentra la Doctrina de la Autonomía del Fraude a la Ley. Según ésta, el fraude contiene suficientes elementos que le conceden un aspecto diferente de cualquier otra institución, razón por la cual debe ser considerada como una figura autónoma. Para los efectos de este estudio, nos parece acertada esta postura.

4.3. Elementos del Fraude

Hemos dicho que el fraude constituye una figura autónoma por cuanto contiene en sí mismo una serie de elementos que permiten diferenciarlo de cualquier otro instituto jurídico. Sin embargo, los autores no están contestes en cuanto al número y contenido de cada uno de ellos, si bien hay corrientes con mayor cantidad de adherentes.

Es posible establecer como elementos comunes a todo fraude de ley, la norma eludida, el medio empleado y la intencionalidad. Otra parte de la doctrina adiciona a ellos la sanción, el perjuicio y la necesidad.

4.3.1. Norma Eludida.

4.3.1.1. Elusión de Norma Imperativa.

Como hemos visto, este elemento es, sin duda, de la más absoluta esencia del fraude a la ley. Siempre habrá un precepto burlado de manera indirecta, ya sea prohibitivo o imperativo.

Ahora bien, el asunto no es tan sencillo como parece, ya que cuando nos pronunciamos al respecto, tratamos de contestar la pregunta ¿Qué leyes hay que defender del fraude y por qué?

Hay autores que afirman que sólo puede serlo la norma prohibitiva que proscribe un resultado práctico, no así la que sólo prohíbe un medio a utilizar.

Al respecto, menester es recordar las definiciones sobre el particular que hace la doctrina civilista. DUCCI CLARO afirma que normas imperativas “son las que imponen la obligación de hacer algo o el cumplimiento de un requisito”⁶⁶; y las prohibitivas como aquellas que “contienen el mandato de no hacer algo y no lo permiten en ninguna circunstancia”⁶⁷.

No obstante las aclaraciones precedentes, la opinión mayoritaria⁶⁸ se inclina por afirmar que la discusión es estéril, toda vez que la clasificación tripartita de las normas en prohibitivas, permisivas e imperativas carece de asidero científico: cuando la ley establece ciertos requisitos para la ejecución de ciertos actos, en el fondo está prohibiendo que se realicen sin cumplir con los requisitos establecidos.

Por otra parte, desde una perspectiva pragmática, recuérdese que fraude a la ley incluye no sólo la obtención de un resultado en particular, sino que también otro equivalente a éste, con lo cual es irrelevante si la norma prohibitiva burlada proscribe o no un resultado particular.

Pero existe una trascendencia al diferenciar la naturaleza de la norma eludida y cuál es el interés que protege, y ella estriba en las eventuales sanciones que pueda dar lugar. En general, si se trata de una norma prohibitiva, la consecuencia de su elusión será la nulidad (Artículos 10, 1466, 1682 del Código Civil); en cambio, la sanción de una norma imperativa dependerá de cuál es el interés que subyace a ellas: nulidad en

⁶⁶ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 60)

⁶⁷ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 59)

⁶⁸ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 53)

caso de interés general; responsabilidad, inoponibilidad, limitación de los medios probatorios, etc. cuando sólo miren el interés particular⁶⁹.

4.3.1.2. Norma Eludida en Materia Laboral

En este punto quisiéramos detenernos un momento en el análisis de la naturaleza jurídica del Ordenamiento Jurídico Laboral.

Tradicionalmente, la pregunta se ha intentado responder analizando si el Derecho del Trabajo forma parte del Derecho Público o del Derecho Privado.

El Derecho Público se ha definido como “el que regula la organización y funcionamiento del Estado, o sea, de las autoridades públicas y sus relaciones entre sí y con los particulares”⁷⁰. Por su parte, el Derecho Privado “es aquél que regula las relaciones de los particulares entre sí”⁷¹.

Al respecto, una de las corrientes propugnaba por incluir el Derecho del Trabajo dentro del Derecho Público, atendido el carácter imperativo de las normas que lo conforman, su relación con el Derecho Constitucional y el indubitado interés social que subyace al mismo. En el otro extremo, encontramos la tendencia de subsumirlo como Derecho Privado, que se fundamenta en atención a la naturaleza de los sujetos que forman parte de la relación laboral. Ambas posturas han sido abandonadas por la unanimidad de la doctrina.

La opinión mayoritaria afirma que nos encontramos frente a un Derecho Mixto, con instituciones pertenecientes a ambas esferas jurídicas. Aducen que el Derecho del Trabajo ostenta figuras propias del Derecho Privado, como son la libertad en la

⁶⁹ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 62)

⁷⁰ (LARRAÍN RÍOS, 1994 pág. 13)

⁷¹ (LARRAÍN RÍOS, *Ibidem*)

contratación y la relación entre particulares. Sin embargo, hay otros tópicos fundamentales en su estructuración que pertenecen a la Orbe Pública, como son ciertos derechos sindicales, la protección social y los contratos colectivos. Esta corriente es la de mayor adherentes en nuestro país.

Por último, algunos autores aducen que debemos considerar al Derecho del Trabajo como un nuevo derecho, un género por completo diferente, con elementos y caracteres distintivos, que no le permiten ser subsumido en las clásicas ramificaciones. Se basan en motivos histórico-sociológicos que explican el surgimiento del Derecho del Trabajo e inspiran sus principios tan particulares, lo que lo convierte en un derecho social en el cual coexisten armónicamente regulación heterónoma (preceptos constitucionales y legales) con regulación autónoma; el aspecto individual y el de índole colectivo. Partidarios de esta tesis son Sergio GAMONAL CONTRERAS y Gabriela LANATA FUENZALIDA.

Ahora bien, la opinión mayoritaria reconoce la existencia de preceptos de derecho privado y de derecho público coexistiendo dentro del Ordenamiento Jurídico Laboral, así como normas dispositivas, imperativas y prohibitivas, razón por la cual lo llaman de Derecho Mixto. Por otra parte, hemos señalado que la distinción entre la naturaleza de la norma eludida tiene relevancia por los efectos sancionatorios a que puede dar lugar la vulneración. Entonces surge la necesaria interrogante: ¿Toda normativa laboral merece la misma protección frente al engaño, aún las prescripciones dispositivas? ¿Podemos clasificar a todos los cánones del Derecho del Trabajo como de interés general para los efectos de aplicar la sanción al fraude?

Estamos claros que, cuando se trata de disposiciones imperativas o prohibitivas (de derecho necesario, como refieren los autores españoles), éstas son suficientes para alegar la concurrencia de un fraude a la ley laboral. Sin embargo, el escenario se complejiza al referirnos a las normas de corte dispositivo, especialmente cuando nos enfrentamos a estadios previos a la celebración de un contrato de trabajo, pues es en la libertad contractual donde se esgrimen las normas dispositivas.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación positiva no es suficiente en el Derecho Laboral, pues éste se caracteriza por ser un derecho dinámico, en constante evolución⁷². Una normativa basada exclusivamente en texto expreso, adolecería de una rigidez incompatible con la naturaleza y finalidades del derecho del trabajo; obstaculizaría la labor jurisdiccional y alejaría de su brazo protector los nuevos mecanismos de contratación y las fluctuantes relaciones sociales. De ahí que, conjuntamente con los preceptos positivos, se encuentren los principios del derecho del trabajo.

Los principios del Derecho del Trabajo han sido definidos por Américo PLÁ como “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”⁷³. En el Derecho Nacional, PALAVECCINO afirma que “Los principios son formulaciones de la justicia, cuya aplicación permite determinar lo justo en el caso concreto, esto es, realizar la equidad”⁷⁴

Reiteramos que la particularidad de tales directrices es que son propias del Derecho del Trabajo y colaboran a darle su fisonomía distintiva. Desde la perspectiva del derecho sustantivo laboral son: el principio de la irrenunciabilidad de los derechos, el principio protector, el principio de continuidad de la relación de trabajo, el principio de la primacía de la realidad y el principio de la buena fe.

Si bien históricamente el fraude implica la transgresión de una norma positiva, en Derecho Laboral los sujetos de derecho no sólo son capaces de vulnerar texto expreso, sino que también pueden contravenir los principios esenciales que nutren esta área jurídica.

⁷² (HUMERES NOGUER, 2009 pág. 100)

⁷³ (PLÁ, 1998 pág. 14)

⁷⁴ (PALAVECCINO CÁCERES, 2006 pág. 3)

El estado actual de las circunstancias hace absolutamente necesario que la vulneración de estos principios es equiparable a la transgresión de un precepto positivo, razón por la cual los incluimos dentro del elemento “Norma Eludida”.

Sin embargo, no nos apresuremos aún en establecer la concurrencia del fraude ante la presencia de una norma positiva o un principio esencial transgredido. También es necesario que se den todos los restantes supuestos para declarar su existencia.

4.3.2. Medio Empleado.

Con este término nos referimos al elemento que permite al individuo evitar la aplicación de la ley a un supuesto determinado en el que es parte.

4.3.2.1. Características

No cualquier mecanismo permite la acreditación –y consecuente sanción- del fraude a la ley. No es suficiente la existencia de una figura que permita el amparo al infractor. Por el contrario, el medio empleado debe revestir las siguientes características:

- a) Por regla general debe tratarse de actos jurídicos⁷⁵, manifestados como acciones u omisiones.

⁷⁵ Puede utilizarse hechos y actos jurídicos de manera simultánea o consecutiva. Sin embargo, no es claro si los hechos de manera aislada permiten tal finalidad. Al respecto, Fernando Fueyo en su libro “El Fraude a la Ley” afirma que es posible esta hipótesis y cita como ejemplo el fingimiento de la competencia del Oficial del Registro Civil para la petición de la Nulidad Matrimonial. Rodrigo FUENTES GUÍÑEZ lo descarta pues carece del distintivo de licitud y realidad que exige la configuración del fraude. Para nosotros, este ejemplo pierde asidero con la entrada en vigencia de la actual Ley de Matrimonio Civil que elimina tal posibilidad.

b) Reales: El medio empleado debe tener existencia jurídica y no consistir en mecanismos falsificados.

c) Lícitos: El medio empleado siempre será lícito, y tal licitud es la que confiere al fraude su fisonomía característica y permite diferenciarlo de otros mecanismos de quebrantamiento de ley, como son las falsas declaraciones, los falsos testimonios, el soborno de testigos, y en general, otros ilícitos civiles.

d) Indirectos. El medio empleado debe permitir el quebrantamiento de la ley de manera oblicua.

e) Eficaces. Tanto desde una perspectiva material como jurídica el medio empleado debe producir el resultado contrario a la finalidad perseguida por tal precepto, o uno equivalente.

La doctrina denomina al medio empleado ley de cobertura y su instrumentalización viene a amenazar la eficacia misma de la ley defraudada. Se constituye así en un refugio inatacable, al menos, formal y directamente, y obliga a la persecución de la intencionalidad del Legislador o a pesquisa de las motivaciones del agente.

4.3.2.2. El Medio Defraudatorio en el Derecho del Trabajo.

El medio empleado para la configuración del fraude a la ley, en lo que concierne a la esfera del Derecho del Trabajo, debe revestir las mismas características ya referidas: debe tratarse de actos jurídicos (por regla general), lícitos, reales, indirectos y eficaces.

Sin embargo, aún puede existir fraude a la ley mediante hechos: Rodrigo FUENTES GUÍÑEZ en su obra "El Fraude a la Ley", menciona que eventualmente podría utilizarse un hecho aislado para lograr la defraudación de la ley: la interpretación de la ley. (FUENTES GUÍÑEZ, 1993)

La práctica demuestra que muchas veces los individuos defraudadores se valen de una pluralidad de actos jurídicos conjuntos o sucesivos que pueden pertenecer a cuerpos normativos de diversa índole a fin de obtener el resultado prohibido por el ordenamiento laboral o uno equivalente.

4.3.3. Intencionalidad

Cuando evocamos el término intención, queremos indagar en el fuero interno del sujeto defraudador, en una búsqueda de la premeditación en la obtención de un resultado idéntico o al menos equivalente al proscrito por una disposición legal.

Esta parte de nuestro análisis tiene por objeto esclarecer si es necesario que el autor o las partes que ejecutan un negocio en fraude a la ley, hayan tenido la intención de eludir la aplicación de una norma. Los autores no están de acuerdo.

4.3.3.1. Teoría Subjetiva

Esta doctrina considera que el elemento intencional es esencial para la configuración del fraude a la ley, de tal suerte que no se concibe sin él, y es precisamente este elemento el que permite diferenciar el fraude de un negocio en principio, lícito, real y verdadero.

En esta corriente se encuentran los autores italianos, debido a que su legislación reputa ilícita la causa en aquellos contratos que se celebran como medio de elusión de la aplicación de una norma imperativa.

En doctrina nacional, merece especial mención lo postulado por ARREDONDO LAGOS⁷⁶ quien establece la intención fraudulenta como un requisito configurativo del fraude, y ésta se traduce en “la voluntad de un individuo de sustraerse de una regla obligatoria y de poner en ejecución ciertos medios desleales con la esperanza de lograr resultados contrarios a derecho”⁷⁷.

En este punto de análisis, nos parece acertado destacar el matiz de diferencia que refiere FERRARA al afirmar que es un elemento de la conducta fraudulenta la intención de las partes de sustraerse a la fuerza coactiva del derecho, pero no es esencial la conciencia de que se persigue un fin prohibido⁷⁸.

Por su parte, el autor SANTORO se muestra partidario de esta doctrina, definiendo el negocio en fraude como “Aquél por medio del cual se intenta eludir una norma imperativa que prohíbe conseguir con el negocio un resultado determinado, persiguiendo un resultado análogo”⁷⁹

4.3.3.2. Teoría Objetiva

¿Es necesaria la pesquisa de la intención o propósito de violar la norma para la configuración del fraude? La Teoría Objetiva responde negativamente, y permite a sus partidarios la determinación del fraude con la ponderación de los resultados, bastando que éstos sean iguales o equivalentes a los prohibidos por la ley.

⁷⁶ Es interesante la comparación que hace esta autora del fraude, la buena fe y el dolo: “Cuando se realiza un acto fraudulento, no se ha respetado el aspecto subjetivo ni objetivo del principio de buena fe (...) a pesar de existir una relación jurídica auténtica, no existe o ha dejado de existir ese refrescante espíritu del principio de la buena fe” (página 29). Con respecto a la diferenciación con el dolo, señala que éste “es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente y que, por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal. El fraude, en cambio, tiene una naturaleza esencialmente objetiva y no viene sino a ser el resultado de la acción dolosa.” (ARREDONDO LAGOS, 1982)

⁷⁷ (ARREDONDO LAGOS, 1982 pág. 34)

⁷⁸ (FERRARA, 1960 pág. 80)

⁷⁹ (SANTORO: Doctrina Generales del Derecho Civil. 1964 pág. 225. En: FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 13)

Se rechaza la Teoría Subjetiva por varios motivos:

- i. Obliga a la indagación de los móviles del o los contratantes, tarea ajena a las labores jurisdiccionales.
- ii. La búsqueda de un propósito es un difícil asunto probatorio, de por sí inescrutable;
- iii. La malicia sólo puede cuestionarse cuando exista un deber previo y un conocimiento cierto de respetar la ley;
- iv. Desde una perspectiva teleológica, la finalidad del instituto del fraude es conseguir la integridad del ordenamiento jurídico, y éste pierde fuerza si queda circunscrito a la verificación de premeditación. Además, del concierto o intención maliciosa se encargan otras instituciones.

Tales inconvenientes se evitan si se prescinde de las motivaciones de los individuos que logran defraudar la legislación.

En el Derecho Español destaca la doctrina de Federico DE CASTRO Y BRAVO, para quien “no es necesario que la persona que realice el acto en fraude tenga, ni menos que se demuestre su intención de infringir la ley”⁸⁰.

Al respecto, DIEZ-PICAZO y GULLON⁸¹ destacan la sentencia de 13 de junio de 1959 del Tribunal Supremo Español que recoge esta doctrina y establece que “no es necesario que la persona que realice el acto o actos en fraude tenga la intención o conciencia de burlar la Ley, ni consiguientemente la prueba de la misma, porque el fin

⁸⁰ (DE CASTRO Y BRAVO, 1991 pág. 611)

⁸¹ (DIEZ-PICAZO, y otros, 1987 pág. 209)

último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes no la represión del concierto o intención maliciosa de que se encargan otras instituciones.”⁸²

El autor FUENTES GUÍÑEZ se muestra partidario de esta doctrina, pues “de lo que se trata es de mantener la integridad del ordenamiento jurídico y no castigar intenciones. La buena o mala fe de las partes tendrá importancia para determinar los efectos de las sanciones que será más grave para los sujetos de mala fe; pudiendo, si se reúnen los requisitos, contraer la responsabilidad por delito o cuasidelito; pero no podrá dejarse, a pretexto de la falta de intención, impune el acto violatorio de la ley”⁸³.

En este punto quisiéramos destacar el resguardo que recomienda tomar LIGEROPOULO, quien sostiene que la doctrina objetiva no debe tomarse de manera absoluta, pues hay un gran número de ocasiones en que no cabría forma de sancionar el fraude a la ley si no fuese por la ponderación de la intención, pues “el fraude existe la más de las veces y la complicación del camino lo hace presumir”⁸⁴

En una postura más mesurada, encontramos la de FUENTES GUÍÑEZ⁸⁵, para quien lo natural es no considerar los propósitos o intenciones, sino preocuparse por mantener el respeto al imperio de la ley, pero no se puede negar a priori cualquier excepción a la regla.

En similares términos se muestra Rafael IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, para quien es necesario adoptar la cautela de “la generalización frente a la maximalización que pondría el rechazo absoluto de la tesis objetiva”⁸⁶.

4.3.3.3. El Elemento Intencional en Sede Laboral

⁸² Fallo del Tribunal Supremo Español de 13 de junio de 1959.

⁸³ (FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 31)

⁸⁴ (LIGEROPOULO: La Defensa del Derecho Contra el Fraude: Estudio sobre el Problema del Fraude de Ley, 1930 pág. 13 y 14. En FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 13 y 14)

⁸⁵ (FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 32)

⁸⁶ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 66)

El debate forense nacional no ha sido fecundo en este asunto. La jurisprudencia tiende a calificar como simulados los actos cuestionados, dando un matiz subjetivo de la teoría del fraude. Si bien persiste la confusión de las dos figuras en sede laboral, es auspicioso destacar que los Tribunales Laborales están cada día mostrándose más proclives a la aceptación de la teoría objetiva⁸⁷.

4.3.4. Perjuicio

¿Procede sancionar un fraude cuando no exista daño o perjuicio para otro? ¿Es plausible accionar el engranaje del Garante del Derecho (por regla general, los Tribunales) aún cuando no resulten intereses vulnerados?

Si bien conceptualmente es posible desvincular el concepto de fraude de su consecuencia de perjuicio, construyéndolo deductivamente al conjugar la obligatoriedad de las leyes, el fin social del Derecho y la relación de los sujetos con ambos tópicos; a nuestro entender, y considerando la presunción de la Buena Fe que atraviesa todo el Ordenamiento Jurídico, estimamos que no es posible desligar el perjuicio del fraude a la ley.

Por ello, hemos decidido incluir este elemento para la configuración y represión del fraude, y que no debe confundirse con aspectos volitivos. En efecto, cuando hablamos de postura subjetiva nos adentramos en el fuero interno del defraudador. Cuando nos preguntamos acerca de los daños, miramos el resultado del actuar defraudador.

⁸⁷ (BARRERA FIERRO, y otros, 2009 pág. 29)

Coincidimos con IRUZUBIETA FERNÁNDEZ⁸⁸ en que siempre que exista fraude habrá un perjuicio real. En última instancia, se afectará el interés de todo el Ordenamiento Jurídico, de la Comunidad completa.

Entonces, ¿Cuál es el sentido de distinguir el perjuicio? La importancia de comprender en el concepto el daño o perjuicio y de identificarlo, estriba en estadios de incertidumbre de su existencia o de los alcances del mismo.

En materia laboral, la carga de la prueba del perjuicio para la configuración del fraude en la contratación corresponderá casi siempre al trabajador, y éste es fácil de acreditar en la medida que se demuestre que el contrato pactado implica una mayor economía para el empleador.

Y aunque es difícil imaginar, puede darse el caso contrario, en que el contrato civil o comercial ofrezca mayores ventajas. IRUZUBIETA FERNÁNDEZ afirma que en este supuesto no puede alegarse la existencia del fraude a la ley, pues carece del perjuicio que permite accionar⁸⁹.

Enfrentados a este supuesto, a una conclusión similar arribamos al utilizar el Principio Protector del Derecho del Trabajo, en virtud del cual debe aplicarse la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa, aún cuando en abstracto no corresponda aquello. Luego, si el trabajador no se encuentra perjudicado por una situación de fraude a la ley laboral, aunque ésta exista, no es procedente que en la búsqueda del restablecimiento del derecho, los alcances del mismo le afecten y le resten beneficios.

4.3.5. Necesidad

⁸⁸ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 67 y ss.)

⁸⁹ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 78)

Algunos autores exigen el requisito de la Necesidad del fraude a la ley, de tal forma que sólo puede ser sancionado en la medida que no exista otro mecanismo que permita su corrección.

Se refiere a NIBOYET como exponente de esta postura, quien exige que se persiga la sanción al fraude en la medida que sea necesario, sólo en aquellos casos en que no se disponga de ningún otro medio que permita el restablecimiento del derecho⁹⁰.

Como ya puede anticiparse, y coincidimos en esto con RETAMAL y MELLA⁹¹ y con FUENTES GUÍÑEZ⁹², creemos que no corresponde exigir el requisito de la Necesidad para la represión del fraude a la ley.

Una de las características del fraude a la ley, es que se vale de un medio lícito para vulnerar oblicuamente una norma o un principio, y este carácter es el que le da la fisonomía y confiere amparo “legal” al sujeto defraudador. Desde esta perspectiva, el fraude siempre será necesario y el único medio para revertir una apariencia de legitimidad.

Por lo tanto, si se reúnen todos los elementos configurativos del fraude debe ser perseguido y sancionado, prescindiendo de la eventual concurrencia de otros mecanismos impugnatorios.

4.4. Sanción al Fraude

⁹⁰ (NIBOYET, 1928 pág. 455 y 456. En: FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 33)

⁹¹ (BARRERA FIERRO, y otros, 2009 pág. 32)

⁹² (FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 33)

La mayor parte de los textos legales carece de una consagración expresa de esta institución, lo que ha llevado a que sea la doctrina y la jurisprudencia la que ha elaborado los mecanismos a través de los cuales se restablece el imperio del derecho.

Para efectos de nuestro estudio, en este capítulo nos limitaremos principalmente a estudiar las reacciones en abstracto que se presentan en el sistema jurídico, y dejaremos para el próximo apartado las sanciones que se plantean en el Derecho del Trabajo a propósito de la suscripción de un contrato de prestación de servicios civiles, esto es, en el fraude a la ley laboral al inicio de la imputación normativa.

4.4.1. Reacción Jurisdiccional

La primera cuestión a dilucidar cuando nos preguntamos del modo en que podemos sancionar el fraude a la ley, es si para combatirlo es necesario un remedio especial del orden jurídico o es suficiente la intervención de los órganos llamados a ejercer jurisdicción, usualmente los Tribunales de Justicia.

Al respecto, cobra vital importancia la labor interpretativa que desempeñan los Jueces.

4.4.1.1. Interpretación Positiva

Hemos ya señalado que el fraude a la ley es una vulneración del espíritu de una norma, mas no de su texto. Recordemos que el negocio en fraude no confronta a la ley que pretende eludir, sino que busca refugio en otras leyes y/o principios del ordenamiento jurídico, lo que lo torna disperso, escurridizo, engañoso.

Por ello, la tarea de aprehender el concepto de fraude no nos permite prescindir del adecuado análisis de la voluntad del Legislador en la norma defraudada y en la norma de cobertura⁹³, y la búsqueda de esta voluntad legislativa se ejecuta principalmente a través de la interpretación de la ley.

Como tradicionalmente ha señalado la doctrina civilista, interpretar la ley consiste en fijar su verdadero sentido y alcance⁹⁴, labor radicada principalmente en los Tribunales de Justicia.

Es precisamente en esta labor interpretativa que entendemos que “si el juez ha de aplicar la ley, no a la letra, sino según su contenido espiritual, debe negar eficacia a aquellos negocios que, si bien no son prohibidos directamente, producen bajo otra forma los mismos resultados”⁹⁵.

En el cumplimiento de esta gestión, la judicatura debe ponderar no los móviles psicológicos de las partes, sino examinar si un resultado objetivo contraviene o resulta incompatible con una finalidad prohibida en la legislación, o al menos, una equivalente.

De este modo, al ser el fraude un problema que surge en la aplicación del derecho, la interdicción de éste “se transforma en un principio dirigido a los jueces, y en general, a los órganos aplicadores”⁹⁶.

4.4.1.2. Interpretación Negativa

Pero este trabajo interpretador no sólo permite establecer los casos en que nos enfrentamos a un fraude, sino que también nos sirve para esclarecer y excluir aquellos

⁹³ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 69)

⁹⁴ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 82)

⁹⁵ (FERRARA, 1960 pág. 83)

⁹⁶ (ATIENZA, y otros, 2006 pág. 84)

que no lo son. Consecuentemente, podemos afirmar que no existe fraude en las siguientes situaciones:

a) Cuando se presentan normas contradictorias originadas en errores gramaticales o en las desorganizaciones del Sistema Jurídico.

b) Es inconcebible fraude sin perjuicio⁹⁷, por lo tanto, deben conocerse los intereses que subyacen a toda regulación para establecer su concurrencia y en última instancia, delimitar los alcances.

c) El ejercicio de una facultad no confrontada en la misma regulación con una norma de cobertura, no constituye fraude, sino una contradicción normativa.

d) Tampoco existe fraude en aquellos casos en que la ley permite a las partes optar entre muchos medios que conducen a un mismo fin y ellas escogen los que son más ventajosos⁹⁸.

Estas consideraciones obligan a efectuar un acucioso examen de índole estrictamente técnico-jurídico a fin de delimitar la voluntad del Legislador en cada uno de los casos sospechosos de fraude. Una caracterización exagerada de éste, hecha por individuos inexpertos, con motivaciones político-administrativas, tornaría en estéril cualquier delimitación conceptual, y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica.

El adecuado concepto de fraude no puede ser manipulado por mucho que se persiga proteger al trabajador. Los jueces no pueden obviar las delicadas normas de interpretación.

⁹⁷ No obstante la opinión en contra. Véase Nota N° 42

⁹⁸ (ARREDONDO LAGOS, 1982 pág. 39)

4.4.2. Reacción Forense

Hemos dicho que debido a la casi inexistente regulación positiva del fraude a la ley, ha sido la jurisprudencia y los catedráticos quienes han elaborado las sanciones que deberían ser aplicadas para restablecer el imperio del derecho.

Nos toca ahora adentrarnos en la doctrina jurídica, y seguiremos el esquema confeccionado por Rodrigo FUENTES GUÍÑEZ⁹⁹:

4.4.2.1. Doctrina de la Nulidad

Según los autores que apoyan esta doctrina, el fraude a la ley debe ser sancionado con la nulidad. De este modo, se niega eficacia a un negocio jurídico para evitar que con éste se logre el incumplimiento de una norma imperativa.

Siguiendo a FUENTES GUÍÑEZ, la Escuela Italiana ancla su postura en el artículo 1344 del Código Civil Italiano que señala que los actos en fraude a la ley adolecen de causa ilícita, cuya sanción lógica es la nulidad.

En cuanto a los autores españoles, en un primer momento la nulidad constituía la sanción por antonomasia para los actos ejecutados contra la Ley, y tenían su asidero en el antiguo artículo 4° del Código Civil Español¹⁰⁰.

En este sentido se pronunciaron multiplicidad de Sentencias del Tribunal Supremo Español. En muchas de ellas, se descubría el fraude en el negocio disimulado, mientras que en otras se atiende al fraude como determinante de la ilicitud de la causa;

⁹⁹ (FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 35 y ss.)

¹⁰⁰ Artículo 4° del Antiguo Código Civil Español señalaba “Son Nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto a la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez (...)”.

y finalmente en otras se había considerado el negocio especialmente por su carácter fraudulento¹⁰¹.

Sin embargo, el año 1974 el Código Civil Español sufre una reforma¹⁰², cuyo tenor permite flexibilizar la postura imperante hasta ese entonces, pues se entregará la sanción a la norma defraudada, y sólo residualmente operará la nulidad.

No obstante la plausibilidad que presenta esta sanción en derecho común, resulta incompatible con los fines protectores del derecho del trabajo.

Como enseña el autor DUCCI¹⁰³, la nulidad, como sanción, tiene ciertas características:

- Es una pena de índole civil, es de derecho estricto y siempre debe interpretarse limitadamente.
- El acto produce todos sus efectos en tanto no se declare su validez.
- La declaración sólo puede ser pronunciada por un juez.
- Se sana por el lapso de tiempo.
- Sólo ciertas personas están legitimadas para alegarla.
- Su declaración sólo aprovecha a las personas en cuyo favor fue declarada.

¹⁰¹ (DE CASTRO Y BRAVO, 1991 pág. 375 y 376)

¹⁰² Luego de la reforma de 1974, se trasladó la referencia al fraude a la Ley al actual artículo 6° N° 4 del mismo cuerpo legal, que reza: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

¹⁰³ (DUCCI CLARO, 2005 pág. 331 y ss.)

- Una vez declarada, los efectos del acto se extinguen, volviendo los contratantes al estado anterior al de la celebración.

Estas características y efectos de la nulidad, resultan incompatibles con los principios de irrenunciabilidad de los derechos laborales y el principio protector: los órganos fiscalizadores tendrían nulas facultades en la pesquisa y denuncia del fraude a la ley laboral; se limitarían las atribuciones judiciales al momento de constatar su ocurrencia; y transcurridos 10 años de vínculo laboral encubierto en fraude a la ley, el trabajador resultaría absolutamente imposibilitado para defender sus derechos.

Sin embargo, la peor consecuencia de esta nulidad de derecho privado aplicada al ámbito laboral, estriba en que esta sanción elimina el acto, retrotrayendo a las partes a un estado anterior a la contratación fraudulenta, y ese efecto por sí sólo aleja al trabajador del entramado protector que precisamente busca generar la tipificación del fraude a la ley laboral: la reconducción del vínculo. O dicho de otro modo, los efectos supresores de la nulidad como pena al fraude son incompatibles con la finalidad de la pesquisa de éste: develar un vínculo laboral encubierto y lograr un retorno a la sede protectora.

4.4.2.2. Doctrina de la Inoponibilidad

Otra sanción que se ha elaborado en las aulas del Derecho, es aquella que considera que la nulidad es un castigo excesivo, por lo cual procede aplicar la inoponibilidad del acto celebrado en fraude a la ley.

Entre los autores nacionales se ha postulado que nuestro ordenamiento acoge esta postura con ocasión del fraude pauliano¹⁰⁴.

¹⁰⁴ (DOMÍNGUEZ ÁVILA: Fraus omnia corrumpit. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil, 1993 pág. 28 y 29. En: FUENTES GUÍÑEZ, 1993 pág. 36)

Compartimos la crítica que ejecuta el autor FUENTES GUÍÑEZ, y consideramos que descartar una sanción por el hecho de considerarla excesiva constituye un juicio de valor y no una reflexión jurídica. Por otra parte, si se contempla un castigo específico para el fraude pauliano, cuál es la inoponibilidad, debemos mesurar nuestro entusiasmo y discurrir que se trata de una sanción para ese fraude en particular.

No existe evidencia jurídica adicional que permita hacer extensiva la inoponibilidad para el resto de los actos cometidos en fraude a la ley.

4.4.2.3. Doctrina de la Aplicación de la Ley Defraudada

Algunos autores afirman que la sanción al fraude a la ley debe tener como objetivo el restablecimiento del imperio del derecho. Para lograr este objetivo debe aplicarse con eficacia la norma cuya elusión se perseguía, y por lo tanto, la sanción de los actos ejecutados en fraude a la ley será la misma que se establece para los actos que violan directamente la ley.

En términos similares se pronuncian ATIENZA y RUIZ, para quienes la pesquisa del fraude impone la obligación a los jueces de anular los negocios realizados en fraude de ley o de aplicar a los mismos las normas que se habrían tratado de eludir, siempre con el propósito de evitar un resultado injusto¹⁰⁵.

En la doctrina nacional, el profesor Fernando FUEYO¹⁰⁶ lo resume del siguiente modo:

¹⁰⁵ (ATIENZA, y otros, 2006 pág. 84)

¹⁰⁶ (FUEYO LANERI. El Fraude a la Ley, 1991 pág. 28)

- i. El acto o contrato que aparece regido por una norma de cobertura, dejará de estarlo.
- ii. Referido acto o contrato subsistirá, pero será regulado por otra normativa, la debida; salvo que se trate de un acto incompatible con aquella, en cuyo caso, también debe ser declarado nulo.
- iii. En cualquier caso se aplicará el precepto debido, previa interpretación e integración del sistema normativo.

Estimamos que esta sanción resulta más acorde con los principios del derecho del trabajo, y permitiría la reconducción del vínculo fraudulento y encubierto hacia la regulación laboral.

4.4.2.4. Doctrinas Modernas

En el seno del Derecho Internacional Privado han surgido nuevas normativas, diferentes al derecho positivo de los Estados que participan de la Comunidad Internacional.

RETAMAL y MELLA¹⁰⁷ destacan que los nuevos criterios marchan por la adopción del siguiente mecanismo sancionatorio:

- Un efecto negativo, por el cual se enerva la aplicación de la norma a la que el sujeto quiso someter en fraude; y
- Un efecto positivo, por el cual se prescribe la aplicación de la norma querida por el Legislador.

¹⁰⁷ (BARRERA FIERRO, y otros, 2009 pág. 31)

De este modo, se restablece la normalidad del derecho mediante la impugnación sólo de los medios defraudatorios y quedan indemnes el resto que no se encuentren en vinculación directa.

5. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CIVILES COMO FRAUDE A LA LEY LABORAL.

5.1. Antecedentes

Frente a las demandas sociales que trajo consigo la revolución industrial, que amenazaban con desestabilizar el sistema productivo, el Derecho fue utilizado como mecanismo político de contención, mediante el aseguramiento de un mínimo de protección de intereses de las clases sociales más débiles.

Como relata LANATA FUENZALIDA, el Derecho del Trabajo nace como la culminación en la búsqueda del cese de la lucha de clases, “casi como una concesión de la burguesía para obtener la paz social”¹⁰⁸.

En un primer momento, a finales del siglo XIX, el Estado llevó a cabo un exiguo amparo de los trabajadores mediante la dictación de normas dispersas, destinadas a grupos específicos. Los civilistas de la época intentarán encuadrar esta nueva realidad obrera en una categoría olvidada del derecho romano: la *conductio locatio*, que distinguirá entre el contrato de obra (*locatio operis*) y el contrato de trabajo (*locatio operarum*).

¹⁰⁸ (LANATA FUENZALIDA, 2007 pág. 2)

La dicotomía radicaba en que, en el contrato de obra, el trabajador perseguía un objetivo específico, que podría ser material o consistir en prestación de un mero servicio, como el transporte de una cosa. En cambio, en el contrato de trabajo, el elemento distintivo era la “disponibilidad de la fuerza de trabajo del trabajador a favor del empleador, es decir, por la actividad laboral misma”¹⁰⁹.

Sin embargo, esta categorización de la nueva realidad social no se apartará del Derecho Civil, sino que seguirá circunscrita al concepto tradicional de arrendamiento de servicios.

En un momento posterior, el elemento jurídico que permitirá el nacimiento y expansión del Derecho del Trabajo, vendrá dado por el concepto de subordinación y dependencia. Nacerá entonces el Derecho Laboral común a obreros y empleados.

De este modo, el Derecho del Trabajo permite dejar atrás el esquema de libertad contractual imperante, consagrando un intervencionismo estatal en la relación laboral que se fundamenta en la paz y justicia social.

Como ya hemos señalado, en la actualidad existe unanimidad doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo. Asimismo, dejamos atrás los intentos primigenios por subsumir el contrato de trabajo en alguno de las figuras jurídicas tradicionales del derecho privado. Hoy prima aquella posición que considera a esta convención como un contrato autónomo con modalidades especiales y propias¹¹⁰.

5.2. Surgimiento de la Relación Jurídica Laboral.

¹⁰⁹ (RIVAS, D: La Subordinación: Criterio Distintivo del Contrato de Trabajo, 2001 pág. 55. En: UGARTE CATALDO, 2007, pág. 23)

¹¹⁰ (NOVOA FUENZALIDA, y otros, 1997 pág. 57 y ss.)

El profesor HUMERES define la relación laboral como aquella “que se produce entre la empresa y los trabajadores; y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquéllos, reconociéndoles derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico” ¹¹¹.

Es necesario recalcar que no todo vínculo de prestación de servicios queda amparado bajo el Derecho Laboral. En este sentido, LANATA FUENZALIDA es enfática: “En conclusión, es posible afirmar que el trabajo objeto de regulación por el Derecho del Trabajo es libre, productivo, realizado por cuenta ajena, en condiciones de subordinación respecto de otra persona, manual o intelectual y en el marco del sector privado. Si no se dan estas características, y siendo de relevancia jurídica, un trabajo podrá ser regulado por el derecho civil, comercial, administrativo, etcétera, pero no por el derecho laboral.”¹¹²

De este modo, en primer término se excluye del ámbito de aplicación del Derecho Laboral aquellos contratos pertenecientes a la órbita del Derecho Civil, pues es imposible que el Derecho pueda obviar la autonomía de la voluntad de que gozan las personas y que los faculte a darse normas para la regulación recíproca de sus relaciones. Uno de esos casos es el contrato de prestación de servicios. Por otra parte, también se excluye a los trabajadores del sector público, quienes son regidos por la Ley de Bases Generales de la Administración.

Es en este ejercicio de la libertad contractual que los individuos pueden optar por la protección de sus intereses. En ocasiones, la celebración de contratos atípicos se enmarca dentro del legítimo ejercicio de la autonomía de la voluntad, momento en el cual son las propias partes las que establecen un mínimo regulatorio, con el único límite de respetar el orden público, la ley o las buenas costumbres.

¹¹¹ (NOVOA FUENZALIDA, y otros, 1997 pág. 100)

¹¹² (LANATA FUENZALIDA, 2007 pág. 4)

Otras veces, la etapa de imputación normativa finaliza premeditadamente en la subsunción de una relación laboral en otra de corte civil con el propósito de eludir los efectos tuitivos del derecho del trabajo.

Las normas protectoras del derecho del derecho del trabajo implican un costo y un obstáculo para la maximización de la productividad del empleador, de ahí que éste intente evitar su aplicación y busque amparo en figuras más benignas a sus intereses. Para el trabajador, la modificación formal de la relación jurídica también puede resultar atractiva, principalmente por la elusión del pago de cotizaciones previsionales las cuales son de su cargo.

Estamos entonces, en presencia de un tipo de fraude a la ley laboral, donde confluyen todos los supuestos que permiten determinar su existencia y hacer absolutamente necesaria la potestad sancionatoria para restablecer el imperio del derecho:

Norma Eludida:

Cuando se produce el ocultamiento de una relación laboral bajo un vínculo de otra especie, se vulnera, por una parte, el principio de primacía de la realidad al que nos hemos referido, y el texto positivo que le otorga –principalmente- sustento: 8° y 9° del Código del Trabajo.

Asimismo, este proceder atenta contra los artículos 1°, 7° y 8° del Código del Trabajo, entre otras normas.-

¿Reviste referida regulación la cualidad de ser derecho necesario?

Para contestar esta interrogante menester es considerar que el Ordenamiento Jurídico del Trabajo no suprime la voluntad de la personas para contratar en materia civil, comercial o en cualquier otra sede, razón por la cual la anulación del contrato civil o comercial no implica una reconducción necesaria al Derecho del Trabajo.

Como destaca IRUZUBIETA FERNÁNDEZ¹¹³, el juego de normas dispositivas, imperativas y prohibitivas del Trabajo desarrollan toda su eficacia una vez iniciada la relación laboral, pero precisamente las normas dispositivas y de Derecho Privado confluyen en el momento previo a la contratación, partiendo en la elección del co-contratante, razón por la cual cabe la pregunta si las mismas son suficientes para configurar el fraude a la Ley Laboral, y arrastrar así, al resto de estipulaciones a la sede tuitiva del Derecho del Trabajo.

¿Estos preceptos dispositivos del Derecho del Trabajo permiten configurar la figura del Fraude a la Ley Laboral, de tal modo que su sanción permite per se cambiar la calificación de una relación jurídica civil o de otra índole?

La respuesta es afirmativa, sin embargo, el fundamento es diverso según cuál sea la naturaleza que atribuyamos al derecho del trabajo.

Si optamos por estimar que el Derecho del Trabajo es un Derecho Social, de orden público, un *tertium genus* que busca equiparar a los intervinientes en la relación laboral en aras de la justicia social; cualquier norma es suficiente para configurar y sancionar la figura del Fraude a la Ley, pues todas ellas, incluyendo lo dispuesto por los artículo 1°, 7° y 8° del Código del Trabajo.

De este modo, el Derecho del Trabajo se erige como una manifestación del orden público social que acarrea la imperatividad de las normas jurídicas por sobre la autonomía de la voluntad; y así previene la “fuga del Derecho Laboral” custodiando y atrayendo hacia su esfera regulatoria todas las relaciones que nazcan bajo los

¹¹³ (IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, 1989 pág. 76 y ss)

presupuestos esenciales de su concurrencia, aunque a veces signifique la vulneración del principio de autonomía de voluntad¹¹⁴.

De este modo, dándose los elementos de prestación de servicios personales, una remuneración como contrapartida y la existencia del vínculo de subordinación y dependencia, debe trasladarse la relación a la esfera del Trabajo. Ese es precisamente el espíritu de la presunción de laborabilidad del artículo 8 del Código del Trabajo, “conclusión que, por lo demás, es independiente de la declaración que hubiesen hecho las partes y que implica, además, la aplicación del principio de supremacía de la realidad”¹¹⁵.

Así, no es dable, en este escenario de razonamiento, diferenciar entre el carácter dispositivo o imperativo en el nacimiento de la relación laboral. Cualquiera sea la naturaleza de tales preceptos que se elude, es suficiente para configurar el fraude a la ley y generar las sanciones que permitan su reconducción al Derecho Protector del Trabajo. Otra conclusión tornaría en estéril la inquisición del fraude en el Derecho Laboral, porque es precisamente en la determinación del vínculo donde éste manifiesta su plena eficacia.

Del mismo modo, para quienes califican el Derecho del Trabajo como un derecho mixto, con instituciones de derecho público y derecho privado coexistiendo, el ordenamiento positivo sólo establece parámetros mínimos obligatorios, mientras hace subsistir la autonomía privada en una serie de aspectos autorizados. Como efecto de tal premisa encontramos que la posibilidad de elusión sólo se presenta respecto de las normas de derecho necesario, aquellas que imponen, proscriben o sancionan, marginando en tales áreas la autonomía de la voluntad y sometiéndolas a su potestad.

De la misma manera, la doctrina mayoritaria explica que la vulneración de preceptos imperativos y prohibitivos resultan aptos para alegar la concurrencia de

¹¹⁴ (LANATA FUENZALIDA, 2007 pág. 7 y ss.)

¹¹⁵ (ROJAS MIÑO, 2004 pág. 23)

fraude a la ley laboral. Y en lo referente a las normas de índole dispositiva, éstas quedan a resguardo mediante las reglas que sancionan el encubrimiento o cualquier otro medio, como son precisamente los artículos 1°, 7° y 8° del Código del Trabajo¹¹⁶.

A su turno, el principio de la primacía de la realidad operará permitiendo la adecuada calificación de un vínculo constitutivo de una relación laboral. En este supuesto nos encontramos con una serie de hechos conexos, los cuales debidamente ponderados permitirán efectuar la correcta imputación normativa.

En definitiva, tal entramado no responde a adjetivaciones dispositivas, sino que involucra un interés público, una necesidad de protección y custodia de los derechos laborales. Especialmente cumple esta tarea la presunción de laborabilidad del artículo 8°: no se desestiman las etapas pre contractuales, sino que la ley, por su sólo ministerio, le confiere eficacia como mecanismo de reconducción y retrotracción al derecho laboral de vínculos amparados con sello ajeno al derecho del trabajo, como es el contrato de prestación de servicios civiles. Prueba de ello es que la presunción legal opera sin necesidad de acreditación¹¹⁷.

Medio Empleado:

El medio empleado en este supuesto consiste en la celebración de un contrato de prestación de servicios civiles, normada en los artículos 2006 y siguientes del Código Civil¹¹⁸, lo que ya hemos referido como “encubrimiento de la relación laboral”.

¹¹⁶ (BARRERA FIERRO, y otros, 2009 pág. 129 y ss.)

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Si bien también pueden utilizarse figuras de corte mercantil, verbigracia, contrato de comisión (Art. 233 y ss. Código de Comercio).

Como dijimos, no es suficiente la existencia de una figura que permita el amparo al infractor, sino que es necesario también que el medio empleado revista las siguientes características: actos jurídicos reales, lícitos, eficaces y que permitan el quebrantamiento normativo de manera indirecta.

En la medida que un contrato de prestación de servicios civiles ostente tales cualidades, será útil para la existencia y subsistencia del fraude a la ley laboral.

No estaremos, pues, en presencia de un fraude si, por ejemplo, la contratación de servicios civiles se ejecuta con un incapaz absoluto o tiene un objeto imposible. En estos casos no se configura la defraudación que nos permita la reconducción al derecho laboral, sin perjuicio de la utilización de otras alternativas para destruir el acto viciado.

Intencionalidad

Es frecuente que los empleadores celebren contratos de prestación de servicios civiles con trabajadores recién contratados, transformándose éstos en contratos “a prueba”. A menudo, las partes están de buena fe y lo convienen creyendo que es el mecanismo legítimo pues les permite mayor variabilidad de trabajador y empleador.

Sin embargo, el carácter custodio protector del derecho del trabajo no permite a las sujetos obviar las normas mínimas, y aún estos contratos deben ser radicados en la orbe del derecho laboral con prescindencia de la aquiescencia de las partes, razón por la cual, y de conformidad a la doctrina objetiva, siempre que se presenten los supuestos constitutivos de un vínculo laboral, con independencia del parecer de los contratantes, y sin importar lo que éstas dispongan, se configurará un fraude a la ley laboral.

En definitiva, como los contratos en derecho son lo que son, y no lo que las partes dicen que son, cuando se subsume un contrato de trabajo en uno de prestación de servicios civiles, estamos en presencia del elemento intencional objetivo que hace plausible denunciarlo como fraude a la normativa del trabajo.

Perjuicio

Creemos que es necesario que se vislumbre el perjuicio para accionar de fraude a la ley laboral, aún cuando es difícil imaginar bajo qué condiciones un contrato de signo civil ofrecerá mayores beneficios y garantías para el contratante débil, normalmente el trabajador.

Por eso, la regla general será que cuando se encubre un contrato de trabajo podemos presumir que siempre habrá perjuicio, pues tras estas normas de derecho sustantivo hay un interés social y colectivo que se lesiona cada vez que es burlado el principio de primacía de la realidad, sin perjuicio que se trata de una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario.

En definitiva, es fácilmente constatable la concurrencia de este elemento.

De este modo, el contrato de prestación de servicios civiles se constituye en el mecanismo por antonomasia en virtud del cual, empleadores y trabajadores logran escapar de la regulación tuitiva del derecho del trabajo. Entonces se hace necesario sancionar, retrotraer y reconducir al derecho laboral un vínculo de sello civil, tanto en su génesis como en sus efectos.

En el próximo apartado estudiaremos de qué forma han reaccionado los órganos del Estado y qué patrones han construido para denunciar y restablecer el imperio del derecho cuando se produce fraude en la imputación normativa.

CAPÍTULO III
CRITERIOS DIFERENCIADORES
DE UN VÍNCULO LABORAL Y DE UNO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Hemos descrito latamente las razones y los mecanismos que utilizan las partes para eludir los efectos y derechos que genera un contrato de trabajo. Uno de esos métodos consiste en la instrumentalización de fórmulas basadas en otras instituciones de nuestro Derecho, como es el caso del Contrato de Prestación de Servicios Civiles.

Cuando la defraudación se origina en el nacimiento de la relación, sus efectos son mucho más nocivos, pues se extienden desde el momento mismo de la imputación normativa hasta su terminación. En otras palabras, el fraude al inicio de la convención faculta a las partes a determinar las reglas y principios rectores de toda la relación durante su génesis, desarrollo y conclusión. Este tipo de convenio se constituye en un Fraude a la Ley, entendiéndose éste como el cumplimiento formal de una norma, pero con vulneración de los fines y el espíritu perseguidos por el sistema jurídico.

Todo ello ha tornado absolutamente necesaria la existencia de mecanismos que impidan o atenúen la concurrencia de la defraudación de la Ley, o en último caso, que permitan revertir los nocivos efectos de su configuración. Como señaló FERRARA “El fraude muda el estado de hecho regulado por la ley, en forma tal que ésta resulta inaplicable”¹¹⁹. Entonces, urge la intervención del sistema, ya sea mediante la misma Ley que aparece burlada –al menos en su espíritu-, por medio de la actuación de los

¹¹⁹ (FERRARA, 1960 pág. 80)

órganos llamados a sancionarla e interpretarla, o bien a través de las construcciones hechas por los dogmáticos del Derecho. Todos son llamados a defender el espíritu del Legislador.

He ahí la razón por la cual los órganos jurisdiccionales han debido buscar fórmulas para restablecer el imperio del Derecho, principalmente mediante la aplicación de la Teoría de la Realidad Aparente, en cuya virtud se han desprendido aspectos objetivos comunes y distintivos de un contrato de trabajo.

Sin embargo, en la esfera social también es posible que los abusos vengan incluso de aquellos que lucen más débiles, lo que ha obligado al establecimiento de otras teorías y criterios para evitar que cualquier contrato de prestación de servicios civiles se transforme en un contrato de trabajo.

Nuestro análisis surge en medio del razonamiento que ejecutan los Garantes del Derecho Laboral, del cual se desprenden criterios que se pueden volver determinantes a tiempo de esclarecer un difuso límite entre ambos tipos de regulaciones; criterios que se convierten, desde una perspectiva pragmática, en los estandartes de la represión del fraude en la contratación.

De esta manera, mientras la Ley, los Tribunales de Justicia y los Órganos Fiscalizadores nos permiten vislumbrar ciertos parámetros objetivos; surgen las soluciones para diferenciar la verdadera naturaleza de un contrato, la consecuente represión del fraude a la ley laboral que se genera en el momento de la atribución normativa y la reconducción del vínculo a la sede tuitiva.

Aquí expondremos algunos de esos criterios diferenciadores de un vínculo civil y uno laboral.

2. POSICIÓN LEGAL

2.1. Presunción de Laborabilidad

Nuestro Legislador reconoce los riesgos de dejar al libre albedrío de las partes la celebración de un contrato de trabajo, por ello contempla la presunción legal de laborabilidad, de existencia del contrato de trabajo. Lo anterior es perfectamente concordante con la naturaleza protectora del Derecho del Trabajo, y la circunstancia de que es el Estado el que dirige la relación, constituyéndose en una importante limitación a la autonomía de la voluntad.

De este modo, se mantiene la libertad contractual en el contrato de trabajo, pero se la restringe a la elección del co-contratante y otros aspectos no regulados expresamente por el Código del Trabajo, quedando proscrito a los sujetos naturalizar la unión regente y determinar la atribución normativa.

Para el Derecho del Trabajo es de suma trascendencia que la integridad de la relación laboral resulte protegida desde su concepción. Por eso la ley está facultada para atribuir -por su sólo ministerio- naturaleza laboral a cualquier vínculo jurídico una vez que se verifiquen ciertos elementos propios de la unión laboral.

El entramado de preceptos laborales es armónico a tiempo de velar por esta finalidad.

En primer término, encabezando el cuerpo normativo, y con poderosa fuerza atrayente, dispone nuestro Código del Trabajo en su artículo 1º “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias.” Luego, el artículo 7º define el contrato individual de trabajo como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan

recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

Corona esta acápite del Título I del Libro I, referido a las Normas Generales del Contrato Individual de Trabajo, el artículo 8º que afirma “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”; consagrando así, una presunción –simplemente legal- que permite establecer, una vez verificada la concurrencia de los elementos propios del contrato de trabajo, la existencia de una relación regida por el Derecho del Trabajo, aún en contra de la voluntad de sus contratantes.

Es decir, bastará la ponderación de los hechos constitutivos de cualquier relación jurídica para que la Ley pueda conceder virtud protectora, prescindiendo de la calificación formalista de las partes.

Pero el Derecho del Trabajo va más allá, y concilia la necesidad probatoria de escrituración con la realidad fáctica de un contrato laboral, señalando en el artículo 9º del Código del ramo que “El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito (...)”. Así, la representación formal de una relación laboral se constituye en un mecanismo de prueba, y no determina, en modo alguno, la génesis ni la legitimidad de un contrato de trabajo.

Nuestro Código no consagra otro mecanismo de represión ni recoge las sanciones que la doctrina ha planteado al fraude, sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras concedidas a la Dirección del Trabajo, las cuales se verán más adelante.

Sin embargo, la ley permite el amparo y el redireccionamiento del vínculo fraudulento hacia su sede, estableciendo elementos objetivos, reveladores y propios de un contrato de trabajo, revestidos de una presunción legal que se traduce en una fuerza atrayente y recondutora -de rango legal- hacia el Derecho Laboral de cualquier convención que oculte un contrato de trabajo.

3. POSICIÓN ADMINISTRATIVA

3.1. La Dirección del Trabajo

Previo a ahondarnos en las soluciones y criterios diferenciadores de un vínculo laboral y uno civil, estimamos necesario referirnos brevemente a explicar éste órgano y describir cuáles son sus atribuciones principales.

Nuestro Legislador la define en el Artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el cual dispone: “La Dirección del Trabajo es un Servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social con el cual se vincula a través de la Subsecretaría de Trabajo.(...)”. Hecho esto, el mencionado precepto pasa a describir las funciones que le corresponden.

A su tiempo, el artículo 2° del Decreto Ley N° 3551 de 1981, señala que este servicio y otros más “(...) serán instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actividad. Estas instituciones serán denominadas para todos los efectos legales, como "Instituciones fiscalizadoras" y el domicilio de ellas será la ciudad de Santiago (...)”

Como apreciamos, el recién citado artículo caracteriza a la Dirección del Trabajo como una “Institución Fiscalizadora”, le confiere autonomía, independencia y personalidad jurídica (y consecuente patrimonio propio), y lo somete al Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Como todo organismo del Estado, está sometido al principio de legalidad consagrado en el artículo 7° de la Código Política de la República, razón por la cual sus funciones y competencias sólo pueden ejercitarse en la medida que exista un precepto legal que lo llame a cumplirlas.

3.2. Funciones y Competencias

Como habíamos dicho, el citado artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en su inciso segundo, fija las funciones de la Dirección del Trabajo, estableciendo:

“Le corresponderá particularmente, sin perjuicio de las funciones que leyes generales o especiales le encomienden:

- a) La fiscalización de la aplicación de la legislación laboral;
- b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo;
- c) La divulgación de los principios técnicos y sociales de la legislación laboral;
- d) La supervigilancia del funcionamiento de los organismos sindicales y de conciliación, de acuerdo con las normas que los rigen, y
- e) La realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo”.

No obstante esta enumeración de sus atribuciones, cabe destacar que ella no es taxativa, siendo frecuente que el Legislador le confiera otras atribuciones en diversos cuerpos normativos y en mismo Código del Trabajo¹²⁰.

También encontramos las siguientes funciones principales en el Código del Trabajo: Artículo 503: “Las sanciones por infracciones a la legislación laboral y de seguridad social y a sus reglamentos, se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores del trabajo o por los funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe.”; y el Artículo 505 inciso primero: “La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen.(...)”

De la confrontación de estos preceptos citados y de otros muchos que le confieren atribuciones a la Dirección del Trabajo, podemos agrupar las competencias de este órgano¹²¹. Cabe señalar que sólo haremos un pequeño esbozo explicativo de las mismas, toda vez que el objetivo de nuestro análisis no nos permite extendernos más allá:

- i. Función Fiscalizadora: La Dirección del Trabajo deberá velar por la aplicación y cumplimiento del bloque de legalidad laboral, como se desprende del referido artículo 1° inciso segundo letras a) y d) del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

¹²⁰ La Ley 20.123 modificó el Código del Trabajo otorgando una serie de atribuciones a la Dirección del Trabajo en materia de subcontratación, *verbi gracia*, la constitución de un patrimonio de afectación a su nombre por parte de la empresa de Servicios Transitorios para responder por las obligaciones legales y contractuales de ésta con sus trabajadores transitorios (Artículo 183 J del Código del Trabajo).

Un ejemplo de funciones dispersas conferidas en diversas normativas, se encuentra en el artículo 185 de la Ley N° 18.933, que dispone que la Dirección del Trabajo debe fiscalizar el cumplimiento de la declaración y pago de las cotizaciones previsionales de salud a que están obligados los empleadores respecto de sus dependientes afiliados.

¹²¹ En esta materia, seguiremos el esquema general planteado por la autora VARELA VARGAS, Priscilla en “La Dirección del Trabajo. Funciones, Atribuciones y Algo Más” [en línea] <http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2004/varela_p/html/index-frames.html> [consulta: 21 de julio de 2012].

ii. Función Sancionadora: Esta función constituye una necesaria consecuencia del ejercicio de su potestad fiscalizadora. Se lleva a cabo mediante procedimientos administrativos que pueden concluir en multas cursadas a través del propio inspector del trabajo, tal y como se desprende del citado artículo 503 del Código del Trabajo.

iii. Función Denunciante a los Tribunales de Justicia: Constituye otra necesaria consecuencia a la función fiscalizadora. En virtud de ésta, la Dirección del Trabajo se encuentra obligada a denunciar ciertas irregularidades ante los Tribunales del Trabajo, garantizando así una adecuada protección de los derechos de los trabajadores. Ejemplo de esta atribución se encuentra en el artículo 292 del Código del ramo, que dispone que el Servicio deberá denunciar al tribunal competente los hechos que estime constitutivos de prácticas antisindicales o desleales, de los cuales tome conocimiento.

iv. Función Interpretativa: En el ejercicio de esta atribución, el Servicio está facultado para actuar de oficio o a petición de parte en el establecimiento del sentido y alcance de un precepto de índole laboral. Se materializa a través de Dictámenes vinculantes.

v. Función Informadora: Los Tribunales de Justicia y ciertos órganos del Estado están facultados para requerir informe de la Dirección del Trabajo en asuntos que les compete, según se desprende de diversos preceptos, tales como el artículo 13 del Código del Trabajo que dispone que el Ministerio del Trabajo, previo informe de la Dirección del Trabajo, determinará las actividades consideradas como peligrosas para la salud y el desarrollo de los menores de 18 años; y el artículo 223 del mismo cuerpo legal, que establece que el Tribunal del Trabajo deberá resolver la reclamación a la observaciones referidas a la constitución de un sindicato, previo informe de la Dirección del Trabajo.

vi. Función de Ministro de Fe: La normativa laboral asigna a los fiscalizadores de la Dirección del Trabajo el carácter de ministros de fe, lo que significa que los hechos que ellos constaten en el desempeño de su cargo estarán revestidos de una presunción -simplemente legal- acerca de su veracidad. Hallamos esta consagración en el artículo 218 del Código del Trabajo: “Para los efectos de este Libro III serán ministros de fe, además de los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del Registro Civil y los funcionarios de la Administración del Estado que sean designados en calidad de tales por la Dirección del Trabajo.”

vii. Función Conciliadora y de Mediación: A la Dirección del Trabajo debe velar porque las partes en disputa puedan llegar a una solución equitativa, oportuna y legítima. A esta solución puede arribarse a través de la conciliación individual, contemplada en los artículos 497 y siguientes del Código del ramo. Es el método de solución de conflictos utilizado por este Servicio en cada una de sus inspecciones, constituyéndose en una salida alternativa a la judicialización de las pretensiones. Por su parte, la mediación laboral también es un medio de solución de conflictos colectivos de trabajo, pero esta vez la solución se produce mediante la intervención de un tercero imparcial.

viii. Función de Buenos Oficios: El artículo 374 bis dispone que dentro de las 48 horas siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes podrá solicitar al Inspector del Trabajo competente la interposición de sus buenos oficios con el fin de facilitar el acuerdo entre ellas. El efecto de este requerimiento es que genera la suspensión del comienzo de la huelga y hace surgir una nueva oportunidad de seguir negociando.

ix. Función de Análisis: La Dirección del Trabajo está dotada de un equipo multidisciplinario de estudios, departamento que opera para formular, sistematizar y desarrollar políticas públicas en el ámbito laboral. Constituyen una manifestación

de esta función las publicaciones “Cuadernos de Investigación” y “Temas Laborales”.

x. Función de Asistencia Técnica: En virtud de esta función, la Dirección del Trabajo asesora y orienta a los trabajadores, empleadores y sindicatos, en asuntos referidos a legislación laboral y previsional.

Hecho este breve bosquejo de las funciones de la Dirección del Trabajo, pasaremos a analizar de qué forma algunas de ellas han establecido criterios para zanjar y esclarecer el difuso límite entre un contrato de prestación de servicios civiles celebrado en fraude a la ley laboral, permitiendo la reconducción del vínculo.

3.2.1. Ejercicio de las Funciones Fiscalizadora, Interpretadora y Sancionadora en la Calificación de los Hechos de un Contrato.

Reiteramos que la Dirección del Trabajo es un órgano del Estado, razón que la obliga a someterse al principio de legalidad en su proceder. Entonces, menester es pasar a analizar bajo qué precepto legal pueden actuar los fiscalizadores del Servicio para la interpretación y calificación de los hechos constitutivos de un contrato.

Al evocar el término “fiscalizar”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos advierte que significa: “Criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”¹²². La Dirección del Trabajo la ha definido como “el proceso metódico, en virtud del cual se controla la aplicación de las disposiciones legales y convencionales, por cuyo cumplimiento corresponde velar a los servicios del trabajo”¹²³. Por su parte,

¹²² (Diccionario de la Real Academia Española [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=fiscalizar>> [consulta 02 julio 2012])

¹²³ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. “Dictamen ORD. N° 4.968/335”. Boletín Oficial N° 144. Departamento Jurídico. Santiago de Chile, 2000, pág. 101)

cuando evocamos el término “interpretar”, como hemos ya referido, aludimos a fijar el verdadero sentido y alcance de una norma.

Con respecto a la fiscalización, estimamos que es el mismo artículo 2° del Decreto Ley N° 3551 en su letra a), el que faculta a la Dirección del Trabajo para efectuar la vigilancia de la aplicación de la legislación laboral, y al resultar éste un concepto amplio, permite plenamente subsumir la indagación del encubrimiento de una relación civil a las competencias fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo.

En lo que concierne a la facultad interpretadora de la ley laboral, ella se encuentra contemplada en el mismo precepto 2° del Decreto Ley N° 3551 en su letra b); y ésta, concatenada a los artículos 1°, 7° y 8° del Código del Trabajo, confiere potestad al Servicio para cotejar los antecedentes de hecho recogidos por sus fiscalizadores y dilucidar los supuestos de hecho que relevan un vínculo laboral oculto en un contrato de prestación de servicios civiles.

Por último, la potestad sancionadora del fraude a la ley en el evento de un encubrimiento del vínculo laboral, encuentra su asidero en el artículo 507 del Código del Trabajo cuyo inciso segundo señala: “El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado (...).

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.

El empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores quienes podrán demandarlas, en juicio ordinario del trabajo, junto con la acción judicial que interpongan para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso segundo.”

Consideramos que, cuando se celebra un contrato de prestación de servicios civiles para encubrir un contrato de trabajo, se configura un subterfugio al cual refiere el inciso segundo y tercero del citado artículo 507, que permite eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tales como higiene y seguridad, condiciones de empleo, jornada de trabajo, estabilidad en el empleo. Ergo, es plenamente procedente que actúe la potestad fiscalizadora y luego sea aplicada la respectiva multa.

Como vemos, la conjugación de la función fiscalizadora, interpretadora y sancionadora, permite a la Dirección del Trabajo la constatación del encubrimiento de la relación laboral contenida en un contrato de prestación de servicios civiles, mediante el establecimiento de los elementos propios y distintivos de la relación laboral: prestación de servicios personales, remuneración correlativa y el vínculo de subordinación y dependencia.

El entramado de estas disposiciones aludidas ha permitido a la Dirección del Trabajo el revelamiento y persecución del encubrimiento de la relación laboral y su posterior sanción, a través de dos mecanismos: la calificación de la naturaleza de un contrato, y la calificación y constatación de los hechos constitutivos de un contrato de trabajo.

a) Calificación de la Relación Contractual Pactada.

A través de este mecanismo, la Dirección del Trabajo pondera y evalúa los hechos contenidos en un contrato de sello no laboral, y luego determina si corresponde que

ellos sean subsumidos en aquél. Es decir, su actuación se produce en la medida que exista un vínculo civil -o de otra índole- fraudulento. Encontramos la siguiente jurisprudencia administrativa que mencionamos a vía ejemplar:

“(...)La Dirección del Trabajo ha tenido ocasión ya de pronunciarse en forma reiterada acerca de la materia planteada en la impugnación, concluyendo, que el personal y especialmente los conductores de vehículos de la locomoción colectiva urbana que laboran en recorridos licitados de transporte urbano de pasajeros, **prestan servicios personales bajo subordinación y dependencia de las entidades constituidas como sociedades que se adjudicaron tales licitaciones, y no respecto de los propietarios de los vehículos** que se los entregaron en administración a estas sociedades.(...)

De esta manera, **los contratos de mandato, administración, prestación de servicios, arrendamiento o cualquier otro acuerdo de carácter económico suscrito entre la empresa adjudicataria de la licitación y los propietarios de los vehículos que se los han cedido en uso, resultan irrelevantes frente al conjunto de circunstancias de hecho que se da entre los conductores y dichas empresas,** que conducen a concluir que en la práctica, entre éstos, se configura plenamente un vínculo de subordinación y dependencia laboral.

A mayor abundamiento, del análisis conjunto efectuado en los dictámenes citados de lo dispuesto en los artículos 3º, inciso primero, letras a) y b), e inciso final, y 7º y 8º, del Código del Trabajo, a la luz de los antecedentes estudiados, es posible derivar que las empresas que se constituyeron para participar en la licitación de recorridos de transporte público de pasajeros en Santiago, cumplen, por una parte, con los requisitos para ser consideradas empresa desde el punto de vista laboral y, por otra, el explotar y administrar los vehículos que sus propietarios les han entregado en uso conlleva que los conductores de tales vehículos les presten servicios efectivos bajo subordinación y dependencia.

De este modo, las citadas empresas de transporte son empleadoras de los referidos conductores, por cuanto, respecto de ellas se concretan los elementos de la subordinación y dependencia que, de acuerdo a la presunción del artículo 8º, hacen concluir la existencia de relación laboral.

Por otra parte, cabe expresar que la irrenunciabilidad alegada de derechos laborales establecida en el artículo 5º del Código del Trabajo, se refiere a los derechos y beneficios mínimos que señala la ley y no a la situación aducida por la reclamante, de modo que lo que resulta irrenunciable, en la especie, es la determinación de la persona del empleador y del trabajador, en cuanto no podrán ser otros que aquellos respecto de quienes concurren los elementos señalados en el artículo 3º en relación al artículo 7º del Código del Trabajo, que permitan establecer que ambos se encuentran ligados por un determinado vínculo jurídico laboral atendidos los hechos analizados.

Asimismo, el otro argumento de la impugnación referido a que los contratos de trabajo sólo pueden ser modificados por mutuo consentimiento de las partes y no por decisión del fiscalizador, tampoco tiene mayor asidero, toda vez que **de acuerdo a lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, si bien todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su**

consentimiento mutuo, también puede serlo, como lo señala expresamente esta disposición, por causas legales, como ocurre con lo acaecido en la especie, en que se pretende el cumplimiento de la ley laboral respecto de una efectiva relación de trabajo que debe escriturarse de conformidad a la misma, tal como se ha instruido.¹²⁴ [Énfasis nuestro]

En el recién citado fallo, se deniega la impugnación de instrucciones impartidas por el fiscalizador al empleador, las cuales dispusieron la escrituración de los contratos de trabajo de los conductores de vehículos de la locomoción colectiva que administraba éste. Es de destacar que el personal mantenía contrato de trabajo no con el fiscalizado, sino con los dueños de los vehículos, actuando aquél como mandatario.

Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección del Trabajo zanja el debate y establece que “el personal y especialmente los conductores de vehículos de la locomoción colectiva urbana que laboran en recorridos licitados de transporte urbano de pasajeros, prestan servicios personales bajo subordinación y dependencia de las entidades constituidas como sociedades que se adjudicaron tales licitaciones, y no respecto de los propietarios de los vehículos que se los entregaron en administración a estas sociedades”; prescindiendo así de la voluntad manifestada por las partes –choferes, dueños de vehículos y de las sociedades administradoras- en otros contratos, calificando estos últimos como de “irrelevantes” a la hora de determinar el verdadero alcance de los mismos.

En lo que concierne a la fuerza obligatoria de los contratos suscritos en el caso en comento, principio imperante en nuestro derecho, resuelve el conflicto aduciendo que esta máxima jurídica tiene vigencia, pero ha encontrado en los artículos 1º, 7º y 8º del Código del Trabajo, su excepción legal, tal y como lo contempla el propio artículo 1545 del Código Civil.

En el mismo sentido, encontramos los siguientes fallos de la Dirección del Trabajo, cuyo contenido es idéntico:

¹²⁴ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 2999/215 de 7 de julio de 1998)

“(…) En lo que dice relación con la contratación de trabajadores a honorarios, no obstante haberse configurado los supuestos de la relación laboral, debemos decir que el artículo 7 del Código del Trabajo (...). A su vez, el artículo 8º, inciso 1º del citado cuerpo legal, agrega: (...) De las mismas disposiciones fluye que la sola concurrencia de las condiciones precedentemente enunciadas hace presumir la existencia de un contrato de trabajo aún cuando las partes le hayan dado otra denominación a la respectiva relación jurídico, de suerte que estaremos en presencia de un contrato de trabajo si en la práctica se dan los elementos señalados, **no obstante haberse suscrito un convenio de otra naturaleza.**”¹²⁵ [Énfasis nuestro]; y

“(…) De las mismas disposiciones fluye que la sola concurrencia de las condiciones precedentemente enunciadas hace presumir la existencia de un contrato de trabajo **aún cuando las partes le hayan dado otra denominación a la respectiva relación jurídica,** de suerte que estaremos en presencia de un contrato de trabajo si en la práctica se dan los elementos señalados, no obstante haberse suscrito un convenio de otra naturaleza.”¹²⁶ [Destacado añadido].

A primera vista, pareciera que esta atribución fuese suficiente para la protección de los derechos laborales y el restablecimiento del imperio del derecho. Sin embargo, la potestad del Servicio se halla bastante más restringida a la hora de interpretar un contrato entre las partes y calificarlo de vínculo laboral para aplicar la multa.

Así, la jurisprudencia ha dicho que “por muy amplias que sean las facultades fiscalizadoras que se establecen en las letras a) y b) del artículo 1º del DFL N°2, no es posible aceptar que con el sólo mérito de las observaciones formuladas en un informe de un inspector fiscalizador, se califique o emita un juicio de tanta trascendencia respecto de un contrato legalmente celebrado al extremo de negarle toda eficacia. Su actuación debe estimarse como una amenaza a las garantías establecidas en los Números. 16, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República”¹²⁷

En el mismo tenor encontramos: “El inspector del trabajo, por amplias que sean sus facultades fiscalizadoras, excede sus atribuciones al calificar, interpretar y emitir juicios

¹²⁵ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 5848/386 de 26 de noviembre de 1998)

¹²⁶ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 3060/231 de 13 de julio de 1998)

¹²⁷ (CORTE SUPREMA. Fallo de 15 de junio de 1989, Causa Rol N° 14.198-89)

de valor respeto de contratos legalmente celebrados, con el sólo mérito de observaciones formuladas en actas de visita de inspección, dictaminando que un contrato de prestación de servicios es simulado, negándole toda eficacia y ordenando que deben extenderse contratos de trabajo, pues esta declaración únicamente puede ser materia de sentencia dictada por tribunal competente; de modo que su actuación no sólo es ilegal o arbitraria, sino que vulnera los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación consagrados en la legislación nacional”.¹²⁸

Otra sentencia lo confirma: “La Dirección del Trabajo carece de atribuciones para calificar o interpretar la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes de un contrato que atribuyen a éste una significación distinta de la índole laboral, aun cuando su ley orgánica le confiere, entre otras funciones, la fiscalización de la aplicación de la legislación y la resolución de los conflictos del trabajo”¹²⁹.

En este sentido, José Luis UGARTE CATALDO advierte –con preocupación- que este criterio jurisprudencial implica que la calificación administrativa “(...)tiene una importante limitación: sólo puede operar cuando la relación de prestación de los servicios no ha sido registrada por las partes, mediante un documento de carácter no laboral, comúnmente un contrato de prestación de servicios civiles, ya que en dicho caso, aun ante evidencia de la presencia de elementos de la relación laboral, en una opinión unánime de nuestra comunidad laboral, no corresponderá que el órgano administrativo califique la naturaleza jurídica del contrato.”¹³⁰

Esta posición de Tribunales, no obstante los fallos heterodoxos¹³¹, ha sido objeto de una multiplicidad de críticas¹³², las cuales resumimos en cuatro:

¹²⁸ (CORTE SUPREMA. Fallo de 29 de abril de 1993, Causa Rol N° 7725-1993)

¹²⁹ (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Fallo de 02 de abril de 1991, Causa Rol N° 101-90)

¹³⁰ (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 60)

¹³¹ *Verbi Gracia*: “(...) En suma; la fiscalizadora no interpreta el contrato de fs. 30, sino que descubre en los hechos un contrato consensual distinto al escrito, que permite prescindir de éste porque le ha superado y a todo evento sustituido; este convenio consensual obliga al Sr. González a realizar de manera personal, diaria y por varios años, labores de aseo y de junior, todo lo cual la Inspección tenía derecho a constatar y a sancionar, lo que lleva al rechazo de la acción constitucional intentada.” CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. Fallo de 20 de octubre de 2006, Causa Rol N° 1.301-2006.

- Por razones de justicia social. Que la Dirección del Trabajo sea quien califique y desenmascare el encubrimiento de un contrato de trabajo, permite la protección de una mayor cantidad de trabajadores, especialmente de aquellos imposibilitados de recurrir a sedes jurisdiccionales. Es también, más rápido y expedito que la judicialización de los conflictos.
- Fiscalizar es, precisamente, aplicar el derecho.
- Muchas veces el Código del Trabajo contempla normas que permiten a la Dirección del Trabajo la calificación de la situación jurídica, por ejemplo, el artículo 183 letra g).
- El elemento distintivo de la jurisdicción es su inalterabilidad, no sólo la resolución de conflictos. En este orden de ideas, cuando la Dirección del Trabajo se pronuncia calificando situaciones de hecho, se trata de una actuación esencialmente modificable por los Tribunales de Justicia, por lo tanto, no está ejerciendo jurisdicción.

También nos parece contradictoria esta posición. Nos encontramos ante jurisprudencia que arrebató la función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo amparado en la supuesta existencia de un contrato legalmente celebrado y -por cierto- escriturado, en aplicación de preceptos y principios de Derecho Civil, obviando el principio del consensualismo que también rige los contratos de. O dicho de otro modo, si la facultad fiscalizadora de la Dirección del Trabajo debe ser apartada de toda regulación civil o comercial, ¿Por qué no incluir en la segregación -de una sola vez- a todos los contratos a honorarios?

Aún más perniciosa es esta jurisprudencia si puede convertirse en un aliciente para la elusión del actuar fiscalizador, y si consideramos que usualmente los contratos a

¹³² (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 64 y ss.)

honorarios escriturados pueden provenir de empleadores cuyo actuar resulta aún más ímprobo.

b) Calificación de Hechos Constitutivos de Contrato de Trabajo. Manifestaciones de Subordinación.

Dentro de este grupo encontramos las sentencias administrativas que se pronuncian en estadios de inexistencia de vínculos escriturados, civiles o de otro tipo, mediante el establecimiento de ciertos criterios diferenciadores.

Así, ante la certeza de las situaciones de hecho constatadas por informes de sus fiscalizadores, decreta la existencia de un vínculo laboral, dispone la celebración del legítimo contrato de trabajo, y cursa una multa de manera correlativa; mecanismo que, en principio y como vimos, resulta eficaz a la hora de reconducir el vínculo no laboral al campo protector del Derecho del Trabajo. La siguiente sentencia ejemplifica la aplicación de esta fórmula:

“Efectivamente, el referido informe expresa textualmente que "se constató que ambas trabajadoras laboraban permanentemente en el establecimiento de la Clínica Europa, en instalaciones y máquinas ajenas, de propiedad de la misma clínica, recibiendo ésta directamente los ingresos por parte de los clientes", esto es, "las trabajadoras individualizadas deben concurrir a diario al establecimiento de la Clínica Europa, turnándose en jornada de mañana y tarde". Como antecedentes ilustrativos adicionales, se deja constancia de que estas profesionales "no captan a las pacientes en forma autónoma, sino únicamente dependen de aquellas que la propia clínica le deriva", y también, que "el valor del tratamiento de las pacientes lo fija autónomamente la Clínica Europa". En fin, se informa expresamente de que "el dueño de la clínica, doctor Zarhi o la enfermera señora Ximena Chandía, son quienes determinan a través de instrucciones verbales, el tratamiento y el número de sesiones a seguir", y además, "son los únicos competentes para dar el alta respectiva". Cabe hacer notar, por otra parte, que **no existen los contratos a honorarios a que hace referencia** el escrito de reconsideración de instrucciones.

“Por último, de la comparación del Acta de 15.11.99 en que comparecen ambas profesionales y del informe precedente, se infieren datos de hecho plenamente coincidentes y jurídicamente suficientes para **considerar acreditado y existente el vínculo de subordinación y dependencia.**

“En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales invocadas y jurisprudencia administrativa hecha valer, cúmpleme manifestar a Ud. que se rechaza la reconsideración de las instrucciones de 20.10.99, impartidas por la funcionaria fiscalizadora María Teresa Valenzuela Fuica, dependiente de la Inspección Comunal Santiago Nor Oriente, debiendo Clínica Europa S.A. **suscribir los respectivos contratos** de trabajo con sus dependientes Paulina Olcay Walthner y Claudia Villacorta Alzamora, **desde las fechas que iniciaron la prestación de servicios a su empleadora.**”¹³³ [Énfasis añadido].

En el ejercicio de sus facultad fiscalizadora, interpretadora y sancionadora, presentándose los elementos esenciales de toda relación laboral, “a) Que preste servicios personales, intelectuales o materiales; b) Que la prestación de dichos servicios los efectúe bajo vínculo de subordinación o dependencia, y c) Que como retribución a los servicios prestados reciba una remuneración determinada”¹³⁴; la Dirección del Trabajo desnuda una relación civil o comercial simulada que encubre un vínculo laboral, sanciona el fraude y reconduce el vínculo al campo tuitivo.

Cabe señalar que la labor del órgano fiscalizador se ha centrado predominantemente en establecer qué situaciones de hecho revelan la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia. Es el mismo sentir de la doctrina laboralista: “el criterio de la subordinación se encuentra dotado de mejores cualidades vitales con miras a cumplir la función de calificación jurídico laboral”¹³⁵.

En este sentido, podemos citar el siguiente Dictamen pronunciado por la Dirección del Trabajo en el ejercicio de su facultad fiscalizadora:

“(…) De los requisitos anotados precedentemente, el que determina fundamentalmente la existencia de un contrato de trabajo y la consiguiente calidad de trabajador es el vínculo de subordinación o dependencia, el cual, según la reiterada doctrina de este Servicio, se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como la continuidad de los servicios prestados, el cumplimiento de un horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la

¹³³ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N°1583/129 de 17 de abril del 2000)

¹³⁴ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 5031/227 de 4 de septiembre de 1996)

¹³⁵ (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 34)

obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador, etc., estimándose, además, que el vínculo de subordinación está sujeto en su existencia a las particularidades y naturaleza de la prestación del trabajador.”¹³⁶

Por su parte, en virtud de su atribución interpretadora, la Dirección del Trabajo ha señalado:

“(…) el vínculo de subordinación y dependencia se materializa cuando concurren diversas manifestaciones o elementos fácticos determinantes, tales como:

a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.

b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.

c) Durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.

d) El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.

e) Las labores, permanencia y vida en el establecimiento, durante la jornada de trabajo, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.”¹³⁷

Así, podemos encontramos los siguientes hechos reveladores de la subordinación:

- **Presencia de una jornada de trabajo.** El trabajador realiza la prestación del servicio en un espacio de tiempo preciso en el lugar donde se desenvuelven sus funciones.

Ahora bien, no obsta a la existencia del contrato de trabajo que la jornada sea parcial o discontinua: “(…)la afirmación anterior [referida a la existencia del contrato de

¹³⁶ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 5031/227 de 4 de septiembre de 1996)

¹³⁷ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 2.524/141 de 15 de marzo de 1999)

trabajo] no puede verse desvirtuada por la circunstancia de que el trabajador sólo se encuentre obligado a prestar servicios uno o dos días a la semana, tal como lo ha establecido esta Dirección en el dictamen N° 8.402-294, de 26.12.91(...)"¹³⁸. Otro fallo lo confirma: "Las labores de aseadores, nocheros y cuidadores que se desempeñan para una comunidad en edificios, aún en el caso que sean ocasionales y de reemplazo, dan origen a una relación de trabajo regulada por la legislación laboral y resulta obligatorio suscribir contrato de trabajo"¹³⁹.

- Obligación de constatar asistencia al lugar de la faena u obra.
- **Existencia de un Poder de Mando.** En todo vínculo laboral se distingue un jefe directo que entrega instrucciones y controla el trabajo realizado por el trabajador.
- **Reglamentación Vinculante.** Quien presta servicios en virtud de un contrato de trabajo, debe someterse a la normativa interior del empleador, como el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad.

En este punto quisiéramos destacar que el Servicio aplica la llamada técnica de "haz de indicios": la subordinación jurídica no consiste en un concepto cerrado y excluyente, sino a un tipo normativo, abierto e inclusivo.

A través de este mecanismo, se describe de modo abierto y aproximado una cierta condición la que debe corresponderse a través de los hechos sujetos a ponderación, cotejando las semejanzas entre la noción normativa y los antecedentes fácticos. "De esta manera, no se exige la concurrencia de todos y cada uno de los indicios, sino de un número suficiente que permita al aplicador del derecho sostener esa correspondencia"¹⁴⁰.

¹³⁸ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 917/060 de 23 de febrero de 1998)

¹³⁹ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 393/3 de 24 de enero de 2006)

¹⁴⁰ (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 42)

Y si no existe un contrato de trabajo tras una convención, el derecho común rige de manera supletoria, y revela una unión de prestación de servicios civiles: "...en cuyo caso el mismo pronunciamiento se encarga de precisar que el personal sujeto a contrato de honorarios se rige por las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, que regula el Párrafo Noveno, Título XXVI, del Libro IV del Código Civil."¹⁴¹

Como vemos, todos los casos de contratación civil o comercial realizados en fraude al Derecho del Trabajo, se han resuelto por el Servicio mediante la interpretación y calificación de los hechos conformantes del vínculo, aplicando las presunciones de laborabilidad que el Código del Trabajo consagra.

Este órgano fiscaliza, interpreta y sanciona, revelando, en definitiva, una simulación, un fraude laboral que no se resuelve a través de las soluciones doctrinales que se han elaborado para disipar el fraude a la ley, descritas en el Capítulo II, sino en virtud de la subsunción de la realidad en los preceptos 1º, 3º, 7º, 8º del Código del Trabajo, logrando –al menos en esta sede administrativa- la reconducción del vínculo y la sanción del infractor.

c) Hechos Excluyentes de una Relación Laboral

Las atribuciones de la Dirección del Trabajo no sólo permiten establecer el fraude producido mediante el ocultamiento de un contrato de trabajo bajo una prestación de servicios civiles, sino que también permiten instaurar criterios que demuestren la ausencia del vínculo tuitivo, facultando a los involucrados para llevar a cabo convenciones de otra naturaleza.

¹⁴¹ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 858/47 de 25 de febrero de 2004)

Así encontramos las siguientes directrices que excluyen la configuración de un contrato de trabajo:

**i) Ausencia Jurídica de Vínculo de Subordinación y Dependencia.
Incompatibilidad de Facultades de Administración y Representación.**

Hemos dicho que el principal elemento distintivo de un vínculo de prestación de servicios de índole laboral estriba en la concurrencia del elemento subordinación y dependencia. Y a pesar de que se trata de una noción fáctica, lo cierto es que la Dirección del Trabajo ha establecido este criterio por el cual prescinde de los hechos y desplaza el vínculo laboral a priori por una imposibilidad jurídica: la incompatibilidad de las facultades de administración y representación –de fuente legal o convencional- con subordinación y dependencia.

En este sentido, destacamos este fallo ejemplificador:

“(…)Sobre el particular, cabe tener presente la doctrina de este Servicio sobre el tema consultado, contenida, entre otros, en dictamen N° 3709/111, de 23.05.91, el cual en su parte pertinente establece que "el hecho que una persona detente la calidad de accionista o socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y de representación de la misma le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad".

En el citado pronunciamiento se agrega, "que los requisitos precedentemente señalados son copulativos, razón por la cual la sola circunstancia que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo subordinación o dependencia".

En la especie, se consulta si se ajusta a derecho el contrato de trabajo celebrado por la consultante con la empresa City Mail Limitada, en virtud del cual figura como cotizante en el I.N.P., advirtiendo que al mismo tiempo es socia mayoritaria de dicha sociedad con el 90% de participación, razón por la cual desea saber si ello igualmente le permite iniciar los trámites de jubilación al cumplir 60 años de edad.

De acuerdo con la normativa legal expuesta y la doctrina administrativa citada, la ocurrente estará impedida de prestar servicios en condiciones de subordinación y dependencia y no tendrá valor jurídico el contrato de trabajo celebrado con la empresa City Mail Limitada, si en su caso reúne la doble calidad de accionista o socia mayoritaria

de la sociedad y de representación con facultades de administración de la misma, porque en tal evento su voluntad se confunde con la de la sociedad.

Por el contrario, si la consultante es solamente socia mayoritaria pero no cuenta con facultades de administración y de representación de la sociedad, no existe impedimento para prestar servicios bajo subordinación o dependencia, puesto que como lo refiere el pronunciamiento administrativo citado, para que opere el impedimento en cuestión deben concurrir copulativamente la calidad de accionista o socio mayoritario de la sociedad y contar con facultades de administración y de representación de la misma.”¹⁴²

Mismo espíritu se aplica en este otro pronunciamiento del Servicio:

“(…) Ahora bien, de los antecedentes reunidos en torno a este asunto se desprende que la recurrente es sostenedora y dueña del establecimiento educacional particular subvencionado "Colegio Halley" de Maipú y que, aparte de las funciones de tal, cumple labores como directora, orientadora y docente en el mismo establecimiento.

Analizada la situación en consulta a la luz de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, preciso es convenir que el hecho de que la persona aludida sea la sostenedora del mencionado establecimiento educacional impide que la prestación de servicios de ésta en las calidades ya anotadas se realice en condiciones de subordinación o dependencia propias de un contrato de trabajo, toda vez que tal circunstancia determina necesariamente que se confunda la voluntad del empleador, a quien corresponde impartir órdenes e instrucciones y ejercer controles, con la del trabajador, sobre quien recae la obligación de acatarlas.

Lo expuesto precedentemente autoriza para sostener que las citadas funciones no pueden dar origen a una relación contractual de índole laboral por no concurrir en tal caso el citado vínculo que, como ya se dijera, es un elemento esencial y característico de la misma.

De esta suerte y considerando que por las razones ya señaladas la recurrente no puede estar afecta a un contrato de trabajo, forzoso es concluir que la retribución que perciba por las citadas labores no constituye jurídicamente remuneración conforme a la normativa laboral, y por ende, no resulta procedente incluir las sumas correspondientes en el respectivo libro auxiliar de remuneraciones.

Lo expuesto precedentemente debe entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a la recurrente para percibir una retribución pecuniaria por las funciones de que se trata, no regida por el ordenamiento jurídico laboral.”

Por último, mencionamos el siguiente Dictamen que se refiere a la situación de las facultades administradoras del marido en la sociedad conyugal:

“En efecto, si bien el artículo 4º de la Ley Nº 18.802, de 9 de junio de 1989, derogó el artículo 132 del Código Civil que establecía la potestad marital, de la cual derivaba la incapacidad de la mujer casada y la representación legal del marido y que constituye el

¹⁴² (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. Nº 0814 / 0035 de 06 de marzo de 2001)

primer fundamento del referido dictamen, no lo es menos, que la citada Ley N° 18.802, no alteró las disposiciones relativas a la administración ordinaria de la sociedad conyugal la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1749 del Código Civil, es administrada por el marido, en su calidad de jefe de la sociedad conyugal, manteniéndose, así, el segundo argumento que sirvió de base al pronunciamiento de que se trata.

Lo expuesto en el párrafo que antecede permite afirmar que de aceptarse hoy que la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal sea empleadora de su marido, se alterarían las normas que rigen la administración de la sociedad conyugal, lo que no se encuentra ajustado a derecho.”¹⁴³

Es bastante interesante que en el matrimonio regido por la sociedad conyugal, la mujer se encuentre jurídicamente imposibilitada de convertirse en la empleadora de su marido, no obstante la situación fáctica imperante. Por el contrario, no hay inconveniente jurídico para que exista una relación de carácter laboral entre cónyuges separados de bienes o casados bajo el régimen de participación en los gananciales¹⁴⁴.

ii) Ausencia Fáctica del Vínculo de Subordinación y Dependencia.

En el siguiente criterio esclarecedor, contenido en el siguiente Dictamen ejemplificador, nos encontramos en la situación contraria, en que los antecedentes de hecho no permiten al órgano fiscalizador la constatación del elemento de subordinación y dependencia, y, consecuentemente, no procede la aplicación del Derecho del Trabajo a la relación:

“Pues bien, en el caso en consulta, se ha podido establecer, por los informes emitidos con fechas 02.07.99 y 05.07.99 por la fiscalizadora Sra. María Olave González, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Talca, que respecto de los académicos en consulta concurren determinadas características laborales, distintas a las precedentemente señaladas, a saber: los profesores de que se trata imparten una asignatura en la malla curricular de una cátedra técnica gozando de plena libertad académica para impartir sus clases en la forma que estimen

¹⁴³ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 114/15 de 09 de enero de 1998)

¹⁴⁴ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 0393/03 de 24 de enero de 2006)

conveniente, sin perjuicio de lo cual están sujetos a un horario y a una jornada determinada.

Es así como en el desempeño de sus funciones docentes no se encuentran sujetos a supervigilancia, ni afectos a instrucciones impartidas por el empleador, no existiendo a su respecto dependencia laboral o técnica (...).¹⁴⁵

iii) Ausencia del Contenido Patrimonial

El contenido patrimonial del contrato de trabajo alude al intercambio de remuneraciones por servicios. Lo anterior se explica en el deber jurídico del trabajador de prestar sus servicios, y la obligación recíproca de remunerar dichos servicios por parte del empleador.

De este modo, para este último, el contenido patrimonial del contrato de trabajo se traduce en el derecho del empleador de adquirir e incorporar a su patrimonio el producto del trabajo llevado a cabo por el dependiente y la obligación correlativa de remunerar los servicios prestados. Para el trabajador, implica la obligación de prestación personal de servicios a cambio de mencionada remuneración.

En esta oportunidad, los esfuerzos fiscalizadores no ponen énfasis en la concurrencia de la subordinación, sino más bien en verificar la existencia del contenido patrimonial en el vínculo, de tal suerte que su ausencia impide radicar la convención en el ámbito del Derecho del Trabajo. Al respecto, referimos los siguientes pronunciamientos:

“De acuerdo a los antecedentes reunidos en torno a la situación que nos ocupa, en particular de los Estatutos de las Corporaciones Bautista y Metodista , tenidos a la vista, e informes inspectivos evacuados por los fiscalizadores Sres.

Roberto Silva Labra y Haydee Concha Díaz, con fecha 21.09.94 y 03.07.95, respectivamente, la "Convención Evangélica Bautista de Chile" es una persona jurídica

¹⁴⁵ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. Nº 490/49 de 01 de febrero de 2000)

de derecho privado, corporación de carácter religioso, cuyo objeto es "propender a " la extensión del Reino de Dios, la educación moral y " cristiana, mediante la estrecha cooperación de las Iglesias " Bautistas del país, y en estricta sujeción a las enseñanzas " del Nuevo Testamento".

Por su parte, la "Corporación Metodista" es una Corporación Religiosa de derecho privado, integrada exclusivamente por miembros de la Iglesia Metodista de Chile, que tiene por objeto "Divulgar el Evangelio Universal de Nuestro Señor " Jesucristo, en sus principios integrales, establecidos en la " palabra de Dios, la Santa Biblia".

Ambas corporaciones tienen como objetivos, además, promover el perfeccionamiento moral, espiritual y social de sus miembros, crear y sostener Iglesias locales, bibliotecas, jardines infantiles, hospitales, colegios etc., los cuales cumplen a través de sus miembros, algunos de los cuales tienen la calidad de Pastores.

De los ya referidos antecedentes se tiene específicamente respecto a la labor que desempeñan los Sres. Jaime Rubilar Romero y Neftalí Gajardo Serrano para las entidades precedentes, en primer lugar, que ambos detentan la calidad de Pastores de sus respectivas iglesias y como tales ésta es su primera y esencial labor, dedicados por tanto a la propagación del evangelio y, como consecuencia de tal investidura deben efectuar otras labores entre las que se encuentra la de administrar los recursos económicos remitidos por las oficinas centrales de las Corporaciones y los fondos constituidos por los aportes y contribuciones de los feligreses en las distintas parroquias-Millaray, Pitrufulquen, 3ª de Temuco-.

Asimismo, y dado que ambas entidades religiosas mantienen establecimientos educacionales, recreativos, policlínicos etc., particularmente en el caso de la Corporación Metodista, la participación de los Sres. Rubilar y Gajardo en la administración de dichos establecimientos deriva exclusivamente de su calidad de Pastores y dicen relación más bien con una labor de supervisión de los bienes muebles, inmuebles y aportes no teniendo facultades de administración de personal como tampoco decisorias por cuanto los acuerdos pasan por las distintas instancias determinadas para la conducción de cada institución.

De lo expuesto precedentemente resulta lícito colegir, atendida las especiales características de la labor que en su calidad de Pastores realizan los Sres. Rubilar y Gajardo, que en ella no se dan las características legales y doctrinarias a que alude el Dictamen N° 6.479-210 para calificarlas de relación laboral, esto es, **no se da el contenido patrimonial del contrato por cuanto el empleador no incorpora ni adquiere para sí el resultado del trabajo de aquellos**, a su vez, la labor personal de éstos emana directamente de la religión que profesan y, por último, tampoco se da el elemento fundamental de toda relación laboral, esto es, la subordinación y dependencia por cuanto tanto su participación en la administración de distintos establecimientos, rendiciones de cuentas y asistencia derivan del cumplimiento de los postulados y de la jerarquización de las entidades religiosas de las cuales son miembros.¹⁴⁶ [Énfasis nuestro]

El siguiente Dictamen también reitera la idea matriz:

¹⁴⁶ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 5635/256 de 01 de septiembre de 1995)

“(…) Cabe señalar que las entidades religiosas de que se trata cumplen las finalidades religiosas que, al tenor del precepto transcrito, constituyen su principal objetivo a través de algunos de sus miembros que tienen la calidad de Pastores y Obispos. La labor de éstos, según se ha podido constatar en fiscalizaciones anteriores efectuadas a fin de evacuar consultas similares a la presente, consiste en orientar a las personas y ayudarlas espiritualmente, por medio de reuniones en casas de matrimonios y en su sede social, esto es, en enunciar, comunicar y difundir, por cualquier medio, su propio credo y en manifestar su doctrina.

Lo anteriormente expuesto y las especiales características de la labor que realizan pastores y obispos permiten afirmar, en opinión de este Servicio, que en ella no se da el contenido patrimonial del contrato, toda vez que el supuesto empleador no adquiere ni incorpora a su patrimonio el resultado del trabajo efectuado por el dependiente, existiendo sólo un interés de tipo sociológico.

La labor personal de los pastores y obispos, por su parte, emana, en definitiva, directamente de la religión que profesan, es decir, es una labor de difusión de un fe, cuya existencia, permanencia y término va más allá de circunstancias meramente contractuales, por cuanto la ejecución de sus servicios no se realiza en beneficio de una persona natural o jurídica determinada (...).¹⁴⁷

Por último, queremos destacar la situación de personas que prestan servicios dentro del programa de su rehabilitación del consumo de estupefacientes:

“(…) En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, en especial, del artículo 2º de los " Estatutos Casa de Acogida " La Esperanza" se desprende que el fin fundamental de la " citada corporación es desarrollar programas de Prevención, " Rehabilitación y reinserción Social de personas drogadictas " provenientes de hogares de escasos recursos".

(...)Los servicios que prestan los jóvenes drogadictos forman parte del tratamiento de rehabilitación, cuyo objetivo es el aprendizaje de un oficio determinado a fin de permitir su reinserción en el mundo del trabajo, para lo cual la Corporación se hace cargo de entregar todos los medios necesarios para tal efecto, sin retribución alguna por parte de la citada entidad para con los jóvenes; labor que se realiza, por lo tanto, sin mediar los elementos que configuran una relación jurídica laboral que deba materializarse en un contrato de trabajo.

Lo expuesto precedentemente autoriza para sostener que, atendidas las especiales características del origen de la labor desempeñada por los jóvenes a que se refiere el presente oficio, en ella no se da el contenido patrimonial del contrato, por cuanto sus servicios no se realizan en beneficio de una persona natural o jurídica, toda vez que el supuesto empleador no adquiere ni incorpora a su patrimonio el resultado del trabajo efectuado por aquella, existiendo sólo un interés de tipo comunitario.(...)¹⁴⁸

¹⁴⁷ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 649/22 de 09 de febrero de 2005)

¹⁴⁸ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 1037/51 de 08 de febrero de 1996)

Como se pudo apreciar, tampoco existe un contrato de trabajo que una a los rehabilitados con la institución que los acoge, no por la condición voluble de éstos, sino porque la prestación de servicios carece del contenido patrimonial propio de la sede laboral.

iv) Trabajo Voluntario y Gratuito

El último criterio que descarta la existencia de un contrato de trabajo, pone énfasis ya no en la relación fáctica actual de las partes, sino en la motivación psicológica del prestador del servicio:

“(…) Por último, nos encontramos frente al trabajo gratuito, al que podemos definir como aquel que se presta por regla generalísima, en forma ocasional y discontinua en el tiempo en forma voluntaria por parte del prestador de los servicios y sin perseguir una remuneración a cambio, encontrando su justificación en razones tales como la solidaridad, la buena vecindad, el agradecimiento, la familiaridad u otra finalidad lícita. Así también, como afirman M.C. Palomeque y M. Álvarez de la Rosa, el móvil de la prestación desinteresada puede también girar en torno a empresas ideológicas, partidos, sindicatos, agrupaciones artísticas, organizaciones no gubernamentales, etc. (citando al efecto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 30.03.1994, “Palomeque L., M.C. y Álvarez de la Rosa, M., “Derecho del Trabajo, Décimo cuarta edición, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 488) Los mismos autores citan a modo ejemplar el caso de prestaciones de religiosas en un Hospital que se hace en cumplimiento de los fines benéficos de la Orden religiosa a que pertenecen (citando, al efecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11.04.1991).

En el caso del trabajo gratuito, a objeto de seguir el análisis comparado con las otras dos figuras analizadas, el trabajo del prestador de servicios también se desarrolla voluntariamente y ajeno a cualquier elemento de coercibilidad pero, a diferencia del caso anterior, forma parte de su esencia la gratuidad. Ejemplos de trabajo voluntario ocasional, lo suponen el de las personas que colaboran durante un fin de semana en la recolección de alimentos y vestuario en beneficio de los damnificados por un temporal invernal; ejemplo de un trabajo voluntario con trazos de mayor continuidad y de acuerdo a la costumbre en nuestra comunidad nacional, la constituye el del Cuerpo de Bomberos.

En el caso que nos ocupa, de acuerdo a los antecedentes que constan, la discusión se centra en las dos últimas alternativas. Así, para los solicitantes, la Asociación

Cristiana Testigos de Jehová, la prestación de servicios de las personas aludidas por el fiscalizador actuante tiene el carácter de voluntaria y gratuita encontrando su justificación en el ejercicio de la libertad religiosa. Se sostiene que dicha asociación, es una entidad sin fines de lucro, con personalidad jurídica de derecho público, inscrita en el Ministerio de Justicia, bajo el N° 00821, del 18.11.2004, destinada a la educación de las personas, no importando cuál sea su formación religiosa, cultural o social, sustentándose con aportes voluntarios que testigos de Jehová del país hacen con regularidad, lo que permite la construcción y mantención de lugares de culto y apoyo a misioneros, entre otros gastos.(...)”¹⁴⁹

Así la Dirección del Trabajo estipula que los móviles del prestador de servicios pueden ser determinantes al momento de dilucidar si estamos frente a un contrato de trabajo. No existirá éste en la medida que las razones que lleven a aquél a trabajar deriven de sus propias convicciones morales y espirituales, y siempre que las labores se desarrollen de manera espontánea, sin intereses pecuniarios.

4. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

4.1. Introducción

Nuestro Código del Trabajo permite a los Tribunales de Justicia conocer y resolver acerca de la verdadera naturaleza laboral de un contrato de prestación de servicios civil celebrado en fraude a la legislación laboral. Así lo dispone el artículo 420 que les otorga competencia para conocer “(...) las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral (...)”.

En este apartado analizaremos qué criterios han permitido a los órganos de justicia dilucidar el campo relacional perteneciente al Derecho del Trabajo, y cuál es propiedad

¹⁴⁹ (DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen ORD. N° 0058/001 de 07 de enero de 2010)

del derecho común, zanjando el debate relativo al fraude a la ley laboral en la contratación y su reconducción.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia no es pacífica en esta materia, toda vez que no existe una posición unánime destinada a esclarecer los elementos distintivos de un contrato de prestación de servicios civiles y un contrato de trabajo. Tampoco es clara la sanción que operaría respecto de las convenciones celebradas para eludir los derechos y garantías que el Derecho consagra para el trabajador.

Mayoritariamente, la jurisprudencia ha invocado el Principio de la Realidad y ha indagado en la verificación de los elementos propios de la relación de trabajo, especialmente el vínculo de subordinación y dependencia, para establecer la concurrencia del contrato de trabajo y disponer su redireccionamiento cuando ha habido fraude a la ley laboral. Sin embargo, los criterios desencadenantes de la relación laboral no son uniformes.

Sin perjuicio de esta posición dominante, hay juzgados que han sostenido la imposibilidad de declarar la existencia de la relación laboral, aún cuando efectivamente se haya acreditado la concurrencia del vínculo de subordinación y dependencia; valiéndose de la ya conocida Doctrina de los Actos Propios, la que postula la imposibilidad de una persona de realizar comportamientos que contravengan conductas anteriores, de tal forma que si una persona ha contratado a honorarios, no puede luego reclamar la existencia de una relación laboral, ya que ello atentaría contra su propia conducta y contra la buena fe contractual.

Con el fin de obtener un mejor análisis de tales criterios, es que los analizaremos de manera independiente, citando en lo pertinente sentencias que nos ilustren la forma en que se ha fallado la contratación fraudulenta.

4.2. El Principio de la Realidad.

Este principio es uno de los caminos seguidos actualmente por nuestra jurisprudencia para determinar la existencia del contrato de trabajo en los casos que el trabajador ha pactado -fraudulentamente- bajo una prestación de servicios civiles.

Esta máxima reconoce que los elementos remuneración, jornada de trabajo y subordinación pueden concurrir en la relación jurídica que nace a propósito de un contrato de prestación de servicios civiles, y debe estarse más a esta realidad que a la literalidad del contrato suscrito.

De esta manera, bastará la acreditación de los elementos constitutivos de toda relación laboral, especialmente el vínculo de subordinación y dependencia, y el Juez deberá declarar la existencia de un contrato de trabajo, dando lugar al restablecimiento del imperio de la ley laboral, especialmente del artículo 8º del Código del ramo.

Asimismo, el fraude aparece resuelto no por aplicación de las tradicionales soluciones doctrinales, sino mediante la técnica de interpretación y calificación de la realidad subyacente a las convenciones, produciéndose la respectiva reconducción de éstos al ámbito laboral.

Mediante el trabajo jurisdiccional, en la búsqueda de establecer acertadamente la existencia de una relación laboral en contraposición a una prestación de servicios civiles, se han determinado una serie de elementos de carácter objetivo que permiten al juez fundar la existencia de un contrato de trabajo oculto, principalmente revelando la concurrencia de un vínculo de subordinación y dependencia, y consecuentemente una intencionalidad contractual real, pero simulada.

Por regla general, tales elementos van asociados a componentes de la relación laboral que hacen presumir una voluntad real no declarada. Entre ellos podemos referir los siguientes:

- i. El cumplimiento de un horario de trabajo;
- ii. El pago de una remuneración;
- iii. La supervisión directa por parte del empleador;
- iv. La obligación de rendir cuenta de la labor realizada;
- v. La supervigilancia;
- vi. La realización de trabajos en forma exclusiva para una persona natural o jurídica; o
- vii. La continuidad y permanencia de la labor durante el tiempo.

La Excelentísima Corte Suprema ha señalado:

"Establecida la relación de dependencia o subordinación de la persona que presta los servicios, a través de la apreciación de la prueba rendida según reglas de la sana crítica, debe concluirse que entre las partes existió un contrato de trabajo y no otro diverso, no obstante la declaración en sentido contrario formulada por éstas en el propio contrato, en orden a calificarlo como de prestación de servicios. Ello porque en derecho las cosas son según su real naturaleza y no según lo que las partes prediquen de ellas, y entendido que los derechos derivados de un contrato de trabajo, son irrenunciables"¹⁵⁰.

Este criterio se ha mantenido en el tiempo. Fallos más actuales han recogido el mismo principio:

¹⁵⁰ (CORTE SUPREMA. Fallo de 26 de abril de 1995, Causa Rol N° 4095-95)

“Aunque las partes suscriban un contrato a honorarios, su denominación no puede cambiar la naturaleza de los servicios ni se puede desconocer que la relación jurídica corresponda a un contrato de trabajo”¹⁵¹.

Es decir, en todos estos pronunciamientos la jurisprudencia ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, instituyendo que debe estarse más a la verdadera voluntad de los contratantes y no a las formalidades suscritas. De este modo, no siempre que las partes designen el contrato que celebran como de prestación de servicios profesionales a honorarios, estaremos ante este tipo de contrato.

Destacamos los siguientes criterios que la jurisprudencia ha elaborado a partir del Principio de la Realidad para afirmar la existencia de un contrato de trabajo:

a) Concurrencia del Vínculo de Subordinación y Dependencia.

Este es, sin duda, el elemento más decidor a tiempo de esclarecer la naturaleza de un contrato de prestación de servicios civiles cuestionable.

La circunstancia de que un individuo se someta a su empleador, reciba órdenes directas, acate un Reglamento Interno, son todas manifestaciones de la existencia de subordinación. Y acreditada la subordinación, los Tribunales han decretado la aplicación de la presunción de laborabilidad del artículo 8º del Código del Trabajo.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia nacional:

“Que la subordinación y dependencia características del contrato de trabajo, a la luz, entre otras, de las normas transcritas, se manifiestan a través de distintas expresiones externas, que permiten, en definitiva, distinguir este contrato de otras figuras jurídicas, con las que fácilmente se crean confusiones, ya que el límite, muchas veces difuso, esta dado por un asunto práctico. Es así como la subordinación y

¹⁵¹ (PRIMER JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO. Fallo del de 21 de julio de 2004, Causa Rol N°: 654-2002, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, mediante fallo de 30 de mayo de 2005, Causa Rol N°: 5352-2004)

dependencia existente en una relación de tipo laboral se trasunta, según la jurisprudencia judicial y administrativa, en demostraciones tales como la facultad de mando del empleador y la correlativa obligación del trabajador de acatar las órdenes de aquel, la continuidad en los servicios, que el trabajo se desarrolle únicamente o principalmente en beneficio de otra persona, la supervigilancia en el desarrollo de las funciones, la concurrencia diaria al lugar de trabajo, el cumplimiento de horarios diario y semanal, su continuidad en el tiempo, el hecho que la remuneración constituya la única o principal fuente de ingreso del trabajador, el reconocimiento del descanso semanal y vacaciones anuales, ejecución personal del trabajo por parte del empleado, periodicidad en el pago de las remuneraciones, todas manifestaciones que poseen diversos grados de estrictez y concurrencia dependiendo de la actividad que se desarrolle”¹⁵².

En un análisis más pormenorizado de cada uno de los componentes que permiten deducir el vínculo de subordinación y dependencia, para lograr establecer la relación laboral, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ha dicho:

“Que teniendo presente la necesidad de proyectar el concepto a cada caso concreto en particular, será menester examinar algunos de los diversos parámetros doctrinarios y jurisprudenciales que delimitan sus contenidos, v. gr.: A) Que el individuo prestador del servicio será trabajador en tanto cuanto la suya sea una prestación por cuenta ajena; B) Que pudiendo la misma existir aún en el caso de un prestador de servicios independiente, es necesario precisar que la dependencia supone además: B1) Que el empleador esté a priori habilitado para apropiarse de la utilidad, aún no producida, del trabajo ajeno; y B2) Que se faculte al empleador para disponer de ella, determinando él mismo la cantidad y calidad del trabajo a desarrollar, señalando de ser necesario, dentro del marco de la convención, cómo, cuándo y dónde debe realizarse el trabajo, predeterminando el volumen o cuantía de dicha utilidad, verificando el cumplimiento de sus órdenes o instrucciones y ejercitando potestad sancionatoria sobre la contraparte que –con su accionar– entorpezca o desacate sus facultades y / o incumpla las metas o límites mínimos de productividad; C) Que así las cosas, la dependencia se presenta como “la situación en que se halla el trabajador comprendido o inserto en el círculo organizativo, rector y disciplinario de aquel por cuya cuenta presta sus servicios o, lo que es lo mismo, de aquel a quien ha cedido previamente la utilidad o producto patrimonial de su trabajo (Luján, José, “La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo); D) Que resulta por demás obvio advertir que –a diferencia del trabajador autónomo o independiente– el dependiente ve disminuidas o limitadas algunas de las facultades ínsitas en su condición de persona libre, al estar inserto en el esquema señalado en la letra C) anteprecedente, v. gr. cuando tenga limitada su autonomía para imponerse o no límites mínimos de productividad; E) Que para ser trabajador dependiente es menester estar sujeto o sometido a la dirección del

¹⁵² (SEGUNDO JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO. Fallo de 09 de octubre de 2008, en Causa Rol N° 647-2007, confirmado por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en Causa Rol N° 842-2009)

empresario o empleador, sujeto a su control, órdenes o instrucciones, es decir, carecer de total autonomía, independencia, libertad y auto organización: ser una persona que, a las órdenes de otra y en su beneficio, consagra toda o parte de su actividad a producir una obra o a realizar un servicio bajo una disciplina de empresa; F) Que el discernir entre prestación de servicios de un trabajador independiente y uno dependiente, es una cuestión de grado: la dependencia propia del contrato propiamente laboral o de trabajo, supone la acentuación del factor cumplimiento de parámetros o normas mínimas de productividad y control de la actividad, aun cuando el prestador de los servicios se encuentre liberado de un rígido control de asistencia y de horarios, cuando la naturaleza de ésta lo excluya o permita; G) Que en tal sentido, el contrato de trabajo se desenvuelve en el ámbito organizativo del empresario, en cuanto éste reglamentará sus órdenes o instrucciones en función de una mínima productividad ya “pactada en el contrato, dentro de una aparente situación de autocontrol o autorregulación de horarios o jornadas: la “deuda de trabajo está a priori definida por el empleador, merced a su poder de dirección de la actividad unipersonal del trabajador que, impedido de funcionar con entera libertad no obstante la aparente autonomía de organizar sus tiempos laborables, ve coartada ésta en la realidad por las metas mínimas de productividad, obligatorias so pena de desvinculación y término unilateral de la relación contractual, aunque ésta se presente formalmente como civil o comercial; H) Que tal poder de dirección genera en consecuencia, como contrapartida, un auténtico deber de obediencia del trabajador, distintivo de la existencia real del contrato de trabajo, cualquiera fuere su aparente caracterización”¹⁵³.

b) Boleta de Honorarios. Prueba de Remuneración

Otro punto que nos resulta interesante se refiere al efecto de la emisión de boleta de honorarios como mecanismo de acreditación de una remuneración, desplazando al contrato de prestación de servicios civiles al cual acceden.

En efecto, la jurisprudencia ha estimado que, una vez que se comprueba la concurrencia de los otros elementos propios de la presunción de laborabilidad del artículo 8º del Código del Trabajo, prestación de servicios civiles y subordinación, las boletas de honorarios emitidas pueden permitir acreditar el pago de la correlativa remuneración.

Así se ha resuelto en los siguientes pronunciamientos:

¹⁵³ (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Fallo de 17 de septiembre de 2009, en Causa Rol Nº 8.672-2008)

“Que el elemento remuneración ha quedado demostrado con las boletas de honorarios agregadas a los autos, de las cuales se desprende que hubo un pago periódico, fijo, por la prestación de un servicio subordinado a las instrucciones de los dueños de la clínica, sin que se altere la conclusión indicada el hecho que los montos a pagar hayan sido diferentes de un mes a otro, ya que esa es una característica propia de las remuneraciones variables. Que, por otra parte, el hecho que las boletas no sean correlativas en algunos casos, tampoco altera lo razonado, ya que no hay norma que prohíba a un trabajador el prestar servicios para distintos empleadores, ya que esta limitante está entregada a la voluntad de las partes. Que tenida por laboral la relación contractual que unía a las partes, el término de la misma debió producirse conforme a derecho, por lo que la alegación de la demandada en cuanto a que la actora había renunciado debió acreditarse como lo exige el artículo 177 del Código del Trabajo, esto es, con todas las formalidades en ella indicadas, así la calificación de injustificado del despido refleja lo actuado en la causa y se ajusta a la normativa vigente. Que lo razonado precedentemente llevará a e esta Corte a compartir la doctrina contenida en el fallo que se revisa y, en consecuencia, a rechazar el recurso de apelación mediante el cual se pretende impugnarlo.”¹⁵⁴

La Corte en este pronunciamiento, una vez acreditado el vínculo de subordinación y dependencia, ha calificado que el dinero percibido por la actora en virtud de la emisión de las respectivas boletas de honorarios, constituye remuneración en los términos del artículo 41 del Código del Trabajo. Asimismo, no se trastorna esta conclusión por la circunstancia de existir variabilidad en los montos que ellas representaban, ni por el hecho de que las mismas no sean correlativas, pues la legislación laboral no exige exclusividad en los empleadores.

“Que es cierto que en algunas oportunidades, no obstante otorgarse boletas de honorarios, puede configurarse una relación laboral, sobre todo cuando ella se extiende en el tiempo e implica una cierta consolidación de alguna situación dada (...)”¹⁵⁵

El siguiente fallo reitera el mismo espíritu:

¹⁵⁴ (CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Fallo de 10 de junio de 2005, Causa Rol N° 538-2004, Considerandos 10º, 11º y 12º. Confirmada por la CORTE SUPREMA, en Fallo de 22 de marzo de 2006, Causa Rol N° 3535-2005)

¹⁵⁵ (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Fallo de 27 de septiembre de 2011. Causa Rol N° 315-2011, Considerando 4º)

“Que la prueba rendida por las partes y que se pormenoriza en los motivos que anteceden, la cual apreciada en conformidad a las reglas de la sana crítica, es suficiente para determinar que la relación jurídica que unió a las partes de este juicio, corresponde a las de un contrato de trabajo, regido por el Código del ramo, toda vez que se dan los supuestos requeridos para ello, esto es, que existe una prestación de servicios personales, remunerados y realizados en condiciones de subordinación y dependencia, característica ésta que es sustancial a toda relación laboral; aun cuando las partes hubieren suscrito un contrato a honorarios, su denominación no “Que la prueba rendida por las partes y que se pormenoriza en los motivos que anteceden, la cual apreciada en conformidad a las reglas de la sana crítica, es suficiente para determinar que la relación jurídica que unió a las partes de este juicio, corresponde a las de un contrato de trabajo, regido por el Código del ramo, toda vez que se dan los supuestos requeridos para ello, esto es, que existe una prestación de servicios personales, remunerados y realizados en condiciones de subordinación y dependencia, característica ésta que es sustancial a toda relación laboral; aun cuando las partes hubieren suscrito un contrato a honorarios, su denominación no puede cambiar la naturaleza de los servicios ni puede negarse que la relación jurídica corresponde a un contrato de trabajo.

Que no obsta a la conclusión arribada, el hecho que el actor haya emitido una boleta a nombre de Real Chilena S. A. Compañía de Seguros Generales, puesto que esa excepción no tiene la entidad suficiente para desvirtuar el contrato de trabajo y, que por lo demás, los mismos testigos de la demandada manifiestan que al actor se le pagaba mes a mes y que se le entregaba un listado para que procediera a las cobranzas que se le encargaban, teniendo obligación de asistir a la Compañía antes de las 9,30 horas y que recibía órdenes del jefe del Departamento de Cobranza. Que de consiguiente, habiéndose acreditado que los servicios prestados por el actor a la demandada, configuran un contrato de trabajo, procede acoger la demanda de autos.”¹⁵⁶

La Corte ha determinado que la emisión mensual de boletas de honorarios efectuada durante un periodo prolongado, puede dar indicios acerca de la inexistencia de un contrato de prestación de servicios civiles y revelar, por el contrario, una relación laboral camuflada. Así se desprende de la siguiente sentencia:

“Que, en el periodo 30 de septiembre de 1998 y 1º de octubre de 1999, el actor trabajó para la demandada y, su remuneración habría consistido en honorarios, por los que firmó las boletas N° 78, de 30 de septiembre por \$ 81.481; N° 82 de 30 de octubre por \$ 256.928; N° 85, de 30 de noviembre, por \$ 222.222; N° 102, de 31 de diciembre, por \$ 633.333, todas las anteriores de 1998; N° 136, de 31 de marzo, por \$ 222.222; N° 138, de 31 de marzo por \$ 709.956; N° 139, de 30 de abril por \$ 1.185.658; N° 144, por \$ 325.438, de 28 de mayo; N° 153, de 22 de julio, por \$ 222.222; N° 167, de 31 de

¹⁵⁶ (CORTE SUPREMA. Fallo de 5 de abril de 1993, Causa Rol N° 9523-1993. Considerandos 9º, 10º y 11º de la Sentencia de Primera Instancia.)

agosto, por \$ 871.224; N° 171, de 30 de septiembre, por \$ 222.222 y N° 172, de 30 de septiembre por \$ 259.343, las 8 últimas del año 1999. Que esta Corte observa que las doce boletas de honorarios indicadas en la motivación que precede fueron emitidas por la empresa demandada y por un periodo de doce meses, lo que se aparta del procedimiento usual, que consiste en que los prestadores de servicios remunerados con honorarios emiten sus propias boletas. Si éste no ha obtenido sus boletas, la persona o entidad que le paga honorarios emite las suyas, pero no es corriente que ello ocurra durante un año. Que las probanzas y reflexión contenidas en los considerandos que preceden, analizadas aquellas conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a esta Corte a concluir que la relación que unió a la demandada fue, desde el 30 de septiembre de 1998, la de un contrato de trabajo, regido por el Código del ramo.”¹⁵⁷

c) Plausibilidad de Jornada Parcial y Multiplicidad de Empleadores.

En la siguiente sentencia, la jurisprudencia ha dispuesto que no obsta a la existencia de un contrato de trabajo oculto bajo un contrato a honorarios, la circunstancia de que la prestación de servicios se ejecute a tiempo parcial, ni que el trabajador labore para multiplicidad de empleadores.

“Que, de esta forma, la Corte ha adquirido la convicción, al analizar las pruebas antes descritas y las demás aportadas al proceso, conforme a las reglas de la sana crítica, que entre los actores y la demandada existió una relación contractual laboral sometida a la reglamentación del Código del Trabajo, al encontrarse acreditado los supuestos del artículo 7º del Código del Trabajo y en especial el vínculo de subordinación y dependencia que se expresa en este caso en la obligación de los docentes de ejecutar sus clases conforme a programas y planificaciones impuestas por la Universidad, cumpliendo con una jornada de trabajo indisponible para los docentes, en el lugar designado por la empleadora y con una remuneración mensual que se vinculaba a la asignatura dictada, esto es \$ 130.000 por cada una de ellas.

Que la existencia de una relación de trabajo a tiempo parcial, como era el caso de los profesores demandantes encuentra un reconocimiento expreso en el artículo 44 inciso tercero del Código del Trabajo en cuanto dicho texto señala que si se conviniere una jornada parcial de trabajo, la remuneración no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual calculada proporcionalmente en relación con la jornada ordinaria de trabajo.

¹⁵⁷ (CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Fallo de 05 de noviembre de 2001. Causa Rol N° 173-2001, Considerandos 2º, 3º y 4º)

En este mismo sentido y en armonía con la norma antes citada, el artículo 22 inciso segundo del Código del Trabajo regula la jornada de trabajo de las personas que laboran para distintos empleadores.

Luego, no existe inconveniente legal alguno en que una persona esté ligada o trabajando para empleadores o personas distintas en la medida que, razonablemente no se excedan de un número de horas que resulte físicamente imposible cumplir, lo que no es el caso de los actores por cuanto de las respuestas que se consignan en los oficios de fojas 89 y fojas 98 se advierte que el número de horas o jornada contratada por éstos en otras instituciones de educación, no exceden los límites normales de un profesor en nuestro país.”¹⁵⁸

d) Cargos de Responsabilidad y/o Representación. Incompatibilidad con Contrato a Honorarios.

El siguiente pronunciamiento judicial es novedoso, toda vez que prescinde del elemento subordinación y dependencia. Esta vez la calificación de los hechos constitutivos de un contrato de trabajo estará dado por el grado de responsabilidad asignado al trabajador contratado fraudulentamente, y el poder de representación con que habría actuado.

“Que el actor cumplía funciones de jefe de departamento o área de contactores eléctricos, ya que no se explica de otra forma que no sea en base a la existencia de un contrato de trabajo, que la propia empresa hubiere confeccionado al demandante tarjetas de presentación donde se le describe como representante técnico de la demandada, ni que éste hubiere asistido a diversas charlas en distintas empresas de la región, en representación de la empresa, ni que hubiere sido presentado a Codelco Chuquicamata como una de las personas que atenderían las necesidades de dicha empresa, pudiendo incluso en esa calidad, retirar planos y firmar órdenes de trabajo. Además, el actor obtenía como retribución por sus servicios un porcentaje de comisión por las ventas realizadas en su área de trabajo.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ (CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Fallo de 25 de agosto de 2006. Causa Rol N° 4040-2005, Considerandos 12° y 13°)

¹⁵⁹ (JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA, Causa Rol N° 4215-2004, Confirmado por CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, en Causa Rol N° 77-2005; y por la CORTE SUPREMA, Causa Rol N° 2816-2005. Considerando 11° del Fallo de Primera Instancia)

De esta manera, la sentencia coloca énfasis en los hechos que demuestran un poder de representación del empleador, y los torna incompatibles con un contrato de prestación de servicios civiles.

e) Efecto Relativo de Finiquitos

En el siguiente fallo, la Corte establece que la circunstancia de haber suscrito la actora finiquitos al término de ciertos períodos de tiempo y de haber celebrado nuevos contratos inmediatamente después de finiquitados, en nada altera la naturaleza de la relación laboral de la actora. Es decir, la jurisprudencia establece la presunción de laborabilidad prescindiendo de la calificación de los finiquitos:

“Tercero: Que corresponde analizar la naturaleza de los servicios prestados por la actora, de conformidad a las reglas de la sana crítica.

En efecto, de los medios probatorios de la actora, que resultan más convincentes, directos y explícitos, que los de la demandada, que sólo se limitan en forma insuficiente a dar por configurada la prestación de servicios de la actora a título de honorarios, en circunstancias que se desempeñó como docente en forma ininterrumpida en el lapso de tiempo comprendido desde el 1° de marzo de 1995 hasta el 31 de julio de 2008, se concluye que los servicios prestados por la actora corresponden a las de una trabajadora con vínculo de subordinación y dependencia, unido a que estaba sujeta a una jornada de trabajo y recibía instrucciones de sus superiores del Instituto de Biología de la Universidad Católica de Valparaíso.

Ahora bien, el hecho de haber suscrito finiquitos al término de ciertos períodos de tiempo y de haber celebrado nuevos contratos inmediatamente de finiquitados, en nada altera la naturaleza de la relación laboral de la actora, pues hubo prestación de servicios en forma continua e ininterrumpida bajo dependencia y subordinación, sujeto a instrucciones, horario y remuneraciones permanentes, elementos esenciales en la configuración de un contrato de trabajo regido por el estatuto laboral.

Cuarto: Que conforme a lo razonado precedentemente, ha quedado establecido que la naturaleza laboral del vínculo de prestación de servicios entre la actora y la demandada, fue la de un contrato de trabajo como el que define el artículo 7° del Código del ramo, y en ningún caso un contrato civil de arrendamiento de servicios inmateriales.

Interesante resulta el comentario del autor, Américo Plá Rodríguez, el cual expresa que "la realidad refleja siempre necesariamente la verdad, la documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder

la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o de obtener un provecho ilícito".¹⁶⁰

f) Autonomía: Elemento de la Contratación Civil

Hemos referido los criterios utilizados por Tribunales que se desprenden de la aplicación del Principio de Primacía de Realidad, para determinar la concurrencia de un contrato de trabajo; siendo el más significativo, exclusivo de la contratación laboral y excluyente de cualquier otro vínculo, la existencia de la subordinación o dependencia.

En este orden de ideas, la ausencia de este aspecto en cualquier unión, hace retornar inmediatamente a la sede civil –o comercial- el pacto suscrito. La autonomía es consecuentemente, el elemento que desplaza el contrato de trabajo. Así lo ha dispuesto la Corte de Apelaciones:

“Que el contrato civil de arrendamiento de servicios, quien los presta debe hacerlo también conforme a las instrucciones del acreedor de trabajo, pero en este contrato el prestador de servicios tiene la más amplia autonomía para imponerse su propio programa de trabajo, con la más amplia libertad”¹⁶¹.

4.3. La Teoría de los Actos Propios.

4.3.1. Concepto.

¹⁶⁰ (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Fallo de 17 de enero de 2011, Causa Rol N° 512-2010)

¹⁶¹ (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Fallo de 30 de diciembre de 1997, Causa Rol N°: 3165-1997)

La teoría de los actos propios ha sido concebida como aquella “regla que establece que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, lo que concierne al principio que impide conductas contradictorias y que se plasma en la máxima *venire contra factum proprium non valet*”¹⁶².

En este contexto, implica que ninguna persona puede ejercitar un derecho que se contraponga con conductas anteriores realizadas por la misma persona. Así, quien transgrede esta regla, atenta contra la buena fe contractual y comete un ilícito.

Los antecedentes de esta teoría nos remontan al derecho romano donde existían ciertas instituciones que implícitamente consagraban esta máxima. Un ejemplo claro es la institución de la vida independiente de la hija de familia, según la cual si una hija ha vivido como mater familias emancipada y ha instituido herederos por testamento, después de fallecida, su padre no puede alegar que no ha existido emancipación jurídicamente válida.

Sin embargo, y pese a su antigua consagración, no tuvo aplicación relevante en los ordenamientos jurídicos posteriores, sino hasta el siglo pasado, en especial en países extranjeros.

En Chile, su invocación ha tenido cada vez más espacios en Tribunales de Justicia, no obstante a que aún nos encontramos en estadios primigenios de su desarrollo. La construcción de la teoría de los actos propios ha sido realizada mayoritariamente por jurisprudencia, haciendo aplicación razonada de los principios generales del derecho. Sin perjuicio de ello, aún existen varias interrogantes, puntos oscuros y vacíos por dilucidar respecto a esta teoría, lo que ha provocado cierto resquemor en su aplicación.

4.3.2. Fundamento de la Teoría de los Actos Propios.

¹⁶² (EKDAHL ESCOBAR, 1989 pág. 25)

El fundamento esencial de la doctrina de los actos propios lo encontramos en un principio general que nutre todo nuestro ordenamiento jurídico: el Principio General de la Buena Fe.

El principio de buena fe que informa nuestro derecho, exige que las personas realicen sus conductas con lealtad respecto de sus pares, fomentando la confianza entre los sujetos, de forma tal que se realice la conducta debida y esperada. Toma fuerza la mantención de la palabra empeñada para conservar la línea lógica y congruente de conducta personal.

En este contexto, la buena fe aparece como un límite a los derechos subjetivos, sancionando aquellas conductas contradictorias. “En consecuencia, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la conducta contradictoria constituye una gravísima infracción al principio general de la buena fe, particularmente teniendo presente que la buena fe imprime en los hombres una obligación de comportarse en forma leal, justa, honrada, coherente, satisfaciendo la legítima expectativa que con sus actos ha originado en otros y respetando, en fin, cualquiera sea la dirección en que su actuar se proyecte, ese criterio de reciprocidad (...)”¹⁶³.

Se justifica como una necesidad para favorecer la lealtad relacional, y propender a la estabilidad contractual en una sociedad en constante mutación.

4.3.3. Requisitos de aplicación.

¹⁶³ (EKDAHL ESCOBAR, 1989 pág. 71)

Como expone la autora EKDAHL ESCOBAR¹⁶⁴, la aplicación de la teoría de los actos propios supone la interacción de ciertos requisitos que deben concurrir copulativamente, y que se infieren de la propia definición.

Estos presupuestos son:

- a) La existencia de una conducta –inicial- que se encuentra revestida de las condiciones de eficacia, validez y relevancia. Esta actuación está conformada por el acto o serie de actos de carácter vinculante que permiten establecer una determinada posición respecto de una persona en relación a una situación particular.
- b) Mediante el ejercicio de un derecho subjetivo se verifica una segunda conducta en contravención al comportamiento anteriormente efectuado. Concorre un proceder ejecutado con posterioridad a una conducta primigenia, hecho con la finalidad de obtener una actuación determinada de otro sujeto, y que se lleva a cabo como consecuencia del ejercicio de un derecho subjetivo que merece ser protegido; de tal suerte que el actuar posterior viene en contravenir una conducta original. Cabe destacar que el derecho subjetivo en que se funda la actuación contradictoria sería lícito de no ser por la existencia de la primera conducta.
- c) Este comportamiento contradictorio debe causar perjuicios a terceros. Si no existe perjuicio a terceros, no habrá nadie que sustente legitimación para hacer aplicación de esta teoría.
- d) Finalmente, tanto la conducta inicial como la contradictoria, deben ser atribuidas a un mismo autor.

¹⁶⁴ (EKDAHL ESCOBAR, 1989 pág. 39)

La no concurrencia de cualquiera de estos requisitos hace inaplicable la teoría de los actos propios.

4.3.4. Críticas a la Aplicación Extensiva de la Doctrina de los Actos Propios.

No obstante la razonabilidad del fundamento de la Doctrina de los Actos Propios, lo cierto es que su aplicación extensiva a todo el Derecho podría resultar incompatible e incluso imprudente.

En el Derecho del Trabajo la invocación de este principio se traduce en la imposibilidad práctica de reconducir un vínculo civil a la sede laboral, cuando el trabajador no denunció oportunamente su acaecimiento, ni objetó el trato civil “formalmente” recibido. De esta manera, se permite el fraude a la ley laboral en circunstancias de pasividad por parte del trabajador, facultando el abuso por parte de la figura de la relación más fuerte: el empleador.

Ello ha generado que esta corriente sea objeto de fuertes críticas en las aulas laboristas, no obstante el considerable –aunque menor- apoyo que ha tenido por las jurisdicciones.

Concordamos con el autor UGARTE CATALDO, cuando afirma que: “Curioso resulta, antes que todo, que una figura que hasta ahora aparece como una doctrina, sin reconocimiento normativo, y cuya aplicación ha sido cuestionada en el propio Derecho Civil, haga su disparatado y entusiasta estreno en el Derecho del Trabajo, todo a propósito del encubrimiento de la relación laboral por figuras civiles o mercantiles.”¹⁶⁵

En este sentido, las críticas se originan en la absurda extrapolación de un “instituto” de índole civilista, ámbito en el cual los contratantes se encuentran en situación de

¹⁶⁵ (UGARTE CATALDO, 2007 pág. 70)

paridad jurídica, al Derecho del Trabajo, que se caracteriza por una absoluta verticalidad contractual.

La Doctrina de los Actos propios podría constituir el perfecto subterfugio para la defraudación del Derecho del Trabajo. Además, es equívoco pretender la aplicación de ella cuando ha sido el mismo Legislador el que ha previsto esta posible situación de abuso contractual al consagrar la presunción de laborabilidad.

UGARTE CATALDO también denuncia el germen de contradicción que trae en sí mismo esta Doctrina extendida a la esfera laboral: “Al agente solamente le ligan las consecuencias del acto que realiza; cuando éste es válido ante el derecho, posee eficacia jurídica. Contra la conducta ineficaz o las consecuencias que de ella se derivan, puede válidamente venirse en cuanto su impugnación (...) no puede ser impedida en atención a la inadmisibilidad del *venire contra factum proprio*”.¹⁶⁶

En la hipótesis de nuestro estudio, resulta impensable que no pueda impugnarse un acto fraudulento, contrario al Derecho, a fin de no transgredir la expectativa conductual de la contraparte, máxime si tal expectativa es rotundamente ilegítima.

4.3.5. Reconocimiento Jurisprudencial de la Doctrina de los Actos Propios. Impunidad del Fraude Laboral

Citamos los siguientes fallos – a vía ejemplar- que han recaído en la hipótesis de la suscripción de un contrato de prestación de servicios civiles para lograr el camuflaje de un vínculo laboral y sus consecuencias jurídicas protectoras. Sin embargo, estas sentencias han proscrito la posibilidad de redireccionamiento de un pacto fraudulento a la esfera laboral, amparándose en la referida Doctrina de los Actos Propios:

¹⁶⁶ (UGARTE CATALDO, *Ibidem*)

“Noveno: Que corrobora los hechos expuestos precedentemente que el actor, durante todo el período en que se extendió la relación contractual, esto es, desde el año 2001 al 2006, suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, sin efectuar reclamo formal ni a sus superiores ni al ente administrativo pertinente, desechándose de este modo lo dicho por los testigos presentados por su parte, porque se refieren a la existencia de los reclamos sólo por dichos de terceros o del propio demandante, los que lo califica como testigos de oídas.

Décimo: Que la actitud mantenida en el tiempo por parte del actor, esto es, durante cinco años sin efectuar reclamo alguno, sino sólo a propósito de la no renovación del último contrato celebrado, vulnera el principio de la buena fe que debe impregnar a todos los contratos y que en este caso, no puede sino presumirse que no concurre en la especie. Lo anterior trae como consecuencia que tampoco aparece demostrada la existencia de uno de los elementos esenciales a todo acto y contrato, como es la voluntad o consentimiento de parte del actor de celebrar con la demandada un contrato de trabajo.”¹⁶⁷

“Noveno: Que la circunstancia de haber desempeñado durante 19 años, desde 1989 a 2008, labores de vendedor comisionista, emitiendo boletas de honorarios y en el último tiempo facturas para documentar el cobro de las comisiones, no hace sino reforzar la conclusión que el vínculo jurídico que unió al actor con la demandada, configuró un contrato de mandato mercantil para la venta y no un contrato de trabajo.

Sobre esta materia es útil mencionar la denominada Teoría de los Actos Propios, según la cual, si un sujeto define su posición jurídica mediante el desarrollo de determinadas conductas, no le es lícito desconocer, posteriormente sus propias actuaciones (Sentencia Excm. Corte Suprema de Justicia, rol 2320- 2008).

En este orden de consideraciones, el actor, transcurrido 19 años, no puede desconocer los acuerdos a que llegó con la demandada, para quién primero trabajó por 5 años como trabajador dependiente, en orden a sustituir la relación derivada del contrato de trabajo por la derivada del contrato de mandato mercantil para la venta, esgrimiendo ahora la calidad de trabajador dependiente, lo cual funda en hechos que no configuran tal calidad.”¹⁶⁸

En este contexto, la jurisprudencia permite el desamparo de los trabajadores que han sido objeto de una contratación fraudulenta, insinuando la existencia de supuestos plazos para objetar esta situación, y, en última instancia, deja a criterio de la pasividad de los contratantes la naturaleza jurídica de un contrato.

A mayor abundamiento, el razonamiento desarrollado en estos pronunciamientos suele prescindir de la calificación de los hechos subyacentes a la relación jurídica,

¹⁶⁷ (CORTE SUPREMA. Fallo de 26 de noviembre de 2011. Causa Rol N° 7471-2009)

¹⁶⁸ (CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Fallo de 11 de diciembre de 2009. Causa Rol N° 441-2009)

obviando la aplicación de los artículos 1º, 7º, 8º y demás pertinentes del Código del Trabajo.

4.3.6. Rechazo Jurisprudencial de la Extrapolación de la Doctrina de los Actos Propios

En el estudio que nos convoca, afortunadamente, la tendencia de la recepción de la Teoría de los Actos Propios no es imperante, y encontramos las siguientes decisiones jurisprudenciales que así lo demuestran:

“13º) Que por otro lado, cabe consignar que si bien la doctrina que invoca el recurrente (de los actos propios) tiene vigencia plena en el derecho privado, no tiene cabida en el derecho del trabajo, al menos respecto de los derechos del trabajador. Y no puede ser de otro modo, del momento que si se determina como hecho probado - como ocurre en la especie- la concurrencia de los elementos propios del contrato de trabajo (Arts. 7º y 8º del Código del ramo), ella es la calificación jurídica que corresponde al vínculo existente entre las partes. Sigue de lo anterior que si tal relación contractual se encontraba regida por el estatuto jurídico-laboral, las omisiones que denuncia el recurrente en el actuar de la trabajadora y que le impedirían reclamar derechos que le concede dicho estatuto -porque al no reclamarlos con anterioridad se estaría prevaleciendo ahora de su propia culpa-, no constituyen tal impedimento, toda vez que tratándose de un contrato de trabajo se rige por las normas propias y especiales de dicha legislación, entre las que se encuentra el Art. 5º, que consagra la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador mientras esté vigente el contrato; por tanto, aún en el evento de que no hubiere reclamado en ese período de las infracciones de su empleador, no puede interpretarse tal omisión como una aquiescencia que la imposibilite para accionar para la tutela de sus derechos, como lo aconteció en el presente proceso;

14º) Que el anterior criterio ha sido sustentado por esta Corte, que ha señalado: "que ante estos hechos, no es posible imputar al actor la teoría de los actos propios, porque es una teoría que tiene cabida en el Derecho Civil que no fue admitida por el tribunal de la instancia por oponerse al carácter tutelar del Derecho del Trabajo. Si esta es la relación jurídica entre las partes, de conformidad a lo previsto en el artículo 1º del Código del Trabajo la relación laboral antes descrita, se rige por las normas del Código del Trabajo, cualquiera que haya sido las categorías o nombre que las partes le hayan asignado a la convención. Por estas razones, se descarta que haya habido una errada aplicación el derecho, esto es haberse infringido el artículo 2006 del Código Civil, pues la relación laboral probada en autos corresponde a la figura contractual contemplada en los artículos 7º y 8º del Código del Trabajo, norma especial que prima sobre la

general del Código Civil: No existe errada aplicación del derecho" (Corte de Apelaciones de Temuco, 17/01/2011, 206-2010. N° Legal Publishing: 47483)".¹⁶⁹

El referido fallo descarta la extensión de una institución civil al ámbito laboral, permitiendo la reconducción de un pacto fraudulento al ámbito tuitivo del Derecho del Trabajo.

El siguiente pronunciamiento se formula en un recurso de nulidad, cuya argumentación iba dirigida a dejar sin efecto la decisión en consideración a esta Doctrina. La Corte de Apelaciones de Santiago, en contraposición y denegando el recurso, invoca el Principio de Primacía de la Realidad:

“3° Que, en ese contexto, se debe tener presente que al afirmarse que la sentencia incurre en la causal contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo, se sostiene que se dictó con infracción de ley que influyó sustancialmente en su parte dispositiva, lo que, necesariamente, supone aceptar el presupuesto fáctico que el tribunal dio por establecido, previa ponderación de la prueba rendida en la etapa procesal pertinente, porque, como se advierte, por dicha causal solo se impugna la aplicación del derecho a dicho postulado, y, por lo mismo, supone reconocer validez formal a la sentencia.

Los hechos que han sido fijados en la sentencia también se aceptan al invocarse la causal consagrada en la letra c) del artículo 478 del Código del Trabajo, porque por ella solo se pretende que se altere la calificación jurídica de los mismos;

4° Que, de la lectura de los motivos quinto y sexto de la sentencia que se impugna, se advierte que se dieron por establecidos los siguientes hechos: que el actor emitió boletas de honorarios por el período de febrero de 2010 a febrero de 2011 y siempre por el monto de \$ 500.000; y que existía un vínculo de subordinación y dependencia porque las labores que el actor desempeñaba eran supervisadas por quien lo contrató y por el representante de la empresa, quienes le daban "alineaciones", órdenes o instrucciones, tanto respecto del modo como de los procedimientos a emplear, porque participaba en reuniones de trabajo previamente fijadas y si bien no cumplía un horario de trabajo igual que los otros dependientes existía cierto control en cuanto a su hora de llegada y de salida, y porque gran parte de las labores las desarrollaba en dependencias de la empresa, la otra parte en terreno o bien en su domicilio;

5° Que, en consecuencia, como los elementos dados por acreditados son los que precisamente configuran la existencia de una relación laboral en los términos establecidos en los artículo 7 y 8 del Código del Trabajo, no ha podido infringirse lo que disponen dichas normas legales y las demás que se citan en el recurso, cobrando plena vigencia el principio de la primacía de la realidad, citado en la sentencia

¹⁶⁹ (CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. Fallo de 13 de junio de 2011. Causa Rol N° 100-2011)

impugnada, en cuanto que "las cosas son lo que en la realidad son con prescindencia del modo en que estas han sido denominadas."¹⁷⁰

Esta tendencia no produce por sí misma el restablecimiento del imperio del Derecho Laboral, pero sí faculta a las partes –normalmente al trabajador- para desplegar todos los esfuerzos probatorios a la acreditación de los hechos objetivos que conforman el contrato de trabajo. Y entonces, la judicatura podrá fallar determinando o no el vínculo laboral y su reconducción, prescindiendo de la mansedumbre de éste y obviando el transcurso del tiempo. Así se restablece el Derecho.

¹⁷⁰ (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Fallo de 10 de abril de 2012. Causa Rol N° 1143-2011)

CONCLUSIÓN

El Derecho del Trabajo surge como respuesta a los intentos políticos por equilibrar una situación de desventaja económica y social en que se hallaba el trabajador frente al empleador. En este contexto de labilidad, la normativa tiende a establecer mínimos de protección social y laboral, consagrando derechos irrenunciables, normas sobre seguridad social y estabilidad relativa en el empleo, entre otros.

Tal entramado regulatorio que nutre e impera la relación laboral, ha dado como resultado un contrato de trabajo dirigido por el Estado, que tiende a consagrar garantías inalienables, contituyéndose éste en un obstáculo productivo para el empleador, generándole mayores costos, y limitando una promisorio flexibilidad laboral. En esta situación fáctica, el contrato de trabajo es visto como un elemento a eludir con el fin de maximizar sus ganancias, trayendo como consecuencia necesaria el desmedro tuitivo.

Ante este escenario de aparente adversidad, el empleador busca figuras jurídicas más confortables para sus fines. Una de ellas es la celebración de un contrato de prestación de servicios civiles en lugar de uno de trabajo. Paulatinamente se origina la fuga de la relación laboral desde su sede protectora al ámbito de Derecho Común, donde impera la paridad paritaria entre los contratantes, y principios regentes muy disímiles entre ambos tipos de convenios.

De esta forma, el contrato laboral queda oculto, simulado por uno civil; se traslada de un vínculo tutelado por el Estado, a uno en que supone igualdad negociadora; de una unión socialmente protegida, a una sostenida por la casi absoluta voluntad de las partes.

Las consecuencias de este proceder afectan primordialmente al trabajador, quien pierde garantías en la medida que el empleador ahorra en gastos de mano de obra.

En estricto sentido legal, el contrato de prestación de servicios celebrado reviste de toda validez y cumple con todos los requisitos que le brindan eficacia. Sin embargo, cabe señalar que el Derecho del Trabajo no sólo está conformado por preceptos rígidos, sino que existe una pluralidad de principios que lo informan y le dan su particular fisonomía. Son precisamente éstos los lesionados cuando existe una contratación civil que encubre una relación de trabajo.

El ordenamiento jurídico siempre se ha preocupado del respeto hacia el espíritu de las normas, y no sólo del cumplimiento de su texto. Es por esto que conductas como aquélla han sido denunciadas por pluralidad de normativas extranjeras, y la doctrina se ha encargado de establecer mecanismos de respuesta frente a los diversos escenarios de vulneración indirecta de preceptos. Entre ellos, surge el instituto del Fraude a la Ley.

Con la figura jurídica del Fraude designamos una situación en que formalmente existe cumplimiento de la norma, mas no de su espíritu, razón que obliga al sistema jurídico a restarle eficacia al acto defraudatorio y hacer aparecer la convención real, oculta o simulada.

Esta realidad defraudatoria es idéntica a la que se presenta con ocasión de la celebración de un contrato de naturaleza civil que esconde una relación de trabajo. La respuesta tradicional forense ha sido variada, pasando desde la nulidad hasta la inoponibilidad y la aplicación del acto camuflado.

No obstante ello, no siempre estamos en presencia de un ocultamiento de una relación laboral obra del empleador, sino que muchas veces es el resultado de la concertación de voluntades de este último y el destinatario de las garantías: el trabajador, quien en aras de mejores condiciones económicas, y usualmente en un

intento por evitar la cancelación de derechos de seguridad social, incita a su contraparte a la contratación civil.

Los Órganos Garantes de la legislación laboral han procedido a la sanción y represión de la contratación defraudatoria laboral, y han dispuesto la reconducción del vínculo a la sede protectora. Sin embargo, no han utilizado ninguna de las vías tradicionales de respuesta al fraude, sino que se han valido del Principio de la Primacía de la Realidad, consagrado en el Código del ramo, en los artículos 7º y 8º.

De esta manera, configurándose los supuestos fácticos de toda relación de trabajo, se genera el automático retorno desde el ámbito civil o comercial, hacia la circunscripción laboralista, y la sanción respectiva.

En efecto, la Dirección del Trabajo ha utilizado principalmente su potestad fiscalizadora e interpretadora para ponderar las situaciones de hecho que subyacen a la contratación, calificándolas o excluyéndolas del área tuitiva. En este razonamiento han establecido criterios diferenciadores objetivos que han permitido esclarecer las situaciones confusas de imputación normativa.

A su turno, nuestros Tribunales de Justicia también han invocado el Principio de Primacía de la Realidad para dilucidar el –en ocasiones- fino hilo divisorio entre relaciones de prestación de servicios personales sujetas al Derecho Civil y lazos sometidos al Derecho del Trabajo, también sentando parámetros definitorios.

Los órganos que hacen jurisprudencia han señalado que el elemento más decidor, es, sin duda, el vínculo de subordinación y dependencia, exclusivo y excluyente de toda otra unión jurídica.

No obstante lo anterior, la posición jurisprudencial no es pacífica, toda vez que también se ha valido de la llamada Teoría de los Actos Propios a fin de morigerar las

situaciones de reconucción al Derecho Laboral. Esta postura no ha estado exenta de críticas.

En esta alternancia resolutive, el razonamiento judicial mayoritariamente se ha inclinado a favor de la reconucción del vínculo mediante la aplicación del Principio de la Realidad, particularmente constando la existencia de la subordinación y dependencia, estimando que el Derecho del Trabajo supone situaciones fácticas diferentes al Derecho Común, que tornan inaplicable la teoría señalada.

En suma, cuando se presenta un contrato de prestación de servicios civiles para encubrir una relación laboral, se origina un fraude a la ley del trabajo, fraude que es corregido a través de la reconucción de la unión hacia el Derecho Laboral, finalidad lograda mediante el accionamiento declarativo del Principio de la Realidad.

BIBLIOGRAFÍA

I. Textos Consultados

1. **ABELIUK MANASEVICH, René.** Las Obligaciones. 5° Edición Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2008.
2. **ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan.** Ilícitos Atípicos. 2° Edición Madrid, España : Editorial Trotta, 2006.
3. **DE CASTRO Y BRAVO, Federico.** El Negocio Jurídico. Madrid, España : Editorial Civitas, 1991.
4. **DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio.** Sistema de Derecho Civil. 5° Edición Madrid, España : Editorial Tecnos, 1987.
5. **DUCCI CLARO, Carlos.** Derecho Civil Parte General. 4° Edición Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2005.
6. **EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda.** La Doctrina de los Actos Propios: El Deber Jurídico de No Contrariar Conductas Propias Pasadas. Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1989.
7. **FERRARA, Francisco.** La Simulación de los Negocios Jurídicos. [trad.] Rafael Atard y Juan A. De La Puente. Madrid, España : Editorial Revista de Derecho Privado, 1960.
8. **FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo.** El Fraude a la Ley. Concepción, Chile : Editorial Universidad de Concepción, 1993.

9. **HUMERES NOGUER, Héctor.** Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 18° Edición Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2009. Vol. Tomo I.
10. **IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, Rafael.** El Abuso del Derecho y El Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo. Madrid, España : Editorial Colex, 1989.
11. **LANATA FUENZALIDA, Gabriela.** Contrato Individual de Trabajo. 2° Edición Santiago, Chile : Editorial Lexis Nexis, 2007.
12. **LARRAÍN RÍOS, Hernan.** Lecciones de Derecho Civil. Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1994.
13. **LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis.** Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Santiago, Chile : Editorial Lexis Nexis, 2007.
14. **LÓPEZ SANTA MARIA, Jorge.** Los Contratos Parte General. 3° Edición Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 2001.
15. **NIBOYET, J.P.** Principios de Derecho Internacional Privado. [trad.] Andrés Rodríguez Ramón. Madrid, España : Editorial Reus, 1928.
16. **NOVOA FUENZALIDA, Patricio y THAYER ARTEAGA, William.** Manual de Derecho del Trabajo. 3° Edición Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1997.
17. **PLÁ RODRÍGUEZ, Américo.** Los Principios del Derecho del Trabajo. 2° Edición Buenos Aires, Argentina : Editorial Depalma, 1998.
18. **RIVAS, D.** La Subordinación: Criterio Distintivo del Contrato De Trabajo. Uruguay : s.n., 2001.

19. **ROJAS MIÑO, Irene.** Manual de Derecho del Trabajo. Santiago, Chile : Editorial Lenix Nexis, 2004.
20. **THAYER ARTEAGA, William.** Introducción al Derecho del Trabajo. 2° Edición Santiago, Chile : Editorial Jurídica de Chile, 1984.
21. **UGARTE CATALDO, José Luis.** El Nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile : Editorial Lexis Nexis, 2007.

II. Artículos de Revistas

1. **BEJARANO, Silvia.** Principios del Derecho Laboral. En <<http://www.buenastareas.com/ensayos/Principios-Del-Derecho-Laboral/6580.html>>. [En línea] [Citado el: 20 de agosto de 2012.]
2. **FUEYO LANERI, Fernando.** *El Fraude a la Ley.* Enero de 1991, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Vol. 2 TOMO LXXXVIII, pág. 25 y ss.
3. **IHERING, Rudolph Von.** *Etudes Complementaires de l'Esprit du Droit Romain.* 1913. Paris, Francia : Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1913.
4. **DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón.** *Fraus omnia corrumpit. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil.* Concepción, Chile : Revista de Derecho Universidad de Concepción, 1993, Número 189.
5. **LIGEROPOULO, Alexandre.** La Defensa del Derecho Contra el Fraude: Estudio sobre el Problema del Fraude de Ley. 15 de enero de 1930, Revista de Derecho Privado, pág. 1 y ss.

6. **SANTORO, Francisco.** Doctrinas Generales del Derecho Civil. [trad.] A. Luna Serrano. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.
7. **UGARTE CATALDO, José Luis.** El Contenido del Contrato de Trabajo. *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*. Santiago, Chile : s.n., 1996. 94.
8. **UGARTE CATALDO, José Luis.** La Simulación Laboral Del Artículo 478: un Caso de Fraude a la Ley. *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*. Santiago, Chile : s.n., Junio de 2003. 173.
9. **VARGAS VIANCOS, M. Carolina.** *Contrato de trabajo, a honorarios y teletrabajo* <<http://rsc-chile.cl/columnas/34-m-carolina-vargas-viancos>>. [En línea] [Citado el: 21 de febrero de 2012.]

III. Separatas o Apuntes de Clases

1. **PALAVECCINO CÁCERES, Claudio.** Derecho del Trabajo I. *Separata del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Santiago, Chile : s.n., 2011.
2. **PALAVECCINO CÁCERES, Claudio.** Los Principios del Derecho del Trabajo. *Separata del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Santiago, Chile : Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.
3. **PALOMO VÉLEZ, Rodrigo.** Apuntes Derecho del Trabajo Universidad de Talca. Talca, Chile : s.n., 2006. 3.

IV. Memorias de Grado

1. **ARREDONDO LAGOS, Yolanda.** El Fraude a la Ley. *Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Santiago, Chile : Universidad de Chile, 1982.
2. **BARRERA FIERRO, José y RETAMAL MELLA, Karina.** El Fraude a la Ley Laboral. *Memoria para Optar al Grado de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Santiago, Chile : Universidad de Chile, 2009.
3. **BRUNA MACHUCA, Lorena y ROA PINTO, Macarena.** El Contrato a Honorarios que Encubre un Contrato de Trabajo. *Memoria de Prueba para Obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Santiago, Chile : Universidad de Chile, 2008.
4. **VILLAR MAUREIRA, Pablo y CAYUL VILLALOBOS, Pablo.** Desnaturalización de la Calidad de Empleador y Fraude a la Ley Laboral a la Luz de la Ley 20.123. *Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.* Santiago, Chile : Universidad de Chile, 2011.

V. Páginas Web

1. **Asimet Capacitación.** <http://www.asimetcapacitacion.cl>
2. **Buenas Tareas.** <http://www.buenastareas.com>
3. **Biblioteca del Congreso Nacional.** <http://www.bcn.cl>
4. **Contraloría General de la República.** <http://www.contraloria.cl/>
5. **Dirección del Trabajo.** <http://www.dt.gob.cl/>
6. **Legal Publishing.** <http://www.legalpublishing.cl/>

7. **Microjuris.** <http://www.microjuris.cl/>
8. **Poder Judicial.** <http://www.pjud.cl>
9. **Real Academia Española. 2001.** <http://www.rae.es/rae.html>