

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Memoria de Título para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Miguel Ángel Bravo Arriagada.

José Miguel Rosas Chuaqui.

Profesor Guía: Sr. Ricardo Yuri Sabag

Santiago, Chile 2006

INTRODUCCIÓN .	1
CAPITULO PRIMERO. NOCIÓN, EVOLUCIÓN Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD .	3
1.1.- Introducción .	3
1.2.- Enumeración, definición y noción de los principios del Derecho del Trabajo . .	4
1.2.1.- Enumeración . .	4
1.2.2.- Definición y noción de cada uno de los principios enunciados ⁷ .	5
1.3.- Evolución Histórica del Principio de la Primacía de la Realidad .	7
1.3.1.- Antecedentes Mediatos: .	8
1.3.2.- Antecedentes Inmediatos .	13
CAPÍTULO SEGUNDO. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD .	19
1.1.- Introducción: . .	19
1.2.- Enunciación: .	19
1.3.- Fundamentos del principio. . .	20
1.3.1.- La Imperatividad. .	21
1.3.2.- El Dinamismo. . .	21
1.3.3.- El Aformalismo. .	21
1.3.4.- Derecho Inconcluso. .	22
1.3.5.- El carácter de Concreto. .	22
1.3.6.- El carácter Protector. . .	23
1.3.7.- Los Fundamentos según Américo Plá Rodríguez. .	23
1.4.- Características del Principio de la Primacía de la Realidad: .	24
1.4.1.- No tiene consagración legislativa expresa: . .	24
1.4.2.- Criterio de Dirección de la Labor Jurisprudencial: . .	25
1.4.3.- Es un principio protector: .	25
2.- Presupuestos del Principio: .	25

⁷ El autor Justo López agrega el principio de la no discriminación o trato igual y el principio de integración o de actuación colectiva. Sin embargo, ambos pueden ser situados y tratados dentro del principio de la razonabilidad

2.1.- Enunciación. . .	25
2.2.- Existencia de conducta o hecho tipo. . .	25
2.3.- Existencia de un acuerdo, documento o escrito cualquiera: . .	29
2.4.- Oposición entre escritos, documentos o acuerdos y los hechos: . .	32
2.5.- La prueba de los hechos. . .	35
CAPÍTULO TERCERO. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD ..	37
1.- Introducción. . .	37
2.- Aplicación en el Contrato Individual de Trabajo. . .	37
2.1.- El artículo 4º del Código del Trabajo. . .	38
2.2.- El artículo 8, inciso primero del Código del Trabajo. . .	39
2.3.- El artículo 9 del Código del Trabajo: . .	41
2.4.- El artículo 11 inciso primero. . .	41
2.5.- Disposiciones relativas a la Capacidad para contratar. . .	42
2.6.- Disposiciones relativas sobre la Jornada de Trabajo . .	43
2.7.- Aplicación respecto de ciertas remuneraciones . .	46
2.8.- El artículo 64 del Código del Trabajo . .	50
2.9.- El artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo . .	52
3.- Aplicación en materia de Derecho Procesal Laboral. . .	52
3.1.- El artículo 454 del Código del Trabajo . .	53
3.2.- El artículo 456 del Código del Trabajo . .	53
3.3.- El artículo 478 del Código del Trabajo . .	54
CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD . .	55
1.- Introducción. . .	55
2.- Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia . .	56
2.1.- Análisis Sentencias período 1985 – 1990 ¹¹⁵ . .	56
2.2.- Análisis Sentencias período 1996 – 1998. . .	63

¹¹⁵ Anterior a este período encontramos cierta jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el principio de la primacía de la realidad, pero en el presente trabajo no será realizada, puesto que la que se analizará en los años posteriores, posee una mayor claridad de aplicación del mismo principio.

2.3.- Análisis Sentencias período 2001 – 2002 .	69
2.4.- Análisis Sentencias año 2003 .	82
3.- Dictámenes de la Dirección del Trabajo .	89
4.- Jurisprudencia Extranjera . .	91
CONCLUSIONES . .	93
BIBLIOGRAFÍA. . .	95
I.- LIBROS . .	95
II.- REVISTAS . .	97
III.- TESIS DE GRADO .	97
IV.- CONGRESOS, CONFERENCIAS Y SEMINARIOS . .	98
V.- TEXTOS ELECTRÓNICOS . .	98

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Para el logro de tal objetivo, hemos decidido abocar nuestra investigación a la rama del Derecho Laboral, puesto que ella constituye una de las ramas más fecundas del derecho, permitiéndonos realizar una investigación acabada, atendida la abundante información que brinda.

La metodología empleada en la presente memoria, comprenderá el análisis de material bibliográfico, tales como libros, memorias de grado, revistas en derecho, actas constitucionales, bases de datos computacionales sobre jurisprudencia nacional y dictámenes de naturaleza administrativa, entrevistas con expertos en la materia, entre otros.

En este sentido, nuestra labor se constituye por realizar un “Análisis Dogmático y Jurisprudencial del Principio de la Primacía de la Realidad en el Derecho del Trabajo”, principio, que en relación con otros jurídicos laborales, ha generado un verdadero estatuto normativo, que permite comprender de mejor manera la relación laboral, en cuanto a la creación de las normas laborales, interpretación, aplicación y ejecución de las mismas.

Para la realización del presente trabajo, hemos dividido nuestro análisis en cinco capítulos.

El Capítulo Primero, tiene por objeto analizar la noción, evolución y función el

principio en comento, para lo cual realizaremos un breve análisis respecto de los principios del derecho del trabajo, su evolución histórica, la enumeración y concepto de cada uno de ellos, su función dentro del derecho laboral, para terminar con la evolución en cuanto a los antecedentes mediatos e inmediatos del principio de la primacía de la realidad en la disciplina que nos ocupa.

El Capítulo Segundo realizaremos un estudio en profundidad del principio de la primacía de la realidad, traducido en definir su concepto, fundamentos, características, requisitos, fines y plantearemos la estructura del mismo.

En el Capítulo Tercero, desarrollaremos la aplicación del principio en análisis en nuestra legislación chilena, y principalmente hemos enfocado su desarrollo en materia en el contrato individual de trabajo, normativa que sienta las directrices en cuanto a su aplicación en todo el ordenamiento jurídico laboral, tomando especial atención a las últimas reformas laborales que ha experimentado nuestra disciplina.

El Capítulo Cuarto, tiene por objeto concluir con el objetivo de nuestro trabajo, cual es realizar un análisis y extractado de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, la Dirección del Trabajo y cierta jurisprudencia extranjera.

El último capítulo y final, tiene por objetivo plantear nuestras conclusiones, respecto de las hipótesis que se han dejado esbozadas en el texto de nuestro trabajo, de manera de cerrar por completo el análisis que motiva nuestra investigación.

Nuestro objetivo en el desarrollo de este trabajo, ha sido el de realizar un estudio exhaustivo en todas las aristas que envuelve el principio de la primacía de la realidad, así como de la aplicación doctrinaria y jurisprudencial que ha recibido en nuestro país, teniendo en consideración la trascendencia que este adquiere, en relación con la función social y protectora del trabajo que caracteriza al derecho laboral.

Esperamos que nuestro trabajo, constituya un aporte a la rama del derecho laboral.

CAPITULO PRIMERO. NOCIÓN, EVOLUCIÓN Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1.1.- Introducción

En este capítulo inicial, realizaremos un breve análisis respecto de los principios del derecho del trabajo, su evolución histórica, la enumeración y concepto de cada uno de ellos, su función dentro del derecho laboral, para terminar con la evolución en cuanto a los antecedentes mediatos e inmediatos del principio de la primacía de la realidad en la disciplina que nos ocupa.

Antes de adentrarnos en el análisis esbozado en el párrafo anterior, no podemos dejar de referirnos a la concepción de los principios generales del derecho. En este sentido, Karl Larenz ¹ expresa que “el orden jurídico en conjunto, o al menos grandes

partes del mismo, están subordinados a determinadas ideas jurídicas directivas, principios o pautas generales de valorización, a algunos de los cuales corresponde hoy el rango de derecho constitucional. Su función es justificar con la idea de derecho las decisiones de valor que sirven de base a las normas, unificarlas y, de este modo, excluir en lo posible las contradicciones de valor”.

En el prólogo de la obra de Del Vecchio, Felipe Clemente de Diego ², haciendo una aplicación jurisprudencial, dice de ellos que “los principios generales del Derecho son el aval de toda disquisición jurídica: ellos amparan los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen por base un precepto de ley o de costumbre, sirviéndoles de altísimo fundamento, en cuyo caso son fuente primaria difusa de solución jurídica que acompaña a todos los fallos expresa o tácitamente. Pero además otra función les estaba reservada, y es la de constituir fuente autónoma de normas de decisión, bien que subsidiariamente, en defecto de ley y de costumbre”.

Finalmente, y con especial atención, dado la importancia que tuvo en la génesis del principio materia de la presente memoria, podemos señalar la definición que nos da el autor Américo Plá Rodríguez ³, quien nos entrega una síntesis de conceptos, señalando que los principios del derecho del trabajo “son las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.

1.2.- Enumeración, definición y noción de los principios del Derecho del Trabajo

1.2.1.- Enumeración

Habiendo enunciado la definición de los principios jurídicos laborales de Plá Rodríguez ⁴, nos corresponde enumerar dichos principios.

García Martínez ⁵, quien ha hecho una síntesis de Plá Rodríguez, Justo López,

¹ Conf. Larenz, Karl: Metodología de la Ciencia del Derecho, pág 437, Barcelona 1980.

² Conf. De Diego, Clemente Felipe: En el prólogo de la obra de Giorgio Del Vecchio. Los principios Generales del Derecho, traducción de Juan Osorio Morales, pág 7, Barcelona, 1979.

³ Plá Rodríguez, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1978, pág 9.

⁴ Ver supra nota al pie anterior.

⁵ García Martínez, Roberto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, primera edición año 1998, pág 136.

Montoya Melgar, Luiz De Pinho Pedreira da Silva y Fernández Madrid ⁶, señala que los principios son los siguientes:

- Principio Protector
- Principio de la Irrenunciabilidad
- Principio de la Continuidad de la Relación Laboral
- Principio de la Primacía de la Realidad
- Principio de la Razonabilidad
- Principio de la Buena Fe

1.2.2.- Definición y noción de cada uno de los principios enunciados ⁷

1.2.2.1.- Principio Protector:

Es el criterio supremo informador del Derecho del Trabajo, que le determina su función primordial, siendo ésta la de establecer un amparo preferente en el sentido más amplio, a una de las partes de la relación laboral, cual es el trabajador.

El fundamento de este principio radica en compensar una desigualdad económica en perjuicio del trabajador con una desigualdad jurídica de signo inverso.

Las formas de concreción de este principio son:

El principio “Indubio Pro Operario”, que ordena o dirige al juez a elegir, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorables al trabajador.

El principio de la “Regla Más Favorable”, que tiene aplicación cuando existen varias normas jurídicas aplicables a una misma situación, debiéndose analizar cuál de todas es más favorable al trabajador.

En este sentido, Soto Calderón ⁸ expresa que: “Toda ley laboral consagra un mínimo social, está constituida por normas de orden público, pero de carácter mínimo. La ley, el proceso heterónomo de creación del Derecho, sólo establece un mínimo de protección para el trabajador”.

⁶ Plá Rodríguez, ob cit. López, Justo, en Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Tomo I, pág. 183, Bs. As., 1987. Montoya Melgar, Alfredo, Derecho del Trabajo, págs. 221-229, 1986. De Pinho Pedreira da Silva, Luiz, “Os principios jurídicos específicos do directo do trabalho”, en *Tendencias do Directo do Trabalho Contemporâneo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Cesarino Junior, Sao Paulo, 1980, Tomo I, pág. 344. Fernández Madrid, Juan, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág 165, Bs. As., 1989.

⁷ El autor Justo López agrega el principio de la no discriminación o trato igual y el principio de integración o de actuación colectiva. Sin embargo, ambos pueden ser situados y tratados dentro del principio de la razonabilidad

⁸ Soto Calderón, Juan Carlos, Teoría del Contrato de Trabajo, Editorial Jurídica de Chile. Modificaciones Legales del Sexenio 1973-1979, Santiago 1985, pág. 1008.

El principio de la “Condición Más Beneficiosa”, que tiene por objeto amparar al trabajador en sus derechos ya consolidados y que, de no existir este principio, podrían verse afectados, en situaciones críticas, por normas menos beneficiosas que considerarían derogada la anterior reglamentación, con sus respectivos derechos más beneficiosos.

1.2.2.2.- Principio de la Irrenunciabilidad:

Este principio es un desprendimiento y consecuencia lógica del principio protectorio. Fundamentalmente, la irrenunciabilidad se refiere a dos tipos de negocios: A los negocios derogatorios o renunciaciones anticipadas y a los negocios dispositivos, o negocios liberatorios de un derecho adquirido. La renuncia anticipada puede ser de derechos otorgados por ley o convenio colectivo. La renuncia liberatoria puede referirse a derechos obtenidos, incorporados al patrimonio del trabajador; o bien a condiciones ya obtenidas anteriormente⁹.

1.2.2.3.- Principio de la Continuidad de la Relación Laboral:

Este principio dice relación con el derecho del trabajador a que, una vez que haya comenzado una relación laboral, aquella permanezca constante en el tiempo, y así, este trabajador, pese a las variaciones y mutaciones que se produzcan en el tiempo, se sienta parte de la empresa. Ahora bien, éste debe materializarse en beneficios económicos, sociales y de orden sociológico para el trabajador.

No debemos considerar este principio como una expresión de la inamovilidad del trabajador en su empleo, sino que sólo se le deben otorgar las garantías necesarias para que éste pueda desarrollar su trabajo con confianza y seguridad.

El principio en comento tiene una influencia gravitante en nuestro Derecho Laboral, lo que se ha traducido en el último tiempo, por vía ejemplar, en la promulgación y publicación de la ley que establece el seguro de cesantía, la cual tiene por objeto adecuarse a la situación práctica que ocurre una vez que este principio se ha visto vulnerado por causa directa o indirecta, imputable o no al empleador.

Asimismo, no podemos desconocer las actuales prácticas laborales, las cuales abiertamente tienden a la flexibilización de la relación laboral, creándose nuevas y diversas figuras en las que existe el vínculo de subordinación y dependencia que se encuentra inmerso en el concepto de contrato de trabajo que recoge nuestra legislación, pero sin la rigidez que hasta hace poco tiempo constituía la regla general en nuestra rama.

1.2.2.4.- Principio de la Primacía de la Realidad:

Por constituir, el principio en comento, el objeto de este trabajo, nos remitimos al extenso análisis que en las páginas siguientes hacemos del mismo. Sin perjuicio de ello, y para efectos de mantener la estructura que estamos desarrollando, podemos esbozar desde

⁹ García Martínez, Roberto. Ob. cit. pág. 168.

ya la definición de este importante principio. Éste establece 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”.

1.2.2.5.- El Principio de la Razonabilidad y Buena fe:

Estos principios serán tratados conjuntamente, pues estimamos que ambos se encuentran íntimamente vinculados.

El principio de la Razonabilidad, constituye un criterio a utilizar para determinar si un acto está dentro de lo correcto o normalmente esperado, o si cae en la arbitrariedad o abuso del derecho, sirviendo al intérprete para fijar el verdadero alcance, lícito o ilícito, del actuar del hombre, ante situaciones en que el derecho entrega a los sujetos la facultad de guiar en los detalles o decisiones particulares, su propia conducta, por ser imposible al redactor de la ley el pensar en todos los supuestos que pueden darse en esta relación laboral.

El principio de la Buena fe, considerándolo en su acepción subjetiva, implica en materia laboral a la fidelidad a un acuerdo concluido o, dentro del círculo obligatorio, observar la conducta necesaria para que se cumpla en la forma comprometida la expectativa ajena ¹⁰. Si bien este es un principio general del derecho, en sede laboral, adquiere una mayor relevancia, dada la naturaleza de la relación jurídico laboral.

La vinculación entre ambos principios se puede resumir de la siguiente manera: Lo razonable del actuar está fundado en la buena fe. Cada parte del contrato actúa de buena fe, al entregar a la otra lo que se entiende objetivamente como expectativa de la acreedora, que tuvo al momento de celebrar el contrato. Así, tanto el empleador como el trabajador, al vincularse, comenzaron una relación laboral, con el deseo que cada uno cumpla su parte del contrato.

Así, señala López Santa María ¹¹: “quien emite una declaración de voluntad, dándole el alcance que habitualmente posee cualquier persona, tiene el derecho a la garantía que implica saber que el contratante no podrá atribuirle un significado individual diverso, y que el juez, en caso de interpretación, determinará los efectos de esa declaración considerando precisamente aquello que es usual”. La buena fe “exige, el último término que el juez interprete aplicando los criterios del hombre correcto”

1.3.- Evolución Histórica del Principio de la Primacía de la Realidad

¹⁰ Ducci Claro, Carlos. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1984.

¹¹ López Santa María, Jorge. Los Contratos. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2001.

1.3.1.- Antecedentes Mediatos:

Dentro de estos antecedentes, que también denominaremos lusfilosóficos, encontramos a las tendencias racionalistas, liberales, el positivismo y el causalismo, y señalaremos las tendencias actuales. Observaremos como, a través de estas tendencias, ha ido evolucionado y concretándose el principio en análisis, puesto que se ha ido considerando paulatinamente al ser humano como principal objeto de la filosofía y el derecho, razón por la cual se ha debido considerar con mayor importancia sus circunstancias fácticas.

1.3.1.1.- El Racionalismo:

La tendencia racionalista, vigente hasta el siglo XIX, aportó al derecho la existencia de valores eternos, universales e inmutables, anteriores a las leyes del estado, fundados en la razón universal (antes, logos o Dios), de modo que es ésta la única fuente de toda norma, lo mismo moral que jurídica. Una teoría racionalista de la sociedad, señala Marcuse¹², es aquella que subordina la actividad práctica a la idea de una razón autónoma, es decir, de una facultad humana de aprehender mediante el pensamiento conceptual, lo verdadero, lo bueno y justo.

La denominada “Escuela del Derecho Racional, que entre sus mayores exponentes se encuentran Rousseau y Kant, formula la máxima de la “coexistencia de la libertades”, que recogió en forma extrema el liberalismo económico: “obrar exteriormente de modo que el libre uso del arbitrio de cada cual pueda conciliarse con la libertad de todos”; y, extrayendo un concepto de derecho desde la razón pura, lo define como “... la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno pueda armonizarse con la facultad de obrar de otro, según la ley universal de libertad”. Así, la teoría Kantiana del derecho queda reducida a dos términos: la razón como creadora del derecho y la libertad como su objeto propio¹³.

Los valores suprahumanos del racionalismo y el hecho de subordinar la actividad práctica a la idea de una razón autónoma, alejaron al derecho de la realidad, de las necesidades humanas y contingentes de la época. La libertad, objeto del derecho para los racionalistas, se impuso como ley del contrato haciendo al contrato ley; los hombres pactaban en igualdad de condiciones, olvidando el hecho que la propiedad se había distribuido de tal forma que unos tenían en sus manos el capital productivo y los más, sólo su capacidad de trabajo; las relaciones jurídicas que originaba el hecho-trabajo se debatían dentro del marco patrimonial puesto que la fórmula de justicia fue expresada por Ulpiano: “Dar a cada quien lo que le pertenece”

Las concepciones racionalistas fueron recogidas por el liberalismo del siglo XIX, Rousseau había dado las fórmulas definitivas al individualismo y al liberalismo en el orden político; Kant las vertió en el orden jurídico especulativo.

¹² Marcuse, Herbert. “Cultura y Sociedad”. Ediciones Sur. 5º Edición. Impresora Argentina S.A., Buenos Aires, 1970, pág 23.

¹³ Castán Tobeñas, José: “Las Diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto del Derecho”. Instituto Editorial REUS. Madrid 1947, págs 31 ss.

1.3.1.2.- El Liberalismo:

Esta tendencia no es mas que la escuela económica triunfante y fue apoyado por el régimen constitucional basada en el individualismo.

Los postulados políticos fundamentales del liberalismo, resultado de su concepción económica, tales como la libertad de palabra y de prensa, la total publicidad de la vida política, el sistema representativo y el parlamentario, la división y equilibrio de los poderes, no han sido de hecho jamás realizados íntegramente; han sido limitados o eliminados totalmente según las distintas situaciones sociales ¹⁴.

De las ideas expuestas se colige la imposibilidad de establecer un estatuto tutelar de trabajo a la época; sin embargo, fue justamente en el siglo XIX que se materializó dicho estatuto, merced al sistema de producción capitalista que originó el maquinismo y la concentración del capital. Consecuencia de ello fue la proletarización de los hombres y la división de la sociedad en dos clases sociales.

Las doctrinas referidas plasmaron en los códigos del siglo XIX, a través de leyes que, por ser producto de la razón, se reputan perfectas; en el mismo sentido, y desde el renacimiento, la razón había guiado a los físicos y hombres de ciencia a descubrir leyes de la naturaleza que, aplicadas al vivir cotidiano, elevaron el Standard de vida de las personas, lo que trasuntó en el auge del positivismo en desmedro de la filosofía y la metafísica ¹⁵

1.3.1.3.- El Positivismo y el Causalismo:

Para el Positivismo Jurídico, Derecho es todo lo que el Estado establece como tal, sea cual sea su contenido desde el punto de vista axiológico o ético; del positivismo deriva la “teoría pura del Derecho” de Hans Kelsen, para quien el Derecho es solo norma coactiva, orden coactivo exterior, imperativo categórico, forma lógica en virtud de la cual las normas jurídicas no valen por su contenido; “La justicia es sindicada como un ideal irracional, del Derecho Natural, como concepción política y la moralidad, como teoría minimizada del Derecho Natural ¹⁶. Las leyes se reputan perfectas (como las de la naturaleza) por lo que hay que estarse a su lógica formal pues de ellas derivan su fuerza e imperio.

En relación con el Causalismo, éste se impuso merced a la perfección de las leyes físicas, por el cual “todo fenómeno es mirado, no en su singularidad, sino en relación con un fenómeno precedente que lo determina necesariamente; y aquel mismo hecho condicionado por un precedente es, además, condicionante con respecto a otro subsiguiente ¹⁷. Pero esta serie de fenómenos sucesivos no tiene ni comienzo ni fin: lo

¹⁴ Marcuse, Herbert. Op. cit., pág 19.

¹⁵ Decap Carrasco, Patricio. El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo. Seminario de Titulación Universidad de Concepción. 1987. págs. 10 ss.

¹⁶ Hübner Gallo, Jorge Iván. “Introducción al Derecho”, 5ª edición. Editorial Jurídica de Chile, 1984, pág 256.

primero, porque sería efecto sin causa; lo segundo, porque sería una causa privada de efecto; tampoco explica el causalismo la substancia ni distingue los valores de las cosas. Así, la noción “causa – efecto” de los fenómenos hubo de reemplazarse por la relación “medio – fin” allegando a los fenómenos, sobre todo a los sociales, valores que el positivismo obvia y no contempla; ello traerá consigo una visión teleológica del derecho, magistralmente recogida por el Derecho Laboral conceptualizado por Mario de la Cueva.

1.3.1.4.- Las Tendencias Modernas:

Como consecuencia de la aparición del “*homo economicus*”, se hizo necesaria replantear el problema del conocimiento del hombre, con el objeto de buscar satisfacción a sus necesidades vitales y sociales.

En este sentido Hübner ¹⁸ nos señala: “El siglo XX presencia un vigoroso renacimiento de los estudios filosófico – jurídicos, dentro de una extraordinaria variedad de escuelas y tendencias. Este hecho se hace posible por la superación de las barreras positivistas, tanto en la filosofía en general como en la filosofía del derecho, que se produce desde fines de la pasada centuria. Las corrientes Neokantianas, las escuelas de Marburgo y de Baden y el resurgimiento de la neoescolástica y del neoliberalismo, primero; y los grandes movimientos filosóficos de nuestros días, después, con la fenomenología de Husserl, la axiología de Scheler, el intuicionismo de Bergson, el existencialismo, el neotomismo, etc., consuman la quiebra del positivismo y abren las ventanas de la metafísica.

En el campo de la filosofía del derecho, Stammler y Del Vecchio son los grandes restauradores. Según la teoría crítica del derecho de Stammler señala: “El derecho no pertenece al reino de los fenómenos externos (presididos por la ley de causalidad), sino al reino de la teleología o de los fines. Es una categoría o modalidad del querer (Wollen)...Es querer, porque se mueve no con el mundo de la naturaleza, sino en el de las voliciones o de los fines. Es entrelazante (es decir, querer de relación o querer social), porque liga, vincula o coordina entre sí los fines perseguidos por diferentes individuos. Es autárquico, porque obliga por su propia virtud. Es inviolable, porque lleva dentro de sí una intención de regularidad y permanencia. Aquí encontramos un valioso antecedente para la interpretación finalista que reclamará De la Cueva para el derecho del trabajo.

Sin embargo, pese al mérito de haber barrido el positivismo jurídico en Alemania y restaurado la preocupación filosófica acerca del derecho, Stammler ¹⁹ “rechaza los métodos empíricos, sosteniendo que el derecho y los conceptos fundamentales son de carácter formal y deben descubrirse por procedimientos a priori, con lo que se aleja nuevamente el derecho de la realidad, puesto que rechaza los materiales empíricos del Derecho, contingentes, históricos, heterogéneos. Este formalismo a priori lo aleja del finalismo de su enunciado: El derecho, para Stammler, es una forma, un a priori, y como

¹⁷ Del Vecchio, Giorgio. “Filosofía del Derecho”, 8ª Edición. Editorial Bosh, Barcelona, 1963, pág 513.

¹⁸ Hübner Gallo, Jorge Iván. Ob. Cit., pág. 259.

¹⁹ Hübner Gallo, Jorge Iván. Ob. Cit., pág 259.

tal, universal y necesario.

Para Del Vecchio ²⁰, la esencia del derecho es una pura forma: “Una forma lógica (universal) que constituye un dato a priori (esto es, no empírico) y que se distingue como tal del contenido, sea empírico o trascendental. Pero dentro de su formalismo, Del Vecchio introduce un principio ético: “El derecho es un principio de valoración práctica, porque se refiere al obrar, a las acciones”.

No obstante, creemos que los esfuerzos por acercar el derecho a la realidad humana, de manera de extraer las necesidades individuales y sociales, se logró con Von Ihering, quién inicia la escuela teleológica jurídica. Siguiendo a Castán Tobeñas ²¹, “la característica y la novedad del sistema de Ihering es la idea de la finalidad. Del mismo modo que el mundo físico está dominado por la ley de la causalidad, así el mundo social y jurídico dependen de la ley del fin”. Apartándose de las formas, comprende que “sólo el contenido del derecho nos muestra su verdadera utilidad social” y, por esta vía, llega a la siguiente definición teleológica o de contenido: “El derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad que se conocen mediante el método experimental, de inducción jurídica (distinto del empirismo, que sólo reconoce la experiencia como fuente segura del conocimiento; en tanto el método experimental no excluye la concurrencia de principios generales analíticos o apriorísticos); y el fin del derecho será, justamente, garantizar esas condiciones de vida de la sociedad.

El derecho se torna así realista y humano; en la actualidad se le concibe en su triple aspecto valorativo, normativo y social. Según las nuevas concepciones, “es un objeto de conocimiento de carácter complejo, pues uno de sus aspectos persigue valores, aspira a acercarse a un deber – ser ideal; en otro de sus aspectos se expresa en un conjunto normativo determinado, y aún en otro de ellos debe aplicarse el tiempo y en el espacio de una sociedad determinada, debe concretarse en conducta humana que acata, elude o quebranta la norma vigente ²². Su finalismo lo resalta Hübner ²³: “...Todo mandato establece un “deber – ser” para algo, preceptúa un comportamiento con algún objetivo predeterminado, que es siempre una finalidad conveniente al ser, o sea, un valor o un bien. El mundo de la normatividad se hace inteligible pues, mediante la consideración de su carácter esencialmente teleológico o finalista”

1.3.1.5.- La concepción de Mario de la Cueva:

Es preciso revisar la doctrina planteada por el autor Mexicano, puesto que a través de sus postulados se recogieron las directrices para que, y de manera más concreta, el profesor Plá Rodríguez, formulara el principio que nos ocupa en esta memoria.

²⁰ Citado por Castán Tobeñas, José. Ob. cit., pág 41.

²¹ Castán Tobeñas, José. Op. cit., pág 94.

²² Figueroa Yáñez, Gonzalo. “Las investigaciones acerca de la relación entre Derecho y desarrollo”. En Revista de Estudios Sociales N° 6, 1975, pág 114.

²³ Hübner Gallo, Jorge Iván. Ob. Cit., pág 223.

Como expresa Mario de la Cueva ²⁴ : “El trabajo humano no puede ni debe quedar sujeto al derecho de las obligaciones y de los contratos, que es un derecho para las cosas, a diferencia del derecho del trabajo que es un derecho para los hombres.

De ello resulta que entre la realidad y su reglamentación jurídica media un abismo: es injusto reglamentar al contrato de trabajo como un contrato de derecho civil porque “uno es el principio de la libre determinación de las acciones y otra cuestión distinta es su efectividad social, o todavía, uno es el problema puramente psicológico de la libre determinación de la conducta y otro el problema de poder imponer la voluntad individual en las relaciones sociales; el régimen del contrato permitía imponer la voluntad del patrono, pero no la del trabajador.

Las relaciones jurídicas de la empresa liberal eran de carácter patrimonial; el dueño del capital, al reglamentar el trabajo en su fábrica, ejercitaba su derecho natural de propiedad y nada debía estorbar su dominio. “La protección al trabajo humano – señala De la Cueva – no pudo surgir en la sociedad y en el estado de principios del siglo XIX; lo impidieron las corrientes individualistas y liberales...en que la garantía de la máxima de la libertad es el fin del estado y del derecho; el derecho del trabajo no tendría sentido dentro de este sistema, pues al orden jurídico corresponde únicamente asegurar la posibilidad de la acción del hombre, pero no le compete ayudar o proteger el desarrollo de esa acción...Las relaciones económicas entre los hombres están gobernadas por las leyes necesarias de la economía y, por tanto, toda acción del estado o del derecho que estorbe el libre desenvolvimiento de esas fuerzas naturales es un obstáculo a la vida y al progreso de la sociedad; el derecho del trabajo sería contrario a la necesidad social, sería el suicidio de la sociedad y ésta, en consecuencia, no puede crearlo ni permitirlo ²⁵ .

El desarrollo histórico del derecho del trabajo, nos enseña que el derecho arranca de la vida misma, social y humana; de acuerdo al pensamiento de Mario de la Cueva, “el derecho brota de la naturaleza real del hombre, espíritu y materia y de las necesidades sociales, y la única misión del orden jurídico es asegurar que se realicen esas necesidades y aspiraciones” y ello cuanto “la vida humana no es exclusivamente razón y el derecho es vida humana...vida social y humana significan la plenitud del hombre; es la vida del espíritu, que es una eternidad, pero es también la vida de la materia”. Considera a la persona humana una finalidad en si misma y, siendo así, “ha de llevar una existencia digna de su condición en lo material y en lo espiritual”; “el derecho del futuro será un derecho vital y su esencia será asegurar el desarrollo integral de la vida humana ²⁶ .

Postula de la Cueva una justicia diferente a la de aquella que sólo se ocupa de las pertenencias pero no del hombre; así, la formula de Ulpiano será reemplazada por otra visión mas vital y sencilla: “Dar a cada quien lo que necesite” porque la persona humana tiene derecho a vivir una existencia digna; “un orden jurídico que funcione para una minoría, cuyas pertenencias defiende, pero que es impotente para dar satisfacción a las

²⁴ De la Cueva. Mario.

²⁵ De la Cueva, Mario. op. cit., pág 266

²⁶ De la Cueva. Mario. op. cit., prólogo.

necesidades humanas, no es un orden justo”.

Al definir el Derecho del trabajo, señala: “El Derecho del Trabajo se fundamenta en las necesidades sociales, en la idea de solidaridad, en la naturaleza humana y en la idea de justicia. Así, “Derecho es norma al servicio de los hombres, para dar satisfacción a sus necesidades espirituales y materiales; el orden normativo que no persiguiera esa finalidad, nos parece nada tendría que ver con el derecho; un sistema de normas que niegue las libertades del espíritu no es un orden jurídico y tampoco lo es el sistema que permita la explotación del hombre o no le asegure una existencia digna, o al menos la posibilidad de alcanzar una existencia digna.

Continúa, sólo en este orden de ideas es posible entender porque la realidad se impondrá al frío pacto en caso de desacuerdo entre lo que sucede en el terreno de los hechos y a lo que se ha escriturado; no nos será posible, entender lo contrario porque, ¿Cómo el mero formulismo, muchas veces carente de contenido real, sobrepasará la verdad material de los hechos? ¿Será posible desatendernos de la finalidad del derecho del trabajo para preferir las formas?.

Por eso es que el autor reclama para el derecho una interpretación finalista porque “los que quieren interpretar el derecho del trabajo conforme a los métodos viejos, tal como si estuvieran en pugna dos derechos subjetivos, corren riesgo de no entender el derecho del trabajo²⁷ .

El propósito del derecho del trabajo es dar satisfacción a las necesidades humanas a efecto de que el hombre pueda alcanzar una existencia digna, que le permita realizar su destino; la norma laboral debe ser norma “hecha conducta” y su interpretación y aplicación en un momento determinado debe necesariamente considerar su finalidad última, no es forma abstracta, sino positiva y real: debe estarse, en suma, a lo que sucede en la realidad misma anteponiendo en una jerarquía de valores el derecho del hombre a una existencia digna de la persona humana.

1.3.2.- Antecedentes Inmediatos

1.3.2.1.- Introducción

Aquí nos referiremos a los antecedentes inmediatos, o que también denominaremos Jurídico – Institucionales, del Principio de la Primacía de la Realidad, entre los que desarrollaremos al “Hecho Trabajo”, la “Relación de Trabajo”, los elementos personales de la relación y el contrato realidad.

1.3.2.2.- El Hecho Trabajo:

El hecho trabajo, engendra una relación jurídica. Si el trabajo es realizado por cuenta propia y en propio beneficio, es decir, cuando el sujeto aprovecha el fruto de su esfuerzo y lo apodera para sí, la relación se establece entre dicho sujeto y las demás personas

que están obligadas a respetar su ámbito de facultades sobre la cosa materia del respectivo derecho. Si el trabajo se realiza por cuenta ajena, la relación se establece entre el sujeto y la persona o entidad que aprovecharán el trabajo apoderándose de sus frutos; el objeto de la relación será, entonces, la prestación de servicios por una parte, y la respectiva remuneración o la solución de una deuda con la sociedad por la otra. Será siempre el hecho trabajo el que genere las relaciones referidas, pero la teoría tradicional de los actos jurídicos no podrá aplicarse en su cabalidad en este supuesto fáctico; no siempre nacerá del contrato, es mas, éste no le será necesario porque se confundirá el hecho con su propia relación: “la relación de trabajo nacerá en el momento mismo de la prestación del servicio de modo que, y pese a la existencia de un contrato de trabajo del cual deriva la obligación de la prestación de un servicio, será, sin embargo, éste como hecho jurídico el que prevalecerá sobre aquel como acto jurídico”²⁸

Siguiendo a Manuel Alonso García²⁹ el trabajo es un fenómeno ético, es un fenómeno social, es un fenómeno económico. Está ligado al desarrollo social y político de un país, el desempleo, la mendicidad, el alcoholismo, son factores que destruyen y modifican la realidad laboral, lo que hace que se adopten políticas que consulten cambios en la disposición del gasto, subsidios a las contrataciones individuales, políticas de ampliación de turnos, políticas que den acceso al sistema financiero y a los canales de comercialización a empresas pequeñas y medianas.

El trabajo, realizado bajo determinadas condiciones, atrae hacia sí la tutela del estatuto laboral. “Porque no todo trabajo, por el hecho de serlo, es objeto del derecho laboral”, según nos dice Alonso García³⁰; ello dependerá de la realidad normativa que se de a la significación jurídica del trabajo según criterios que se fundamentan en la concepción del trabajo que se tenga en un lugar y tiempo determinado. En general y como apunta Thayer³¹: “cierto tipo de trabajo que el hombre realiza, no para satisfacer específicamente su propia necesidad, sino para obtener una remuneración de parte de quienes aprovechan esa capacidad laboral, y satisfacer así sus necesidades personales y familiares de alimentación, habitación, vestuario y las demás que lo asedian, da origen al derecho del trabajo.

1.3.2.3.- La Relación de Trabajo

²⁸ Decap Carrasco, Patricio. ob. cit., pág 26.

²⁹ Alonso García, Manuel. “Derecho del Trabajo”. Tomo I. José María Borsh. Editor. Barcelona 1960, págs 16 ss: “En un sentido amplio el trabajo es una ley natural y el deber del trabajo corporal o intelectual es un dato a priori, no de la religión ni de la sociedad, ni de cualquiera otra institución positiva, sino de la misma naturaleza. En un significado medio, lo entiende a manera de función social que debe cumplirse; y, además cabe aceptar un estricto sentido material y económico conceptuando al trabajo como actividad realizadora de un valor puramente utilitario, y utilitario, además, no con proyección posiblemente moral, sino referido a significación de tipo exclusivamente materialista.

³⁰ Alonso García, Manuel. ob. cit., pág 16.

³¹ Thayer Arteaga, William. “Introducción al derecho del trabajo”. Editorial Jurídica de Chile. 2º edición. 1984, pág 12.

Al respecto Leonardo Graham³² señala: “cabe la interrogante de que haya una prestación de servicios regulada por el derecho del trabajo, sin que exista un acuerdo de voluntades, previo o manifestado cuando menos tácitamente, por quien presta ese servicio y por quien lo recibe; y Umaña Soto agrega³³ : “Ocurre con frecuencia que el trabajador inicia la prestación de sus servicios y la desarrolla efectivamente sin haber expresado su voluntad mediante acuerdo con el patrono, en un contrato de trabajo;...a veces el obrero trabaja sin saber quien es su verdadero patrono, pues ni siquiera ha conversado con él. Sobre todo en la gran industria, como apunta De la Cueva³⁴ : “Casi nunca interviene el empresario en la contratación de los trabajadores, a los cuales, frecuentemente, ni siquiera llega a conocer; tampoco son mandatarios jurídicos especiales quienes intervienen en la celebración de los contratos de trabajo, pues, en regla general, son empleador subalternos los que participan en estos actos. Además, en una gran mayoría de los casos, el ingreso de los trabajadores a una empresa se realiza mediante una oferta pública de trabajo, que puede ser aprovechada por cualquier persona que tenga conocimiento de ella.

En todos los casos, el trabajador ingresa al servicio de la empresa y desarrolla sus labores sin haber discutido previamente las condiciones básicas en que ha de prestar el trabajo, y frecuentemente adhiere a un reglamento pre-establecido; la relación de trabajo se determina, entonces, por una situación de hecho y dura mientras subsista la misma.

Del simple hecho del ingreso del trabajador a la empresa, emana todo un estatuto que impone condiciones mínimas, reglamenta la duración de la jornada, los descansos y las vacaciones, condiciones materiales de higiene y seguridad, salario, modos de cesación de la relación de trabajo, etc. Levasseur³⁵ señala: “En casos de este género hay un acuerdo de voluntades para atribuir situaciones individuales a las partes intervinientes, pero, sobre todo, para aplicar a los individuos situaciones generales o estatutos, el estatuto del patrono o el estatuto del trabajador. Según esto, una vez realizado el acuerdo, y puede ser realizado de la manera mas somera, todo un estatuto en bloque es el que deviene aplicable, sin posibilidad para las partes de evadirlo o de eliminarlo siquiera en parte; y agrega, “La aplicación de estos estatutos en bloque es inevitable para quién actúa como patrono o empleado, pues resulta automáticamente del hecho del enrolamiento; aceptar o no ese enrolamiento, es a lo que más frecuentemente se reduce la intervención de la voluntad de las partes”.

En conclusión, es la prestación del servicio y no el acuerdo de las voluntades lo que

³² Graham Fernández, Leonardo. “El contrato y la relación de trabajo”. Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México. N° 9, Julio 1977, pág 398.

³³ Umaña Soto, Manuel Francisco. “La costumbre y el contrato de trabajo”, en Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Escuela de Derecho. N° 22, Septiembre de 1973, pág. 161.

³⁴ De la Cueva, Mario. ob. cit., pág 460.

³⁵ Dr. G. Levasseur. “Evolución, caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo”. Rev. De la Facultad de Derecho de la Autónoma de México. Tomo II. Abril - Junio de 1952, N° 6, págs. 82 y 83.

determina que el trabajador quede amparado por el Derecho del Trabajo; y la relación de trabajo queda únicamente completa por el hecho real del su cumplimiento, a diferencia de los contratos de Derecho Civil en que la relación que originan es perfecta desde que las partes consientan en ella. No obstante, De la Cueva³⁶ acepta que el acuerdo de voluntades entre un trabajador y un empleador produce efectos, los que consisten “respecto del trabajador, en la obligación de ponerse a disposición del patrono para que éste utilice la fuerza de trabajo prometida y, tocante al patrono, en la obligación de permitir al trabajador que desempeñe el empleo que se le hubiere ofrecido, a fin de que pueda obtener las ventajas económicas pactadas en el contrato o consignadas en la ley”.

1.3.2.4.- Los Elementos Personales de la Relación

Los elementos personales de la relación afloran durante la Edad Media, pero no tienen la valoración ética que los caracteriza en la actualidad. Durante el régimen de servidumbre, asentado sobre la base de la vinculación personal entre el señor feudal y los siervos, estos se reducían voluntariamente a tal condición a cambio de la protección que el señor brindaba a los súbditos puesto que era característica de la época la gran inseguridad personal.

Las doctrinas germanas e italianas llevaron a sus últimas consecuencias las concepciones personalistas de la relación de trabajo, en demérito de los elementos patrimoniales de la misma. La relación de trabajo fue concebida como “una relación duradera y estable de carácter eminentemente personal a base de lealtad y confianza recíprocas, que une a todos los colaboradores de la empresa en una comunidad de intereses y fines, sintiéndose todos ellos solidarios de una obra común de interés nacional y colectivo.

Las tendencias modernas consideran a la relación de trabajo como el complemento del contrato. El propio Mario de la Cueva³⁷ expresa: “No sostenemos que la relación de trabajo nunca tiene origen contractual pues, a la inversa, hemos afirmado que, en distintas oportunidades, la relación de trabajo proviene de un acuerdo entre un trabajador y el patrono, nuestra afirmación esencial es que, en otras hipótesis y, particularmente en la gran industria, la relación de trabajo no procede de un acuerdo de voluntades”.

Las prestaciones laborales se traducen en deberes ético-jurídicos recíprocos para empleadores y trabajadores. Estos deberes son esenciales y principales en la relación de trabajo; tienen importancia e incidencia en la vigencia de la misma, porque la infracción a esos deberes puede determinar la legitimidad de la terminación del contrato, sea de parte del trabajador o del empleador. Y es indudable que para determinar si se han cumplido o infringido, habrá que estarse a lo que ocurra fundamentalmente en el terreno de los hechos, en la misma realidad del desarrollo de la relación; es difícil que la voluntad de las partes, manifestada incluso en forma escrita, pueda precisar los límites de tales deberes y su cumplimiento en la práctica.

³⁶ De la Cueva, Mario. ob. cit., pág 457.

³⁷ De la Cueva, Mario. op. cit., pág 462.

1.3.2.5.- El Contrato Realidad:

Este antecedente fue elaborado por el jurista Mario de la Cueva, y por exceder del objetivo del presente capítulo, la teoría será abordada y cotejada con la elaborada con la de Américo Plá Rodríguez, al analizar la estructura del principio de la primacía de la realidad, lo que se desarrollará en el siguiente capítulo

CAPÍTULO SEGUNDO. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1.1.- Introducción:

En el presente capítulo, realizaremos un estudio en profundidad del principio de la primacía de la realidad, traducido en definir su concepto, requisitos, fines y plantearemos la estructura del mismo.

1.2.- Enunciación:

El concepto que doctrinalmente ha sido más aceptado, respecto de la concepción del Principio de la Primacía de la Realidad, ha sido el señalado, cuatro décadas atrás, por el Profesor Plá Rodríguez ³⁸, quien señala:

“El Principio de la Primacía de la Realidad, 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”.

No obstante lo anterior, buscando sus orígenes, encontramos que este principio fue esbozado por primera vez en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, donde el jurista Lupo Hernández Rueda, lo denominó como el “Principio de la Primacía de los Hechos”, denominándolo como “la primacía de la realidad de los hechos sobre lo consignado por escrito en el contrato de trabajo”³⁹.

El concepto elaborado por Plá Rodríguez, fue recogido del autor Mexicano Mario de la Cueva, quien elaboró la concepción de “marco del contrato” o “contrato realidad”⁴⁰. Dicho autor nos señala que: “...para entender la protección del Derecho del Trabajo no basta el contrato sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, lo cual justifica la protección laboral aunque el contrato sea nulo o no exista. De esta manera, el contrato de trabajo dejaría de ser consensual desde el momento en que para surgir a la vida del Derecho, no basta el sólo acuerdo de voluntades”⁴¹.

Desarrollando este principio, el autor Uruguayo adscribió el principio en análisis a los “documentos o acuerdos”, subordinando lo escriturado y de las formas, a lo que sucede efectivamente en el terreno de los hechos, una vez que estos últimos se encuentren probados.

1.3.- Fundamentos del principio.

Enunciado el principio en análisis, abordaremos los fundamentos en los cuales este se sustenta.

El principio de la Primacía de la Realidad se fundamenta, en primer lugar, en los principios generales del derecho del trabajo, puesto que estos constituyen los aspectos mínimos establecidos por las leyes, como la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el principio de la buena fe, el principio prooperario y la equidad que debe presidir las decisiones de los jueces, los cuales han sido analizados detalladamente en el capítulo anterior.

³⁸ Plá Rodríguez, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1978, pág. 243.

³⁹ “Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Buenos Aires. 1983. Ponencias. Tomo II. Pág. 1038. VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Hernández Rueda, Lupo: “El problema de las lagunas laborales; la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo: justicia social, equidad, buena fe”.

⁴⁰ La concepción “Marco del Contrato” surge con Mario de la Cueva, Derecho Mexicano del trabajo, 2ª ed., México, 1943 (t. I, p. 381). Hernández Rueda, afirma que “el principio de la primacía de los hechos sobre lo escrito, sirve de fundamento al contrato realidad de que habla De la Cueva”. op. cit., pág. 1038.

⁴¹ Gamonal Contreras, Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo, editorial jurídica de Chile.. 1998. pág 174.

No obstante lo anterior, una sistematización más acabada de los fundamentos más directos del principio de la Primacía de la Realidad, los podemos obtener de las finalidades y características que posee el derecho laboral, que han sido desarrollados en nuestra doctrina⁴², y que por medio del presente trabajo analizaremos.

1.3.1.- La Imperatividad.

Si bien es cierto que el concepto de Imperatividad es una característica general de toda norma jurídica, en sentido que la violación de esta implica una sanción coercitiva establecida por el ordenamiento jurídico; en materia laboral, cobra vital importancia, puesto que constatando el “hecho trabajo” y los supuestos jurídicos que determinan la protección del estatuto laboral, el trabajador quedará amparado por los beneficios mínimos e irrenunciables que establece el derecho del trabajo, y entonces cualquiera sea la denominación que las partes le den a su relación, prevalecerá siempre, imperativamente, la realidad por sobre dicha cualificación.

1.3.2.- El Dinamismo.

La relación laboral, se encuentra regida por las situaciones que se van produciendo en el desarrollo de ésta, lo que se puede ver traducido en el mejoramiento de las condiciones laborales de un trabajador, o la sujeción al estatuto laboral de un prestador de servicios, cuyo contrato se encuentra regido por el derecho civil. De esta manera, el principio de la Primacía de La Realidad, encuentra fundamento en la adaptabilidad que posee el derecho del trabajo, para comprender e interpretar las modificaciones en los términos en que evoluciona la relación laboral.

En este sentido, Mario de la Cueva⁴³ nos señala que: “el juego de las distintas fuentes del derecho del trabajo hará que se vaya modificando el contenido de la relación individual de trabajo y bien puede suceder que, con el tiempo, nada subsista de las primitivas condiciones de trabajo. Las nuevas instituciones que se creen serán debidas al desarrollo natural del derecho del trabajo, más que a la voluntad de las partes”; o bien, “dado un contrato civil, el desarrollo del trabajo lo transforme en una relación de trabajo...y entonces, dado el carácter imperativo del derecho del trabajo, habrá que aplicar este estatuto sin que pueda hacerse valer la intención de los interesados.

1.3.3.- El Aformalismo.

La doctrina ha señalado el carácter “aformalista”, que posee el derecho laboral, en el sentido que pretende proteger los hechos emanados de un contrato de trabajo o de una relación laboral, sin que sea necesaria una formalidad especial⁴⁴. Sin embargo, en el

⁴² Decap Carrasco, Patricio. El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo. Seminario de Titulación Universidad de Concepción. 1987. págs. 68 ss.

⁴³ De la Cueva, Mario. op. cit., pág. 464.

derecho actual se encuentra radicada la tendencia a la escrituración de las relaciones jurídicas a través de contratos, y ello se ve acentuado en el derecho del trabajo, pero el fundamento aformalista que citamos, precisamente protege los hechos que configuran la realidad de la relación laboral, por sobre un acuerdo formal, protegiendo al trabajador de eventuales figuras simuladas que invente el empleador, para eludir sus derechos laborales.

1.3.4.- Derecho Inconcluso.

Se ha señalado por De la Cueva ⁴⁵ que: “existen actividades que pertenecen al derecho del trabajo, pero otras son inciertas y el derecho civil aun no las abandona. Por ello también es que el derecho laboral tienda a la generalización y deba regular todas las situaciones nacidas de la relación de trabajo, cualesquiera que sean las condiciones en las cuales se hubiera ésta establecido”. El derecho del trabajo debe regir toda prestación de servicios, a menos de existir una razón de técnica jurídica o una necesidad social que lo impida; pues cuando tal ocurra, las ventajas que derivarían de la aplicación del derecho del trabajo serían menores que los inconvenientes.

Nosotros estimamos, que no se puede considerar al derecho del trabajo como un derecho inconcluso, y que por ello éste deba tender a la generalización y consagración en normas legales de las diferentes figuras contractuales que se puedan presentar en una relación laboral. Por ende, creemos que no puede servir de fundamento del principio de la Primacía de la Realidad, puesto que éste nace de los principios generales del derecho de trabajo, específicamente de la finalidad social y protectora, y no se puede pretender que a través de la creación de un derecho “más acabado”, este principio pierda fuerza en su aplicación.

Por su parte, las normas de interpretación de las leyes laborales, establecen como regla de clausura que éstas se interpretarán a través de la equidad y los principios generales del derecho. Al mencionar De la Cueva, que el derecho del trabajo debe regir toda relación de prestación de servicios, a menos de existir una razón de técnica jurídica o necesidad social que lo impida, es precisamente aquella técnica, traducida en la interpretación de las normas jurídico laborales, a la cual se debe acudir en el caso que no exista norma concreta que zanje un determinado conflicto laboral, y esta tarea recae en la labor jurisprudencial realizada por los tribunales superiores de justicia.

1.3.5.- El carácter de Concreto.

La concreción del derecho del trabajo es el resultado de la especialidad de los trabajos y de las distintas condiciones en que se prestan. Por eso, al analizar cada caso concreto y con el objeto de determinar por el juez la naturaleza de la relación, es menester analizar las condiciones en que se desarrolla la relación jurídica en la práctica ⁴⁶.

⁴⁴ Guerrero Figueroa, Guillermo. Introducción al Derecho del Trabajo. 2ª Ed. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia. 1982.

⁴⁵ De la Cueva, Mario. op. cit., págs 440, 454.

1.3.6.- El carácter Protector.

El carácter protector del derecho del trabajo constituye un fundamento principalísimo del principio de la Primacía de la Realidad, puesto que el derecho del trabajo protege a la persona del trabajador, independientemente de su voluntad o la del empleador y así, el cumplimiento de sus normas no queda a la iniciativa de las partes que intervienen.

1.3.7.- Los Fundamentos según Américo Plá Rodríguez.

El autor Uruguayo, señala como fundamentos del principio de la Primacía de la Realidad, la exigencia de la buena fe, dignidad de la actividad humana, desigualdad de las partes e interpretación racional de la voluntad de éstas.

Respecto de la buena fe, señala: “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... Aún cuando no siempre la discordancia entre los hechos y los documentos provenga de la mala fe, lo cierto es que la afirmación de la primacía de los hechos – es decir, de la verdad sobre la ficción – sirve para cubrir tanto aquellas divergencias inspiradas intencionalmente, como las procedentes de simple error involuntario, sin necesidad de obligar a la discriminación precisa del grado de intencionalidad existente en cada caso”.

“Dado que el efecto principal del contrato es la prestación de la actividad humana, parece claro que ese hecho – que en algún grado participa de la dignidad procedente de la actividad humana – debe prevalecer sobre un elemento puramente elemental y especulativo, como puede ser el texto de un contrato...el derecho laboral regula la actividad humana, que aunque pueda originarse en la obligación emergente de un contrato, se desprende luego de su texto para adquirir vida independiente”.

Respecto de la desigualdad de las partes, nos señala: “cada trabajador no suele tener independencia para discutir de igual a igual con su empleador, para que el documento que refleje el contenido del contrato se ajuste plenamente a la realidad. La forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la práctica”.

Respecto de la interpretación racional de la voluntad de las partes como fundamento del principio de la Primacía de la Realidad, Plá nos señala: “Se ha entendido siempre que en materia de contratos consensuales, la modificación que en la práctica se va operando en la forma de cumplimiento de un contrato revela una forma de expresión del consentimiento tácito para modificar el contenido del pacto primitivo. En esta materia, lo que ocurre es que los hechos revelan la voluntad real de las partes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello. Y ese consentimiento tácito – pero indiscutiblemente, válido y claro debe prevalecer sobre el texto escrito primitivo por ser posterior, y sobre cualquier documento procedente de una

⁴⁶ Decap Carrasco, Patricio. op. cit., pág. 71.

sola de las partes, por ser bilateral ⁴⁷ .

Enunciados los fundamentos señalados por Plá del principio en análisis concluimos lo siguiente:

En relación a la buena fe, Decap ⁴⁸ , no lo incluye como fundamento, esgrimiendo que no siempre la oposición entre los hechos y los documentos o acuerdos provienen de la mala fe, sino que también se produce por error. Nosotros estimamos no considerarlo como principio, pero no por las razones esgrimidas por este autor, sino por considerarla como principio general del derecho, que inspira todo el ordenamiento jurídico. No creemos que las razones sean las correctas, esto es, no considerarlo como fundamento porque la oposición entre hechos y acuerdos no solo se deba a mala fe, sino que también a un error, ya que considerar la oposición – hechos versus acuerdos - en base a “errores”, sean voluntarios o involuntarios, creemos que centra la relación laboral en el “contrato” (considerándolo como acuerdo formal), corregible a través de una nulidad relativa o por la ratificación de las partes, y eso es lo que el principio en análisis precisamente pretende resguardar, los hechos de una relación jurídico laboral en desarrollo, por sobre los acuerdos o documentos formales.

El fundamento de la desigualdad de las partes, señalado por Plá, se circunscribe al carácter protector e imperativo del derecho del trabajo.

1.4.- Características del Principio de la Primacía de la Realidad:

En el presente acápite, hemos querido adentrarnos en el concepto, tomando en cuenta sus principales características:

1.4.1.- No tiene consagración legislativa expresa:

Consideramos que el principio en análisis, tiene una injerencia tan amplia en materia laboral, que no consideramos que se encuentre consagrado de una manera expresa en nuestra legislación laboral, aunque si bien se ha señalado que se encontraría principalmente en los artículos 8 y 9 del Código del Trabajo, materia que analizaremos en otro capítulo, su falta de consagración constituye una ventaja. Así lo señala Plá: “Curiosamente la experiencia histórica universal enseña que la concreción en la ley les quita fecundidad (a los principios). Se ha señalado que en los países en que no se ha dado una advocación jurídico positiva a los principios del derecho del trabajo, éstos se han abierto camino con mayor pujanza y decisión que en los restantes. La consagración en virtud de la ley cristaliza y, por eso mismo, congela la función que estos principios

⁴⁷ Plá Rodríguez, Américo. op. cit., págs. 268 y ss.

⁴⁸ Decap Carrasco, Patricio. op. cit, pág. 72.

pueden tener”⁴⁹ .

1.4.2.- Criterio de Dirección de la Labor Jurisprudencial:

No ahondaremos mayormente respecto de esta característica, puesto que dedicaremos un capítulo completo, al análisis de la jurisprudencia respecto del principio de la Primacía de la Realidad.

1.4.3.- Es un principio protector:

El principio fue analizado anteriormente, en el sentido que siempre operará a favor del trabajador, ya que si el documento o escrito contiene beneficios que superen los mínimos legales, el empleador se verá impedido a impugnarlo.

2.- Presupuestos del Principio:

2.1.- Enunciación.

De acuerdo a lo señalado por Américo Plá⁵⁰ , indica que los desajustes entre los hechos y la forma, pueden tener distintas procedencias, a saber:

Intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta a la real.

Provenir de un error.

Por falta de actualización de datos.

Falta de cumplimiento de requisitos formales.

Por su parte, Decap⁵¹ , señala que los presupuestos para la operatividad del principio de la primacía de la realidad, serían los siguientes: existencia de una conducta o de un hecho tipo; existencia de un acuerdo, pacto, documento o escrito; oposición entre éstos y los hechos; y, la prueba de los hechos.

Adhiriendo a los presupuestos planteados por Decap, a continuación procederemos a analizarlos.

2.2.- Existencia de conducta o hecho tipo.

⁴⁹ Plá Rodríguez, Américo. op. cit., págs. 17 y 14.

⁵⁰ Plá Rodríguez, Américo. op. cit., pág 256.

⁵¹ Decap Carrasco, Patricio. op. cit., pág 76.

Podemos observar que el derecho del trabajo reglamenta y protege la prestación de servicios personales cuando estos son ejecutados bajo ciertas circunstancias previstas por el legislador. Dichas circunstancias constituyen las conductas o hechos, los que determinarán el “hecho trabajo”, que el derecho debe dar protección y tutela jurídica.

Determinar las conductas o hechos, constituye una difícil labor, ya que estos denominados “Supuestos Sociológicos”, no son uniformes en la legislación positiva; por ello dependerá del concepto que se tenga del trabajo en un tiempo y lugar determinado.

En este sentido se ha señalado que: “El derecho del trabajo descansa sobre la realidad social y esa realidad en los hechos se presenta íntimamente unida a los recursos naturales sobre los que opera, a las fuerzas que controla, a los instrumentos de su control y a las instituciones sociales en cuyo seno se desenvuelve⁵²”.

Uno de los supuestos trascendentales en la relación laboral, es el denominado vínculo de subordinación o dependencia de un trabajador respecto de su empleador. Es así como Alonso Olea⁵³ expresa que “la realidad social sobre la que el derecho del trabajo descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y característico de trabajo que, por lo demás, ha surgido históricamente como realidad diferenciada críticamente importante en un período histórico relativamente reciente. Un tipo de trabajo singular en cuanto singular en cuanto a la relación existente entre actividad del sujeto y los frutos de la misma. La realidad social sobre la que el derecho del trabajo descansa es el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena”.

Por relación de subordinación o dependencia, nuestra doctrina nacional ha señalado⁵⁴ se trata de un concepto triple que engloba tres aspectos:

Jurídica: Por cuanto la esencia de esta relación es poner a disposición de otro la propia capacidad de trabajo mediante una remuneración económica.

Económica: Debido a que se sostiene la vida a través de esa remuneración.

Técnica: Porque es el empleador quien califica la calidad o bondad del trabajo realizado.

Para otros autores el contenido es más restringido, siguiendo a Octavio Bueno Magano⁵⁵, la subordinación tiene un significado jurídico que se traduce en la sujeción del trabajador al empleador, esto es, el poder de dirección del empleador visto desde el punto de vista del trabajador. En este sentido, Walter Errázuriz⁵⁶ reconoce también este

⁵² Alonso Olea, Manuel. Art. “Sobre la Realidad Social subyacente al derecho del trabajo”. En Rev. Derecho del Trabajo. Año XXXI. N° 3. Marzo 1971. Editorial La Ley. Buenos Aires, pág 146.

⁵³ Alonso Olea, Manuel. op. cit., pág 147.

⁵⁴ Thayer Arteaga, William, Manuel del Derecho del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, 5ª Edición, Santiago, Chile.

⁵⁵ Citado por Walker Errázuriz, Francisco, pág. 262 ss. Derecho de las Relaciones Laborales, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 2003, pág 50.

⁵⁶ Walker Errázuriz, Francisco. Ob. Cit., pág. 263.

contenido jurídico reglamentario de la subordinación que impone al trabajador conductas como: cumplir jornada de trabajo, realizar su trabajo en la forma ordenada por el empleador, sometimiento a control, asistir al lugar de trabajo convenido, cumplir con las directrices impartidas, etc.

De acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia, y en concordancia con lo señalado por Melis y Sáez ⁵⁷, han interpretado la cláusula, utilizada por nuestro Código del Trabajo, de “dependencia o subordinación” y han resuelto que “el poder de mando del empleador como expresión del vínculo de subordinación o dependencia, debe traducirse en la facultad que tiene el empleador de impartir instrucciones al empleado y en la obligación de éste de acatarlas, de dirigir su actividad, de controlarla y hacerla cesar.”

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, convergen en considerar que el contenido de la subordinación, como elemento esencial de la relación laboral, viene dada por el sometimiento jurídico de una parte (trabajador) a la otra (empleador), y ello se traduce en la facultad de éste último de impartir órdenes – dentro del marco de esta relación- al primero, quien se encuentra obligado a cumplirlas.

Siguiendo a Irene Rojas ⁵⁸ la subordinación, al margen de esta diferencia doctrinal y jurisprudencial, tiene un doble contenido que, en definitiva, no es más que un doble punto de vista de una misma cosa: Que el empleador tiene, producto de la relación jurídica que lo une con el trabajador, una potestad de dirección de la actividad laboral del trabajador. Esta potestad contiene, a su vez, diversas facultades, como son la dirección, organización, fiscalización y disciplina. Este poder jurídico visto desde el punto de vista del trabajador, se traduce en que su autonomía para dar cumplimiento con el contrato que le une al empleador, se ve limitada en su ejecución por la inserción en una empresa, pues ello le obliga a someterse a la organización y dirección de dicha empresa, en definitiva, ocurre que el régimen organizativo de la actividad laboral es heterónomo.

En el análisis de este primer presupuesto, observamos que la existencia de una conducta o de un hecho tipo, que para efectos de la aplicación del principio de la Primacía de la Realidad, encontramos que se manifiesta en dos sentidos: que el hecho configura una relación laboral, o que la conducta se traduzca en el ejercicio de un derecho reconocido por la legislación o por el ejercicio del servicio.

2.2.1.- El Hecho configura una relación laboral:

En este caso nos encontramos con un conjunto de hechos concomitantes, que sumados, determinarán la adecuada calificación de una figura constitutiva de una relación laboral. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de un contrato de prestación de servicios a honorarios el que pretende ser regido por la legislación común, en consecuencia que en el plano de la realidad aquellos honorarios configuran una remuneración conforme a lo que por ésta se define en la ley laboral. Generalmente en estos casos, se unen otras circunstancias, tales como el cumplimiento de un horario, la continuidad de los servicios,

⁵⁷ Melis Valencia, Cristián y Sáez Carlier, Felipe. Derecho del Trabajo, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000, pág. 27.

⁵⁸ Rojas Miño, Irene, “Manuel de Derecho del Trabajo. Derecho Individual”. Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2004.

la prestación en forma personal de los mismos, etc.

Han sido discutidos otros casos similares en la doctrina nacional. Tal es el caso de los alumnos o egresados de derecho, los cuales son considerados como trabajadores independientes por realizar una actividad liberal. En este sentido, se ha considerado que su prestación se asimila a una figura civil, la se regiría por lo dispuesto en el libro III del Código Civil, en el título de arrendamiento de servicios. No obstante, ocurre en la práctica, que dichos profesionales deben cumplir órdenes que eventualmente configurarían una relación de subordinación o dependencia, puesto que deben cumplir con un horario definido, deben cumplir continuamente con el servicio y prestarlo personalmente a quien lo ha contratado para tales efectos

Otro caso, es el de los escolares o jóvenes que trabajan en los supermercados, al borde de las cajas, empaquetando las mercaderías de los clientes y recibiendo por ello una propina a criterio de éstos. No obstante tratarse de un trabajo denominado "Part Time", suele suceder que estas personas, cumplen órdenes directas de los administradores, tendientes a otorgar un adecuado y eficiente servicio del local.

2.2.2.- La conducta se traduce en el ejercicio de un derecho reconocido por el derecho laboral:

En este caso, nos encontramos con un derecho que el trabajador ejerce en la práctica y que tiene consagración legislativa expresa, como ocurre, por ejemplo, con los beneficios mínimos que no pueden ser violados por el pacto, o con la imposibilidad de que el trabajador sea trasladado del lugar de su trabajo por decisión unilateral del empleador, significándole un daño económico.

También la conducta puede traducirse en el ejercicio de un derecho tácitamente reconocido y que en la práctica se ha sancionado, como ocurre con la aplicación de las cláusulas tácitas en el contrato de trabajo ⁵⁹.

Respecto de éstas últimas, se ha entendido que la modificación de la relación laboral que en la práctica va operando, en el cumplimiento del contrato, revela una expresión del consentimiento tácito de las partes para modificar el contenido del pacto primitivo.

Los hechos revelan la voluntad real de los contratantes, ya que si el contrato se cumple de determinada manera es porque las dos partes consienten en ello ⁶⁰. En nuestro país se ha desarrollado mucho la doctrina de las cláusulas tácitas del contrato de trabajo, la cual, indudablemente, es una proyección del principio de la primacía de la

⁵⁹ Al respecto, encontramos un fallo en la Revista Técnica del Derecho del Trabajo. Vol. VI. Junio 1986. Ord. 1328 de 13 de Marzo de 1983 de la Ittma. Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, "Silva con Envases Plásticos Eroflex", en Legislación Laboral Actualizada, de don Antonio Rodríguez A., Ediar Editores Ltda.. 1ª ed. 1984, págs 66 y 67, señala: "La reiteración de beneficios otorgados a los trabajadores por concepto del servicio del café y once por la empresa empleadora, constituye una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente a los contratos individuales de trabajo, razón por la cual resulta jurídicamente procedente que los mismos continúen siendo otorgados en la forma y condiciones que la empresa los viene otorgando desde el inicio de sus actividades"

⁶⁰ Gamonal Contreras, Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo. 1998.

realidad.

Se ha señalado⁶¹ como requisitos de las cláusulas tácitas en el contrato individual de trabajo a: La Voluntad; el otorgamiento y goce de beneficios definidos como aquellos provechos o utilidades que recibe el trabajador y que, para los efectos de la cláusula tácita, no estaban considerados inicialmente en el contrato de trabajo; las prácticas de trabajo o aquella particular forma en que las partes cumplen con sus distintas obligaciones; la reiteración en el tiempo de los beneficios y las prácticas de trabajo; y, la aquiescencia de ambas partes.

Por su parte, la Jurisprudencia administrativa en forma reiterada ha sostenido la posibilidad de que el contrato de trabajo sea modificado por cláusulas tácitas. Estas se fundamentan en el carácter consensual del contrato de trabajo, lo que significa que éste puede ser modificado por el consentimiento de ambas partes. Dicho consentimiento, puede ser expreso o tácito, caso éste último en que obedece a una conducta permanente e invariable por parte del empleador y del trabajador, y siempre que se trate de una modificación favorable al trabajador, ya que en caso contrario, la enmienda debe ser expresa para que no haya abusos en la materia.

En estos casos ha señalado la doctrina, que dichas soluciones son de carácter civilista, llegándose a ella aplicando las reglas de interpretación de los contratos contemplada específicamente en el artículo 1564 del Código Civil, que señala: “Las cláusulas de un contrato pueden también interpretarse por aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”, de esta manera se fija el real y efectivo consentimiento de las partes.

Podemos concluir, que en el evento de encontrarnos ante un hecho o conducta típica, que reúna las características de relación laboral, principalmente en cuanto al vínculo de subordinación o dependencia, debe estarse más a éstos que a lo dispuesto formalmente en un contrato de trabajo, que haya sido sustraído de la reglamentación laboral, sea a través de medios directos, como maquinaciones fraudulentas o simulaciones, o indirectamente a través de errores en que hayan incurrido las partes de una relación laboral.

2.3.- Existencia de un acuerdo, documento o escrito cualquiera:

La generalidad de los tipos de documentos que se emplean en el derecho del trabajo, son los documentos privados, tomando en cuenta el carácter de consensual del contrato de trabajo, no obstante, también encontramos documentos de carácter público, como lo son el finiquito en el contrato individual de trabajo y el contrato colectivo de trabajo.

La constancia escrita y las demás exigencias que se requieren en una relación laboral tienen un fin probatorio y de buen orden social. El señor Arteaga, señala: “Su infracción se pena con multa y una presunción de alguna manera inversa a la que contempla el artículo 1995 del Código Civil, donde el año era creído bajo la fe de su

⁶¹ Bustamante Labial, Karin y Rojas Abello, Eduardo. Las cláusulas Tácitas en el Contrato Individual de Trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Año 2005. págs. 58 ss.

palabra, salvo prueba en contrario, una excepción a la regla general en materia de prueba de las obligaciones, consagrada en el artículo 1698 del mismo código”⁶².

En el mismo sentido ha señalado: “La Corte Suprema, muy cautelosa en cuanto a evitar que los inspectores del trabajo, al fiscalizar, asuman funciones judiciales al decidir asuntos controvertibles, propios de la función judicial, revocó un recurso de protección y decidió que es legal y no arbitrario el proceder de la inspectora del trabajo

que ordenó confeccionar contratos de trabajo, o sea, escriturarlos, y aplicó multas por haberse desconocido a algunos trabajadores su vínculo laboral”⁶³

En el análisis de este presupuesto, observaremos como la ley laboral, va exigiendo documentos, acuerdos o escritos, en el inicio, desarrollo y término de la relación laboral.

2.3.1.- En el inicio de la relación laboral:

Diversas son las formas a través de las cuales la ley laboral exige o presume la existencia de un documento o escrito, en donde conste la relación laboral.

a) El artículo 9 del Código de Trabajo, dispone que, si bien el contrato de trabajo es consensual⁶⁴, éste deberá constar por escrito, estableciendo un plazo al empleador de quince días contado desde la incorporación del trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio, determinado o de duración inferior a treinta días. Por su parte el contenido del contrato de trabajo se encuentra señalado en el artículo 10 del Código del ramo.

b) A su vez, las modificaciones de los contratos de trabajo, deberán ser consignadas por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en un documento anexo.

c) Algunas legislaciones exigen la entrega de libreta de trabajo, que es el documento básico que certifica la actividad laboral del trabajador; también se contemplan cartillas de trabajo y de identidad, una declaración escrita del empleador a falta de contrato (como es el caso de Inglaterra).

2.3.2.- Entregados durante del desarrollo de la relación laboral:

Durante el desarrollo de la ley laboral, se usan planillas de pago, instrumentos de control, certificados y formularios. En nuestro país deben escriturarse las modificaciones al

⁶² Thayer Arteaga, William. Texto y Comentario del Código del Trabajo. Editorial Jurídica de Chile. Año 2002. pág 64.

⁶³ La Excelentísima Corte Suprema, señaló: Que si bien es cierto que el recurso de protección puede ser interpuesto no obstante existir otras acciones o recursos que pueden hacerse valer, en este caso aparece de manifiesto que esta acción está siendo usada como un sustituto jurisdiccional, lo cual privaría al ente fiscalizador de controlar efectivamente las normas laborales. Corte Suprema, fallo de 3 de Mayo del 2000.

⁶⁴ En este artículo, encontramos un argumento por el cual se acogería la doctrina del contrato realidad, en el sentido que al definir la ley laboral como un contrato consensual, y por ende, perfeccionado por la sola voluntad de las partes. Ello obstaría a lo señalado por Plá, en el sentido que debe primar la verdad de los hechos, por sobre el consentimiento o acuerdo entre las partes.

contrato de trabajo, como fue señalado con anterioridad; el establecimiento de horas extraordinarias, las comunicaciones de despido a la inspección del trabajo, los libros de asistencia, entre otros.

2.3.3.- Entregados al término de la relación laboral:

Al término de la relación laboral, generalmente se suscribirá el finiquito, el que producirá diversos efectos que generan confrontaciones directas con la aplicación del principio de la Primacía de la Realidad.

Se refiere a ello el artículo 177 del Código del Trabajo, disposición que señala que el finiquito debe ser por escrito, firmado por las partes y por el presidente del sindicato o delegado del personal. Las salvedades o reservas que se hacen en los finiquitos, deben ser clara y explícitamente aceptados por ambas partes, para que así, tengan valor.

Con todo, una sentencia de la Corte Suprema ⁶⁵, al declarar inadmisibles una casación en la forma y rechazar otra de fondo dejó firme una curiosa sentencia en la cual los jueces de mérito resolvieron: a) Que la reserva hecha por una de las partes en un finiquito es un acto unilateral, que pertenece a la voluntad autónoma de quien la formula; b) que no infringe el artículo 177 la sentencia que lo interpreta en el sentido de que asiste a los trabajadores el derecho de accionar fundado en tal reserva, sin que ello implique desconocer el valor del finiquito en cuanto no le alcanza tal reserva. En el caso sublite se dejó constancia que era hecho de la causa que la reserva se formuló en forma previa a la ratificación y la firma del finiquito, circunstancia que, a nuestro juicio, es importante para la decisión de la contienda ⁶⁶.

El hecho que el trabajador suscriba el finiquito, queda inhibido de accionar judicialmente reclamando prestaciones que emanen del contrato siempre y cuando el finiquito cumpla con las solemnidades legales. De esta manera el poder liberatorio del finiquito ha sido reconocido por la Corte Suprema en los términos siguientes: "Negar valor a un finiquito celebrado con las formalidades que la ley requiere en forma libre y espontánea y con perfecto y cabal conocimiento de cada uno y de todos sus derechos equivaldría a sembrar incertidumbre en cuanto a derechos y obligaciones de personas que han estado unidas por una relación jurídica y que, precisamente, celebran un acto de esta especie para dar término a los posibles problemas que entre ellos pudieran presentarse ⁶⁷."

Considerando lo anterior, la operatividad del principio encontrará su máxima dificultad frente al finiquito, toda vez que la suscripción del mismo por parte del trabajador ratifica hechos pasados, liberándose las partes de una relación que ya terminó. No obstante, la oposición mas frecuente entre el hecho y lo escriturado resultará de lo pactado en el contrato inicial y el cumplimiento del mismo en la práctica, por cuanto en

⁶⁵ Corte Suprema, 23 de Enero de 2002, N° 10-02.

⁶⁶ Thayer Arteaga, William. Ob. Cit., pág. 177.

⁶⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXX, Enero – Abril 1983. 2ª parte, sección 3ª, considerando 5º, vol. I, Pág 1.

aquel se convino la ejecución de servicios que van a prestarse en el futuro, durante el desarrollo de la relación. Y por lo mismo, mientras más dirigido sea el contrato, tanto mas concordarán sus estipulaciones con los hechos ⁶⁸.

2.4.- Oposición entre escritos, documentos o acuerdos y los hechos:

En el análisis de este principio, en primer lugar nos remitiremos a lo expuesto por Américo Plá.

En este sentido ⁶⁹, Plá señala que “los casos de aplicación del principio son prácticamente infinitos, como son ilimitadas las hipótesis de divergencias entre las apariencias (documentos, contratos, formalidades, denominaciones, etc.) y la realidad.

De acuerdo a lo expuesto por el autor, concluimos que éste es el presupuesto fundamental en el análisis del principio de la Primacía de la Realidad, puesto que debe existir una conexión en la oposición de los hechos con los documentos. Estas divergencias provienen de la inadecuada calificación que las partes dan a la relación que establecen, lo que puede ocurrir con el objeto de ocultar la verdadera naturaleza de dicha relación, como es el caso de una simulación, o por un simple error o ignorancia.

Ferrara ⁷⁰ señala que: “Negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad; o porque no existe en absoluto, o porque es distinto que como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto”. En otras palabras, y tal como lo señala Vial ⁷¹ “la simulación es 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 a aquel que se ha llevado a cabo”.

Esta última definición es propia del derecho civil, rama de la que surge el derecho laboral, en consideración a las necesidades que surgen de la desigualdad intrínseca de las partes de un contrato de carácter laboral. Por lo mismo, resulta necesario acomodar la misma definición citada a las características propias del derecho del trabajo.

Por ello, se debe tener presente que, en cuanto al engaño a terceros, éste, dentro de la estructura de la relación laboral, se encontraría dirigido a sobrepasar las normas de orden público laboral establecidas en la legislación atingente y, como consecuencia de ello y en definitiva, a quienes deben velar por su aplicación, vale decir, a las instancias administrativas y judiciales establecidas con tales propósitos.

⁶⁸ Decap Carrasco, Patricio. ob. Cit., pág 81.

⁶⁹ Plá, Américo. ob. Cit., pág 269.

⁷⁰ Ferrara, Francisco: La simulación de los negocios jurídicos. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1ª edición. Año 1960.

⁷¹ Vial del Río, Víctor: Teoría General del Acto Jurídico. Editorial Jurídica de Chile. 5ª edición, pág. 140.

En cuanto al perjuicio, propio de una simulación ilícita – que será la regla general en materia laboral por conculcar normas de orden público – caemos en la extraña situación, por decir lo menos, que una de las partes que concurrió voluntariamente a concretar el consentimiento que da origen al contrato de trabajo, esto es, el trabajador, resulta ser, en definitiva, el principal afectado por la simulación de que él mismo fue parte, principalmente forzado por la situación económica precaria que puede estar sufriendo.

Para continuar con nuestro análisis, es preciso abordar la diferencia entre fraude y simulación. En palabras de Fernández ⁷² : “Los negocios simulados son ficticios, no queridos; los negocios in fraudem son serios, reales, y realizados en tal forma por las partes para conseguir un resultado prohibido: la simulación nunca es un medio para eludir la ley sino que para ocultar su violación”.

En este sentido, podemos señalar que Fraude Laboral puede considerarse como una expresión genérica, que incluye todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial del derecho del trabajo. Así, la idea de evasión se encuentra unida al principio del orden público laboral y a la consiguiente irrenunciabilidad de los derechos. La ley laboral protege al trabajador de esos fraudes, a pesar suyo, impidiendo que esas formas patológicas se concreten o se extiendan, independientemente de la conformidad o no del trabajador con el fraude o la simulación laboral ⁷³ .

Enrique Fernández Gianotti ⁷⁴ considera que el orden público es “un conjunto de principios de orden fundamental político, económico y social, que se consideran esenciales para la existencia, seguridad y desenvolvimiento de una sociedad en una determinada época, refiriéndose el orden público laboral a la protección del trabajador subordinado, en tanto y en cuanto el Estado no puede desnaturalizar este sentido tuitivo”

Efectivamente, consideramos de vital importancia la existencia del orden público laboral, pues, de la propia definición de simulación que nos da el profesor Vial, señalada precedentemente, y tal como la generalidad de las demás definiciones doctrinarias de ella lo señalan, es requisito sine qua non para que haya simulación, el acuerdo de voluntades entre los contratantes, y bien sabemos que dentro de la relación laboral existe desigualdad manifiesta entre empleador y el trabajador por las condiciones de precariedad económica en que éste se puede encontrar, razón por la cual se encontrará circunscrito a las condiciones que en general le impondría el empleador, y, por lo mismo, concurriría al acuerdo de voluntades que crea la situación simulada para los terceros, si no existieran las normas protectoras de sus derechos emanadas del mentado orden público laboral, con toda la gama de derechos irrenunciables que bien conocemos.

Pero, cabe hacerse la pregunta siguiente: ¿cual es el fundamento de la prohibición del fraude laboral?

⁷² Fernández, Ramón Tomás: Derecho Administrativo y de la Seguridad Social, en Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social, publicación de Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social en España, Madrid, año 1984, pág 31.

⁷³ Ver a García Martínez, Roberto: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Ad-Hoc, 1ª edición, Buenos Aires. Año 1998. págs 287 ss.

⁷⁴ Fernández Gianotti, Enrique: Orden Público Laboral. Fraudes en el Derecho Laboral. Temas Jurídicos, N°5, P.9, Bs. As. 1967.

A ello podemos aventurar la siguiente respuesta: El fundamento se encontraría en los principios que inspiran el derecho laboral, los que prohíben la simulación y el fraude laboral, eliminando todo acto que signifique evasión del derecho del trabajo, y sustituyendo, por ende, en forma automática los actos nulos por sus disposiciones. Junto con el orden público laboral anteriormente definido, inciden en estas materias otra serie de principios, ya esbozados en el primer capítulo de la presente memoria, V.gr, el principio de la irrenunciabilidad, el principio de la dignificación y la humanización, el principio protectorio y, por supuesto, el principio de la Primacía de la Realidad.

El principio de irrenunciabilidad, impide que el trabajador renuncie a los beneficios otorgados por las leyes laborales de orden público, por lo que la forma nunca puede estar por encima de la realidad de los hechos.

El principio de la dignificación y la humanización del trabajo⁷⁵, el cual se encontraría justificado en el artículo 4º de Código del Trabajo argentino (L.C.T.), cuando señala que el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí, mediatizando la relación de intercambio y el fin económico.

El principio protectorio, que puede considerarse un desprendimiento del principio de la realidad, sirve de fundamento a las normas que persiguen el fraude laboral en sentido genérico, pues muchas se establecen normas protectoras del trabajador sin tener en cuenta si existe o no una real situación de fraude.

Finalmente, y como principal fundamento de la prohibición del fraude y la simulación laboral, se encuentra el principio que motiva nuestro trabajo, esto es, el principio de la primacía de realidad.

En tal sentido, y recordando la definición que nos da Plá⁷⁶, éste hace alusión a Clark⁷⁷, quien nos señala: “En la práctica, el contrato laboral y el contenido de sus estipulaciones se desprende más de la conducta de las partes y de sus actos tácitos que de una prestación formal del consentimiento. Si sólo se admitiera la realidad del contrato en los casos en que existiese acuerdo escrito o convenio verbal, se burlarían muchas de las medidas de protección adoptadas por el legislador. Por eso hay que derivar del consentimiento expreso o tácito de las partes una serie de condiciones, cláusulas y sus formalidades que aquellos no pensaron en el momento de su compromiso”.

De esta manera, no se trata sólo de la búsqueda de la verdad, sino de consagrar el principio de la intrascendencia de las formas frente a los hechos, en el sentido que las formas no tendrán valor si no se encuentran reflejadas en la realidad en que se desenvuelve la relación jurídica entre las partes.

⁷⁵ García Martínez, Roberto. Ob. cit., pág. 296. Principio formulado en una mesa redonda sobre regulación legal del contrato de trabajo, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuando la ley de contrato de trabajo era aún un proyecto (publicación las XII Tablas, p. 5).

⁷⁶ Ver supra cit. 1.

⁷⁷ Clark, D.: *The Law of the Employment of Labor*.

2.5.- La prueba de los hechos.

Para finalizar, y como último presupuesto del principio de la primacía de la realidad, es necesario que los hechos que prevalecerán por sobre las formas, sean probados.

El presupuesto señalado es de tal importancia, puesto que el trabajador debe proporcionar a la entidad administrativa (entendiendo por tal en nuestro contexto a la Dirección e Inspección del Trabajo) y principalmente al juez, todos aquellos datos o hechos que sean lo suficientemente convincentes para crear en el tribunal, la convicción de ser efectivos los hechos planteados por el trabajador que fundamentan sus pretensiones.

Como veremos en el capítulo siguiente, el trabajador cuenta, dentro de nuestra legislación laboral, con presunciones que permiten que los planteamientos de aquel en cuanto a la existencia del contrato de trabajo sean aceptados, sobretodo en cuanto al tipo de vínculo que une a las partes.

Sin embargo, y una vez establecida la existencia del contrato de trabajo, se deben probar los derechos y obligaciones que emanan del mismo.

De esta manera, el trabajador se ve amparado por la presunción de existencia del contrato de trabajo establecida en el artículo 8 del Código del ramo, lo que se refuerza con la obligación de escriturar el contrato por parte del empleador, establecida en el artículo 9°. Esta última disposición, también ampara al trabajador, puesto que dispone que la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare éste. Observamos que, en este sentido, el trabajador se encontraría resguardado por la ley laboral, puesto que se encuentra protegido por las presunciones simplemente legales señaladas en las disposiciones anteriores.

En una situación distinta se encuentra un trabajador respecto del cual, habiéndose o no escriturado un contrato de trabajo, no se sabe cual es la naturaleza jurídica de la relación que liga a éste con su empleador, a saber, si se trata de un contrato de prestación de servicios sujeto a la normativa del derecho civil o mercantil, o se trata de una relación personal de trabajo, sujeto a la normativa de nuestra rama.

En esta hipótesis nos podemos encontrar con algunos supuestos. Tales son:

Podemos encontrar un contrato escriturado de naturaleza civil o mercantil (prestación de servicios), pero respecto del cual los hechos configuran una relación de naturaleza laboral. En este caso, la carga de la prueba recaerá en el trabajador, puesto que será aquel quien deberá probar que los hechos en los cuales se ha desarrollado la relación laboral, son propios de una relación de esta naturaleza, cumpliéndose los supuestos del artículo 7.

Si existe una relación laboral no escriturada en un contrato, como observamos anteriormente el trabajador se verá favorecido por las presunciones establecidas en su favor, y será el empleador quien deberá probar que no existió una relación laboral, tomando en consideración que no se reunían los supuestos de hecho establecidos principalmente en el vínculo de subordinación o dependencia, sino que más bien se

trataba de un relación sujeta por el derecho civil o mercantil.

CAPÍTULO TERCERO. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1.- Introducción.

En el presente capítulo, realizaremos una revisión a nuestra legislación, para observar las normas legales a través de las cuales se consagra, directa o indirectamente, el principio materia de nuestro análisis.

A nuestro juicio, concluimos que nuestra actual normativa laboral observa un acertado desarrollo del principio de la primacía de la realidad, al mismo tiempo que nuestros tribunales de justicia lo han aplicado en forma determinante en sus fallos.

2.- Aplicación en el Contrato Individual de Trabajo.

En primer lugar, y como hemos señalado en el desarrollo de éste trabajo, observamos

que este principio, tiene como uno de sus mas férreos fundamentos, el carácter y función social del derecho del trabajo ⁷⁸, lo que en nuestra legislación, ha sido consagrado en el inciso primero del artículo 2 del código del ramo, el que señala: “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan ⁷⁹”.

De esta manera, y reuniéndose los requisitos que exige el artículo 3º para la existencia de un contrato laboral, procederemos al análisis de las normas legales, que en materia del contrato individual de trabajo, éste principio ha recibido consagración.

2.1.- El artículo 4º del Código del Trabajo.

Esta norma dispone: “Para los efectos previstos en este código, se presume de derecho que representa al empleador y 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 representación de una persona natural o jurídica...”

El profesor Thayer ⁸⁰, señala que: “Esta disposición, complementaria a lo señalado en el artículo 3º, apunta fundamentalmente a dos ideas: a) la necesidad de que los trabajadores sepan con certeza *quién* es la persona humana, de carne y hueso, que representa al empleador, por muy grande y compleja que sea “la empresa empleadora...”

El derecho del trabajo se interesa por la existencia y marcha de las empresas principalmente desde el punto de vista de las personas humanas que ocuparán los empleos que la empresa crea, sus remuneraciones y las condiciones que proporcionan a través de ellos. Pero no es ni puede ser ciego al entorno que hace posible un trabajo humano que reúna los caracteres de empleo. Esta visión humanista de la empresa ante el derecho del trabajo, explica también que las normas de representación empresarial que señala el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, no son iguales a las del Código del Trabajo ⁸¹.

La razón por la cual estimamos que existe una consagración del principio en comento, es que la ley ha establecido una presunción legal, en orden a establecer la persona que representa o ejerce las funciones de un empleador, por lo que, no importará lo que se establezca en los documentos de la empresa en orden a quien sea su dueño o representante para todos los efectos legales, puesto que el trabajador puede ignorar

⁷⁸ Señala don Luis Thayer Arteaga, Texto y Comentario del Código del Trabajo, ob. cit., pág. 31: “El sistema común productivo en nuestros países, que opera ordinariamente a través de empresas, le impone un sello social al esfuerzo individual. La propia empresa no produce bienes y servicios para quienes las integran, sino para consumidores o usuarios ajenos a ella, muchos de los cuales ni siquiera conoce, porque el contacto se produce a través de las redes de distribución.”

⁷⁹ Código del Trabajo, edición 2005, obtenida de la base de datos de la Biblioteca del Congreso Nacional.

⁸⁰ Thayer Arteaga, William, ob. cit. pág 45.

⁸¹ Thayer Arteaga, William. Ob. cit., pág 48.

quien es el titular de la empresa.

La jurisprudencia ha señalado que: “Debe rechazarse la excepción de falta de emplazamiento cuando la acción ha sido interpuesta en contra de quien aparece como administrador de una sociedad, aun cuando carezca de su representación legal, por cuanto así lo previene el artículo 4º del Decreto Ley 2.200⁸²”.

Pero en otro sentido, y en una correcta aplicación de la norma, se ha señalado: “Que la ley laboral ha introducido modificaciones respecto de la representación de los empleadores, con el objeto de que las demandas de esta especie puedan prosperar procesalmente en los casos que se presenten situaciones de hecho que constituyan la única realidad que pueda conocer el empleado⁸³”.

2.2.- El artículo 8, inciso primero del Código del Trabajo.

El presente artículo tiene una relación directa con el artículo 7º del Código del Trabajo, disposición última, que define lo que se entiende por contrato de trabajo y establece sus requisitos fundamentales.

La disposición en análisis, de esta manera, viene en reforzar a priori dicha institución, en el sentido que: “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.”

El antecedente de la norma que establece la presunción de existencia del contrato de trabajo es el artículo 14 del anteproyecto del nuevo Código del Trabajo Chileno de don Nicanor Díaz Estrada, presentado a la consideración del país el 1º de Mayo de 1975. Esta norma, separaba la relación del trabajo del contrato, y disponía: “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el hecho que le de origen, la realización de actos, la ejecución de obras o la prestación de servicios a favor de otro, bajo su dependencia y en la forma continuada y voluntaria, mediante el pago de una remuneración”; el inciso segundo expresaba: “La existencia de la relación de trabajo a que se refiere el inciso anterior hace presumir un contrato de trabajo”⁸⁴.

En opinión de Thayer⁸⁵, nuestro Código opta por la doctrina contractualista de preferencia a la relacionista, esto es, el contrato de trabajo nace, como todo contrato, de un acuerdo de voluntades y no de una simple situación de hecho. Sin embargo, cuando se reúnen los caracteres propios del contrato, la ley lo presume y cambia de onus probandi. Ello es lo que estatuye el inciso 1º.

⁸² Rivas Guzmán, Ramón. Código del Trabajo. Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social, Santiago, 1987, tomo I, pág. 66. Sentencia de 6 de Julio de 1984, de la Ilustre Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

⁸³ Gaceta Jurídica, N° 65, 1985, pág. 98, sentencia de 13 de Noviembre del año 1985. Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.

⁸⁴ Martínez López, Enrique. La Relación de Trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Concepción, Escuela de Derecho, año 1976, pág 83.

⁸⁵ Thayer Arteaga, William. Ob. cit, pág 59.

A este respecto, Thayer y Novoa, sostienen que el tratamiento de la presunción en el artículo 8º está apegado a la doctrina francesa, eminentemente contractualista, pero reconoce parcialmente los fundamentos de la tesis relacionista en la legislación laboral.

Se ha señalado por cierta doctrina que la norma del inciso primero del artículo 8º es ambigua. Siendo una presunción, pareciera indicar que fue establecida para facilitar la prueba al trabajador, pero en el fondo la dificulta. Por su enunciado (“toda prestación de servicios...”) aparentemente bastaría al trabajador probar la efectiva prestación de los servicios para acreditar la existencia de relación laboral, pero como la presunción está referida al contrato (“...en los términos señalados en el artículo anterior...”) deberá probar, no el simple hecho de sus servicios personales, sino que los elementos del contrato individual de trabajo, esto es, la existencia de servicios personales, el vínculo de subordinación o dependencia y la remuneración⁸⁶.

No obstante lo señalado anteriormente, estimamos que la prueba de la relación laboral, pasa por probar los elementos establecidos en el artículo 7º del código del ramo, y especialmente el vínculo de subordinación o dependencia, lo que se construye por elementos de hecho que necesariamente van vinculados por la primacía de éstos por sobre los documentos escritos. Tales hechos serán el horario, la obligación de asistencia, continuidad, permanencia, dirección, obediencia, etc.

Por esto concluimos que la norma en análisis es de vital importancia, pues permite que en la interpretación y determinación de una relación jurídica, se observe si en los hechos se reúnen las características de la relación de trabajo, declarándolo así, lo que consideramos una de las mayores expresiones del principio materia de nuestra memoria.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado al respecto, señalando: “Acreditado en autos que ha existido entre demandantes y demandado un vínculo de subordinación o dependencia, conforme al artículo 8º, en relación con el artículo 7º del D.L. 2.200, debe presumirse que ha existido entre las partes un contrato de trabajo y no un contrato de prestación de servicios o de arrendamiento de servicios como lo califica la demandada⁸⁷”.

Por otro lado una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de Marzo de 1987, luego de expresar que: “Entre los principios imperantes en materia del derecho del trabajo, y que sirven de inspiración al derecho en esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad”, y de señalar que una de las disposiciones que lo informa es la del artículo 8º”.

⁸⁶ En el mismo sentido, se ha señalado por Gutiérrez Zavala, Carlos y Mella Cabrera, Patricio: “Aspectos relevantes de la ley del contrato del trabajo Argentina en relación al D.L. 2.200 y otras legislaciones americanas”. Memoria de Prueba. Universidad de Concepción. Año 1981, pág 93: Nuestro legislador no admite una prestación de servicios sin la existencia del contrato, en tal forma que aún dándose los elementos comunes de un contrato, aunque no exista él, se presume por ley; y agregan: “Esta norma, aunque no consagra la relación de trabajo se acerca a ella en cuanto permite probar los elementos de hecho que la conforman, entre los cuales se encuentra la efectiva prestación de los servicios, la que probada junto con los demás elementos de la norma, trae como consecuencia la aplicación de las leyes laborales”

⁸⁷ Rivas Guzmán. Ob. cit., tomo I, pág 95. Sentencia de 30 de Noviembre de 1983, de la Excelentísima Corte Suprema.

2.3.- El artículo 9 del Código del Trabajo:

Esta norma, declara en primer lugar el carácter de consensual del contrato de trabajo y la necesidad de que conste por escrito, señalando los diversos plazos en que ello se debe hacer, estableciendo una presunción a favor del trabajador en el sentido que la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador.

De esta manera, la ley laboral establece el requerimiento de un contrato de trabajo escrito, lo que sólo es exigido por vía de prueba, y jamás constituirá una solemnidad. Si el contrato no ha sido escriturado, no se podrá probar fielmente su existencia y, en este caso, se presumirán como estipulaciones las declaradas por el trabajador, permitiendo un medio de protección al mismo, puesto que declarará sobre hechos, que en la mayoría de los casos serán fiel representación de la realidad, y ésta primará por sobre los acuerdos escritos⁸⁸.

2.4.- El artículo 11 inciso primero.

Esta disposición señala que las modificaciones del contrato se consignarán por escrito y serán formadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en un documento anexo.

Pero, un análisis más acabado, se encuentra dado por la jurisprudencia que ha señalado⁸⁹: “No habiendo constancia en el contrato acompañado a los autos de las variaciones que ha experimentado en el tiempo la remuneración en él contenida, obligación que consagra expresamente el artículo 11 del D.L 2.200, debe estarse en esta materia a la cantidad que ha señalado el trabajador”. Resolución que – aún cuando respecto a su conclusión final, la estimamos algo extremada, pues no observa que lo expresado por el trabajador debe ser razonable o verosímil – denota implícitamente que el valor de lo dispuesto en el artículo 11, solo es de carácter probatorio, pero no exclusivo, en cuanto al modo de probar dichas obligaciones, y expresa la intención del derecho de otorgar seguridad, esto es, certeza a las partes de una relación jurídica, acerca de sus obligaciones y derechos.

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un proceso en que aparentemente la trabajadora no habría cumplido con su horario de trabajo, dispuso en su considerando 7º que: “Que es indudable que el horario pactado entre las partes, es el señalado en el contrato acompañado en autos, pero habiéndose establecido con las tarjetas mencionadas en el fundamento 5º de este fallo, a las que se les da el valor de plena prueba, apreciándola en conciencia, que el contrato se cumplió en forma distinta a la convenida en relación al horario, sin que mediara reclamo formal de ninguna de las partes al respecto, no puede llegarse a la conclusión que existió incumplimiento de la

⁸⁸ Ver Supra. 27 y 28.

⁸⁹ Rivas Guzmán, op. cit., tomo I, pág 87. Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, año 1985.

actora en cuanto al horario, o que abandonó su trabajo en forma intempestiva”.

En esta sentencia, encontramos la labor de un juez que al interpretar el alcance de las cláusulas contractuales para establecer los derechos y obligaciones que el contrato le impone a las partes, procura establecer si se ha cumplido o no íntegramente el contenido del contrato, desatendiéndose de las formalidades establecidas en el artículo 11 (o sea, que las modificaciones se consignen por escrito), analizando como el contrato en la práctica se ha ejecutado por las partes.

Si el tribunal, a través de la constatación de los hechos, establece que el contrato se ha ejecutado de manera distinta a lo convenido en él, debe tener muy en cuenta lo recién expuesto, para declarar que ha existido consentimiento de ambas partes en dicha modificación. Así, a falta de manifestación expresa en el contrato, o en un documento anexo, el silencio del empleador en torno a una alteración unilateral – objetivamente un incumplimiento – de las condiciones del contrato por parte del trabajador, atendidas las circunstancias en que estos hechos se produjeron, especialmente, verificado el conocimiento que de dicha alteración tuvo el empleador, la prolongación en el tiempo de esa alteración, etc., debe considerarse como manifestación tácita de su aceptación a tal modificación, desvirtuándose así, el aparente incumplimiento⁹⁰.

La Corte Suprema ha señalado, atendiendo al valor de la buena fe en la ejecución de los contratos de trabajo, lo siguiente: “3º De lo expuesto resulta acreditado que durante todos los meses en que el actor percibió las remuneraciones rebajadas no formuló reclamo alguno por la reducción que le afectaba, firmando las correspondientes liquidaciones de sueldos sin que le merecieran observación alguna, lo que evidencia su consentimiento a la rebaja señalada, resultando improcedente que después de transcurridos diez meses de percibido el nuevo sueldo y luego de terminado el contrato de trabajo pretenda cobrar la diferencia”⁹¹.

2.5.- Disposiciones relativas a la Capacidad para contratar.

En las normas relativas a la capacidad para celebrar un contrato de trabajo, encontramos hechos reales y concretos, que constituyen factores de los que se sirve el derecho para determinar quienes y desde cuando son capaces para celebrarlo.

De los artículos 13 a 18, ambos inclusive, encontramos normas que se justifican en los factores anteriormente esgrimidos, tales como la edad, la autorización de sus guardadores para que puedan celebrar el contrato de trabajo, todas aquellas prohibiciones de trabajar en determinadas actividades peligrosas para la integridad física y síquica del trabajador, entre otras.

Así, el código se ajusta, en general, a la normativa del Convenio 138 (1973) de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo promulgada en Chile por el decreto de

⁹⁰ Vargas Astorga, Juan Carlos. Consagración de los principios jurídico laborales en la actual legislación individual del trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Central, año 2001

⁹¹ Gaceta Jurídica N° 65, 1985, pág. 159.

Relaciones Exteriores, N° 227, con fecha 12 de Mayo de 1999. A su vez, el decreto 1447 del mismo ministerio, publicado en el Diario Oficial de 17 de Noviembre de 2000, promulgó el convenio 182 sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación⁹².

Los artículos 15 y 16 merecen especial atención porque contemplan casos especiales en que se permite el trabajo de menores de 15 años, lo que debe adecuarse a las exigencias del Código Civil y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Respecto de las mujeres, la acción de protección, tiene por objetivo propender al resguardo de su salud física y moral, pero sin desmejorar sus oportunidades ocupacionales frente al hombre. De esta manera, se han ido traspasando a la Seguridad Social, las asignaciones familiares y licencias, como la carga para las empresas, el establecimiento de salas cunas, después del cese del post-natal.

Queremos tratar el artículo 17, que dispone: "Si se contrata a un menor sin sujeción a lo dispuesto en los artículos precedentes, el empleador estará sujeto a todas las obligaciones inherentes al contrato mientras se aplicare; pero el inspector de trabajo, de oficio o a petición de parte, deberá ordenar la cesación de la relación de la relación y aplicar al empleador las sanciones que correspondan.

Cualquier persona podrá denunciar ante los organismos competentes las infracciones relativas al trabajo infantil de que tuviere conocimiento".

Esta disposición hace referencia a la facultad del inspector del trabajo de cesar o terminar la relación laboral en los casos que se infrinjan los supuestos de hecho que establece la norma, lo que constituye una manifestación que la ley otorga a una entidad administrativa, para que, en el caso que encuentre trabajos realizados por menores, ordene sus cesación, puesto que el bien jurídico protegido es esta norma, es la protección de los menores.

Por otro lado, esta norma establece la cesación, que se desemboca en la terminación del contrato de trabajo, institución que deja vigente los efectos que produjo el contrato mientras estuvo vigente. Ello se diferencia sustancialmente de la nulidad, institución que retrotrae los efectos del contrato como si tal no hubiere existido. Es evidente, que la institución establecida obedece a reconocer un hecho concreto, cual es el de reconocer el trabajo que un trabajador efectivamente realiza, sin que sus retribuciones post-laborales se desconozcan, como sería con la nulidad del contrato.

2.6.- Disposiciones relativas sobre la Jornada de Trabajo

2.6.1.- Artículo 22 inciso segundo:

Lo establecido en este artículo, en el sentido de excluir a ciertos trabajadores de la jornada ordinaria laboral de 45 horas semanales, no es más que otra manifestación del

⁹² Thayer Arteaga, William. Ob. cit., pág 70.

principio en análisis, puesto que en dichas actividades se ha constatado el hecho evidente de las características propias de dichas actividades.

No obstante, se ha señalado⁹³ respecto de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 22 que limita la jornada de trabajo respecto de los trabajadores que trabajan a bordo de las naves pesqueras, en el sentido que la situación que estén a bordo de sus naves pesqueras no constituye obstáculo para que estén sujetos a control directo del empleador, por lo que considera que dichos trabajadores debieron haberse sometido a las normas generales ya que no quedan protegidos por las normas protectoras de la jornada de trabajo, y como consecuencia no tendrán derecho a las horas extraordinarias de trabajo.

En este sentido ha argumentado con un dictamen de la Dirección del Trabajo⁹⁴ que establece: “Los trabajadores que se desempeñan a bordo de naves pesqueras, se encuentran excluidos de la limitación de la jornada que establece el inciso primero del artículo 34 del D.L. 2.200... Asimismo, dichos trabajadores están exceptuados del descanso dominical y en días festivos en conformidad al artículo 49 N° 5 del mismo decreto, correspondiéndoles un día de descanso en la semana por cada domingo o festivo que hubieren debido laborar.

Coincidimos con el autor en lo recién señalado; por ello se hace necesaria una reglamentación especial para los trabajadores que se desempeñan a bordo de naves pesqueras, pero no una exclusión de los beneficios generales que establece la ley laboral.

2.6.2.- Artículo 31 inciso segundo del Código del Trabajo.

Esta disposición estimamos que, indirectamente, alude al principio de la primacía de la realidad, puesto que se otorgan facultades al inspector del trabajo, para que investigue la actividad desarrollada y si concluye que las horas extraordinarias pactadas en un contrato de trabajo, son nocivas para el trabajador, prohíba y corrija tal situación, desconociendo la que hubiere pactado las partes.

2.6.3.- Artículo 32 del Código del Trabajo

Este artículo señala: “Las horas extraordinarias sólo podrán pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa. Dichos pactos deberán constar por escrito y tener una vigencia transitoria no superior a tres meses, pudiendo renovarse por acuerdo de las partes. No obstante la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador”.

De lo señalado podemos interpretar que, no obstante la inexistencia de un pacto escrito, si se excede la jornada pactada, con conocimiento del empleador, las horas que excedan deberán pagarse como horas extraordinarias, puesto que es lo que ocurre en la

⁹³ Vargas Astorga, Juan Carlos. Ob. cit., pág. 123.

⁹⁴ Rivas Guzmán. Ob. cit., tomo I, pág 136. Dictamen N° 421, de 4 de Noviembre de 1983.

práctica.

Pero Thayer señala ⁹⁵, que la disposición apunta a hacer lo que las horas extraordinarias deben ser: efectivamente extraordinarias y para circunstancias o períodos extraordinarios. Sin embargo, la reglamentación de ese principio nos parece inútil, contradictoria o, en el mejor de los casos, poco clara. En efecto: a) El plazo de 3 meses puede renovarse indefinidamente sin ninguna formalidad; b) La falta de pacto escrito está suplida por lo dispuesto en el inciso segundo. O sea, parece que basta y sobra con la exigencia general de la primera oración del inciso primero del artículo 32.

Agrega que: “No debe olvidarse que innumerables veces el pacto de horas extraordinarias es ambicionado por el trabajador y que no siempre se da la alternativa de llenar la necesidad de trabajo con más personal, sobretodo en lugares lejanos de los grandes centros poblados. En las faenas mineras, por ejemplo, donde el trabajador debe ser llevado a vivir en una verdadera ciudad, en que es necesario proporcionarle casa habitación y otros servicios, la tendencia es a usar las horas extraordinarias y no pocas veces, se abusa de ellas ⁹⁶ .

Para finalizar, la ley 19.998 de fecha 18 de Noviembre del año 2004, dispuso que para los efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 32, el sueldo diario incluirá lo pagado en los días domingo y festivos comprendidos en el período en que se liquiden las horas extraordinarias, cuya base de cálculo en ningún caso podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Esta reforma es más que una manifestación indirecta del principio en análisis que refuerza lo señalado respecto de este artículo, en el sentido que cualquier cálculo hecho en infracción a lo que dispone esta norma, se tendrá por no escrito, primando la realidad de los hechos en protección al trabajador respecto de su remuneración mensual.

2.6.4.- El artículo 38 del Código del Trabajo.

Esta norma se encuentra ubicada en el párrafo 4º, donde se trata el “Descanso Semanal”, la cual aborda ciertas excepciones de dicho descanso, respecto de trabajadores que ejerzan funciones tales como. Faenas de reparación de deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito; explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos; obras o labores que sólo pueden ser desempeñadas en determinados períodos; trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa; entre otras ⁹⁷ .

Por ello, esta norma representa una excepción de norma de protección del trabajador, pero que se encuentra basada en el principio de la primacía de la realidad, el que se trata a través de diversos supuestos de hecho, que tienen por objeto mantener el correcto funcionamiento en orden a las necesidades de la empresa o que digan relación

⁹⁵ Thayer Arteaga, William. Ob. cit., pág 80.

⁹⁶ El autor continúa señalando: Conocimos de cerca la historia de Chuquicamata, por ejemplo, donde incluso en la segunda mitad del siglo XX los convenios colectivos contenían una cláusula que reglamentaba los pagos de “sobretiempo o redoble”, siendo esta última expresión referida a la jornada de 16 horas que sumía el minero, cuando un compañero faltaba a su turno.

con la naturaleza del servicio que la empresa presta o que sean necesarios e imprescindibles para el beneficio de la sociedad. Observamos, que si bien esta norma recoge la realidad de los hechos en los que se puede aplicar, se establece una compensación a favor al trabajador en cuanto a otorgar un día de descanso en la semana u otorgar beneficios remuneracionales por el trabajo realizado en estas condiciones.

Al respecto Thayer ⁹⁸ ha señalado: “Este artículo regla las excepciones al descanso dominical, norma muy especial y realista, aplicable a diversas faenas. Imaginemos por un momento en que los domingos no pudiese haber fútbol profesional, cine, televisión, panaderías, farmacias, atención de salud, etc...Es saludable que el trabajador esté mas tiempo con su familia; pero no lo es al precio de subir los costos laborales por contratar más personal, mientras se elimina la eficiencia por el reemplazo experimentado por otro que debe capacitarse. Más aún: es complicado organizar los turnos, porque muchos trabajadores se resisten a cambiar un día de altas ventas – el domingo -, por uno de menores ingresos, lo cual repercute de manera diferente según las circunstancias y hábitos familiares de cada uno”.

2.7.- Aplicación respecto de ciertas remuneraciones

El artículo 42 del Código del Trabajo, clasifica a las remuneraciones el sueldo, sobresueldos, comisiones, participaciones y gratificaciones ⁹⁹ .

En este punto abordaremos el principio de la primacía de la realidad respecto de las participaciones y las gratificaciones.

Lo primero que nos debemos preguntar es: ¿Cuál es el fundamento de este tipo de remuneraciones que establece nuestro Código del Trabajo? En primer lugar debemos señalar que éstas se encuentran reguladas entre los artículos 47 a 52, ambos inclusive, donde existe sólo un sistema aplicable a todos y cualquier tipo de trabajadores.

La gratificación puede regularse en los contratos individuales o colectivos, y no podrá ser inferior a lo que resulte de aplicar las normas de los artículos 46 ss ¹⁰⁰ .

⁹⁷ Estimamos que respecto de estas faenas, trabajos o labores, actualmente existe una tendencia a realizar la subcontratación de empresas contratistas o la celebración de contratos de tipo mercantil para que cubran las necesidades de la empresa. Ello ocurre, por ejemplo, con las empresas de suministro de cualquier naturaleza, que subcontratan o realizan contratos de comisión o colaboración, para que cubran una amplia gama de necesidades. Entre estas encontramos, la reposición del sistema o suministro eléctrico o telefónico.

⁹⁸ Thayer Arteaga, William, ob. cit, pág 84.

⁹⁹ Artículo 42: Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes: a) sueldo, que es el estipendio fijo, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10º. B) Sobresueldo, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo; c) comisión, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas y compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador; d) participación, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o solo de la una o mas secciones o sucursales de la misma, y e) gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

El procedimiento para determinar las gratificaciones, es el siguiente ¹⁰¹ :

Entidades obligadas al pago de las gratificaciones:

Empresas o establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas que persigan fines de lucro.

Empresas o establecimientos de cualquier otra actividad que persigan fines de lucro.

Las Cooperativas.

Respecto de todas ellas:

Deben perseguir fines de lucro, excepto las cooperativas;

Deben estar obligadas a llevar libros de contabilidad;

Deben obtener utilidades líquidas: Esta utilidad se obtiene aplicando la siguiente operación: De la utilidad efectiva que resulte de la liquidación que practique el Servicio de Impuestos Internos, para la determinación del impuesto a la renta ¹⁰² , deducirá un 10% por "interés" del monto del capital propio del empleador, el que también será determinado por el S.I.I.; el saldo o remanente se considerará utilidad líquida, que servirá de base para el cálculo del 30% de la gratificación legal.

Respecto de los trabajadores: De acuerdo a lo que dispone el artículo 44, sus contratos deben durar más de 60 días, en caso que se hubieren prorrogado inicialmente. Si no hubo prórroga, bastará con que duren más de 30 días.

Forma de repartición de la gratificación: Esta se hará en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador por concepto de sueldos, en el respectivo período anual.

Gratificación Proporcional: El artículo 52 del Código del Trabajo, establece que los trabajadores que no alcanzaren a completar un año de servicios, tendrán derecho a la gratificación en proporción a los meses trabajados.

Sistema alternativo del artículo 50: La alternativa es para el empleador, quien podrá pagar al trabajador el 25% de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial, por concepto de remuneraciones, con un tope de 4.75 ingresos mínimos mensuales ¹⁰³ .

Ahora bien, respondiendo la interrogante anteriormente planteada, en el sentido de cual es el fundamento de las gratificaciones, concluimos que es el principio de la primacía de la realidad, puesto que la razón de ser de este tipo de remuneración, radica en el

¹⁰⁰ Humeres Noguera, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, 16° edición, año 2000, señala que: El legislador ha mantenido casi igual el sistema y el procedimiento que el código de 1931 señalaba para los empleadores particulares, dando la opción al empleador de repartir entre sus trabajadores el 30% de las utilidades líquidas obtenidas o pagarles el 25% de lo percibido por las remuneraciones en el mismo año; en este caso con el tope individual de cuatro tercios (4,75) ingresos mínimos mensuales.

¹⁰¹ Vargas Astorga, Juan Carlos, ob. cit., pág. 126, procedimiento cotejado con el código del trabajo actualizado.

¹⁰² Se establece que respecto de los empleadores exceptuados del impuesto referido, el S.I.I también practicará la liquidación

¹⁰³ Ver Supra 65.

aporte del energía que el trabajador imprime al proceso productivo, y que, por esta razón, la ley laboral, impone al empleador que beneficie el sueldo del trabajador de acuerdo al sistema anteriormente señalado, puesto que existe un hecho concreto y real, cual es el incremento de la actividad productiva de una empresa y su participación e influencia en la obtención de utilidades, generadas a consecuencia del esfuerzo, dedicación y constancia de las funciones por parte de sus trabajadores.

No obstante, a nuestro criterio, el sistema que utiliza el código del trabajo para determinar las gratificaciones, nos merece reparos, ya que el surgimiento de la obligación de gratificar, no atiende a hechos naturales y reales, sino que a tecnicismos legales, los que deben cumplirse en su integridad o no harán procedente dicha obligación del empleador. A continuación realizaremos las críticas a este sistema.

1.- Dentro de los requisitos de las empresas que deben otorgar gratificaciones, señalamos que debe tratarse de empresas o establecimientos con obligación de llevar contabilidad. Lo anterior es obvio, puesto que la contabilidad es el único sistema para llevar datos precisos y objetivos en cuanto a la determinación, entre otras, de sus utilidades. Por ello, la ley laboral, en este sentido se ha remitido a la ley tributaria, para determinar cuáles son las personas naturales o jurídicas que están obligadas a llevar libros de contabilidad¹⁰⁴.

Ahora bien, de la larga lista de empleadores que deben llevar contabilidad completa, pareciera que abarca una serie de actividades económicas, pero ello no es así, como lo desarrollaremos en el próximo numeral.

2.- Empleadores no obligados a gratificar en base a no llevar contabilidad: En este punto citaremos dictámenes de la Dirección del Trabajo y Oficios del Servicio de Impuestos Internos, que nos permiten fundamentar nuestra crítica.

Dirección del Trabajo¹⁰⁵: Los choferes de la locomoción colectiva particular que presten servicios a personas naturales o sociedades de personas, no tienen derecho a

¹⁰⁴ Son obligados a llevar contabilidad: 1.- Sociedades Anónimas que posean o exploten bienes raíces agrícolas a cualquier título, conforme al artículo 20 N° 1, letra a). 2.- Los propietarios y usufructuarios de bienes raíces agrícolas, que no sean sociedades anónimas, cuyas ventas netas anuales excedan en su conjunto las 8.000 unidades tributarias mensuales, artículo 20 N° 1, letra b). 3.- Las personas que exploten bienes raíces no agrícolas en una calidad distinta a la de propietario o usufructuario, cualquiera sea el monto del avalúo fiscal de dichos bienes. Artículo 20 N° 1, letra e). 4.- Los que desarrollen alguna de las actividades que se enumeran en los números 3, 4 y 5 del artículo 20 de la ley de la renta, u obtengan rentas clasificadas en alguno de esos números. Estas son, la industria, comercio, minería, explotación de riquezas del mar y demás actividades extractivas, compañías aéreas, de seguros, bancos, asociaciones de ahorro y préstamo, sociedades administradoras de fondos mutuos, sociedades de inversión o capitalización, empresas financieras y otras de actividad análoga, constructoras, periodísticas, publicitarias de radio difusión. Televisión, procesamiento automático de datos y telecomunicaciones, corredores, comisionistas con oficina establecida, martilleros, agentes de aduana, embarcadores y otros que intervengan en el comercio marítimo, portuario y aduanero, agentes de seguro que no sean personas naturales, colegios y cualquier otra actividad cuya tributación no esté establecida expresamente en la segunda categoría ni se encuentre exenta. 5.- Las sociedades de profesionales que exploten establecimientos tales como clínicas, maternidades, laboratorios u otros análogos. Artículo 42 N° 2, inciso final. 6.- Las sociedades anónimas y las en comandita por acciones que exploten yacimientos mineros... Artículo 34 n° 2.

¹⁰⁵ Dictámenes 1792 de 13 de Agosto de 1982 y 338 de 19 de Enero de 1987.

gratificación legal debido a que no están obligadas a llevar libros de contabilidad; tienen, en cambio, derecho a este beneficio, los choferes contratados por empresas constituidas como sociedades anónimas ¹⁰⁶.

Oficio del S.I.I. ¹⁰⁷: Las personas naturales y sociedades de personas que exploten vehículos destinados al transporte de pasajeros o de carga están liberados de la obligación de llevar libros de contabilidad, ya que sus ventas se establecen mediante una presunción de derecho que se calcula sobre el avalúo de los vehículos respectivos. En este sentido la Dirección del Trabajo ¹⁰⁸ ha señalado: “ En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y las consideraciones expuestas, cumpla con informar a usted que una sociedad de personas que se encuentre eximida del deber de llevar libros de contabilidad, no le asiste la obligación de otorgar gratificación legal a sus trabajadores, sea que se desempeñen como choferes de los vehículos de la empresa destinados al transporte de carga ajena, o que presten servicios como administrativos para esa actividad exclusivamente”.

La conclusión es clara: no entendemos cual es la razón por la que se desmejora la situación de ciertos trabajadores, que por aplicación de una legislación tributaria que tiene otros fines, ven desmejorada su situación laboral, atentando de esta manera al principio de la primacía de la realidad.

3.- Trabajadores Agrícolas: Los empresarios que realizan actividades agrícolas, también no están obligados a llevar libros de contabilidad, puesto que sólo declaran en base a renta presunta que se calcula de acuerdo al avalúo fiscal del predio en donde realice(n) su(s) actividad(es) ¹⁰⁹.

No obstante ello, los trabajadores agrícolas podrían pactar una gratificación, fruto de una negociación colectiva, la que, incluso, podría ser inferior a la legal, puesto que la ley no lo impide.

4.- Trabajadores que laboran con Profesionales: Al igual que en el caso anterior, a los trabajadores que laboran con profesionales, no tienen derecho a gratificación, puesto que los segundos no están obligados a llevar contabilidad.

En este ítem, quedan comprendidos los consultorios de médicos, dentistas, estudios jurídicos de abogados, contadores, entre otros. Respecto de los trabajadores, podemos encontrar a auxiliares, secretarías, arsenaleras y personal administrativo.

A modo de conclusión, estimamos que el derecho laboral, a pesar de reconocer la gratificación como un derecho de los trabajadores, no se ha preocupado de establecer un

¹⁰⁶ Estimamos que esta arbitrariedad estaría eliminada, al exigirse por las bases de licitación del sistema de transporte público para la ciudad de Santiago, que exige que las sociedades que se adjudiquen una o mas unidades de transporte público, deberán ser sociedades anónimas abiertas o cerradas sujetas a las reglas de las abiertas.

¹⁰⁷ Oficio N° 29, de 4 de Enero de 1980.

¹⁰⁸ Dictamen 203-20, de 12 de Enero de 1987.

¹⁰⁹ Ello ha sido corroborado por los Dictámenes N° 966 de 1980 y N° 3646 de 1983.

mecanismo propio de determinación de la utilidad de la empresa, sino que ha optado por un sistema idéntico al tributario, que no dice relación con los fines del derecho laboral.

Ahora bien, entendemos que los trabajadores son acreedores condicionales respecto de su derecho a percibir la gratificación, y de esta manera, podrían impetrar medidas conservativas tendientes a asegurar su derecho. Pero ello no ocurre en el derecho laboral, por lo que se estaría infringiendo la garantía constitucional de igualdad ante la ley, tanto respecto de los trabajadores que tienen derecho a percibirlas (por no poder impetrar medidas conservativas), como de aquellos que no tienen derecho a ellas, puesto que la forma señalada por el código, y que excluye a ciertos trabajadores, es arbitraria.

El caso de las Participaciones: El artículo 52 del Código del Trabajo, señala que “En todo caso, se deducirán de las gratificaciones legales, cualesquiera otras remuneraciones que se convengan con imputación expresa a las utilidades de la empresa. De esta manera observamos que la gratificación legal se establece por ley, obligando al empleador, sin necesidad de pacto expreso; en cambio, la participación en utilidades, se sitúan en el marco contractual, por lo que requiere de pacto expreso, y solo tendrá validez, si los beneficios comprendidos en ella exceden a los otorgados legalmente, porque si son inferiores a estos últimos, el acuerdo sería nulo por vulnerar normas imperativas mínimas; y si otorga beneficios iguales que los legales, sería inoficiosa.

La gratificación es de carácter anual, aunque se paguen anticipos de ella ¹¹⁰, es decir, por este hecho no pierde su carácter de anual; en cambio, la participación no tiene este carácter, ya que puede pagarse a modo de anticipo sujeto a restitución o garantizado mensualmente.

Lo que tratamos de señalar, a través de la comparación anteriormente señalada, es revelar que ambas instituciones son, por su naturaleza jurídica, completamente distintas e incompatibles, por lo que no se debiera imputar o deducir del monto calculado como gratificación legal, como lo señala el artículo 51, aquel monto que se ha pagado por concepto de participación, porque lo que busca la participación, en sentido genérico, esta dada por una forma de integrar al trabajador en la empresa ¹¹¹.

2.8.- El artículo 64 del Código del Trabajo

¹¹⁰ Dictamen Dirección del Trabajo, N° 661 de 5 de Febrero de 1986.

¹¹¹ Ejemplo: Se contratan trabajadores y se acuerda que su remuneración consistirá en una participación en las utilidades anuales, en un 30% de ellas, conviniéndose, además, que mensualmente se les anticipará (garantizada por el monto del ingreso mínimo), una suma mayor que el ingreso mínimo (el que como “ingreso”, y no como “sueldo”, admite ser integrado con esta participación anticipada y garantizada, como lo ha afirmado la Dirección del Trabajo, en Dictamen N° 1919, de 20 de Mayo de 1983). Luego, al momento de verificarse utilidades en la empresa, y corresponder el pago de gratificaciones, como la ley faculta para imputar a lo debido por gratificaciones legales, cualquier otra remuneración que se convenga con imputación expresa a las utilidades de la empresa; en este caso, se imputará lo pagado por participación por sobre el ingreso mínimo, y se deducirá dicho monto a lo que debe pagarse por gratificación legal y, conforme a la legislación (no habiendo hecho mas que pagar un sueldo) el empleador se desliga de la obligación legal de gratificar.

Para comenzar a analizar la forma en que el principio de la primacía de la realidad se integra y desglosa de esta norma, nos permitiremos transcribir el precepto textualmente:

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y provisionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos”.

En primer lugar, queremos señalar cuál es el objetivo que se infiere de la realidad práctica de esta norma. En este sentido, en virtud del principio de la libertad de contratación, consagrado en nuestra Constitución Política de la República, resulta lícito a una empresa o empleador que diversas áreas o actividades de las mismas, se ejecuten con personal respecto del cual el dueño de la empresa o el empleador no se encuentra directamente vinculado por un contrato de trabajo, ya que este personal ha sido contratado por personas o empresas distintas, que tienen con aquellas un contrato de carácter civil o mercantil, generalmente referido a prestaciones de servicios.

Lo anterior es del todo razonable, pues la actividad económica y productiva que desarrolla un determinado empresario o empleador puede ser mucho más rentable si ciertas áreas de ellas se las entrega a otra u otras empresas, especializadas en esas materias. Obviamente, entre ellas no existe relación de carácter laboral, pero ésta sí puede existir perfectamente, respecto de los trabajadores de aquellas empresas que prestan el servicio al empleador primario.

El problema que viene a zanjar esta norma dice relación con ciertas situaciones que escapaban del ámbito de protección del derecho laboral, pues era frecuente que el empleador primario, al estar ligado con sus contratistas y, en ciertos casos, con sus subcontratistas, a través de convenciones civiles o mercantiles, los trabajadores de estas últimas, ante un eventual incumplimiento de su empleador directo, quedaban en la más completa indefensión, a pesar de prestar efectivamente sus servicios en las dependencias y bajo la subordinación del dueño de la obra, empresa o faena.

Para ello, esta norma estableció una gran barrera a los abusos que antiguamente existían en determinadas actividades, por ejemplo, en el rubro de la construcción, donde en numerosas ocasiones sucedió que los trabajadores de los contratistas y subcontratistas no pudieron ver satisfechos sus derechos, y el dueño de la obra, empresa o faena donde desarrollaban su trabajo en forma efectiva, no se hacía cargo de tales obligaciones incumplidas por las empresas contratistas o subcontratistas.

Sin embargo, y tal como lo veremos en el capítulo siguiente, este precepto es necesario que tenga una aplicación cuidadosa por parte de nuestros tribunales, pues puede prestarse para caer en excesos en cuanto a situaciones en las que, efectivamente, no existe la figura del contratista o subcontratista respecto del empleador primario, sino lisa y llanamente, se trata de figuras contractuales principalmente mercantiles de reciente o mediana data, como es el caso del franchising, la agencia, la distribución, etc., de donde resultaría injusto aplicar el precepto en comento.

Sin embargo, es el propio Código del Trabajo quien delimita en cierta forma la aplicación del artículo 64, a través del artículo 64 bis, que otorga ciertos derechos al dueño de la obra, empresa o faena respecto de sus contratistas, y a éstos, respecto a su vez de los subcontratistas.

Haciendo esas salvedades, debemos señalar que, en la práctica, la norma que contempla el artículo 64 ha permitido concretar y proteger los derechos de los trabajadores en aquellos casos en que los hechos demuestran la existencia de vínculo entre los trabajadores del contratista o subcontratista con el dueño de la empresa, obra o faena, más allá de lo formal del contrato que los liga, aparente y exclusivamente con aquellos.

2.9.- El artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo

Este precepto se encuentra establecido en el Título V del Libro Primero del Código del Trabajo, sobre la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo.

Esta norma señala que el contrato de trabajo terminará por el vencimiento del plazo contenido en el contrato. Además establece que la duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año. En su inciso final, señala que el hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo.

El artículo que nos ocupa ha sido incorporado a nuestra legislación laboral, motivado por la constatación de que, en virtud de sucesivas renovaciones de contratos a plazo fijo, se estaba ocultando una verdadera relación indefinida de trabajo.

Lo anterior no es más que una manifestación clara del principio en análisis, y aún más, la Dirección del Trabajo ¹¹², haciendo primar la realidad, ha determinado que, pese a existir, inclusive, un finiquito laboral a la llegada de cada vencimiento del plazo convenido, y un nuevo contrato por plazo fijo, se estaba en presencia de una relación laboral única.

3.- Aplicación en materia de Derecho Procesal Laboral.

El principio de la primacía de la realidad en materia de Derecho Procesal Laboral, no es más que, y como ya lo habíamos señalado anteriormente, una proyección del marco general del tratamiento del principio que se señala y se ha tratado latamente en materia del contrato individual de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que existen normas en esta materia que

¹¹² Dictamen emitido por la Dirección del Trabajo, N° 2.197, de 23 de abril de 1985.

permiten al juez concretar, en la práctica, el establecimiento de los hechos a través de los cuales se ha materializado la relación laboral, por sobre lo que formalmente se haya estipulado por las partes.

En base a las razones anteriormente esgrimidas, concluimos que el principio materia de esta memoria se concretiza en los artículos 454 y 456 del Código del Trabajo, ambas ubicadas en el Libro IV del citado cuerpo legal, que le otorgan al juez facultades y criterios de apreciación de la prueba, que le permiten orientar su función jurisdiccional, de modo de formar su convicción acerca del verdadero alcance y desarrollo del vínculo laboral entre las partes.

3.1.- El artículo 454 del Código del Trabajo

En primer término, es preciso señalar que esta norma establece las medidas para mejor resolver en materia laboral, lo que representa la materialización del principio inquisitivo en materia procesal laboral.

Este último principio se contrapone al principio dispositivo, el cual, como bien sabemos, pone de cargo de las partes el rol activo en la marcha y prosecución del proceso. Por el contrario, el principio inquisitivo es aquel que concede al juez amplias facultades de conducción y dirección del proceso, con escasa iniciativa de las partes.

En el caso de las medidas para mejor resolver, creemos que con su establecimiento, se permite al juez perseguir aquellas pruebas que, sea por negligencia, error, o simplemente dificultad de obtenerlas, la parte del trabajador no ha podido aportarlas en tiempo y forma al proceso, sin perjuicio de lo cual, el sentenciador intuye que los hechos reales son diversos de aquellos que, por la prueba aportada, aparentemente serían los efectivos, razón por la cual, cuenta con dichas medidas que le permitirán establecer su convicción en uno u otro sentido.

3.2.- El artículo 456 del Código del Trabajo

Esta norma, de gravitante importancia, establece la facultad-deber del juez para apreciar la prueba aportada al proceso conforme a las reglas de la sana crítica, ciñéndose en este sentido a las razones, no sólo jurídicas, sino que también a las lógicas y científico-técnicas o de las máximas de experiencia para que, en virtud de ellas, otorgue o no mérito a las pruebas rendidas autorizándole para establecer diversas situaciones laborales y, como consecuencia, otorgarles el valor objetivo que ellas tengan, negando valor a lo establecido en otras pruebas que hagan abstracción de los hechos.

Señala Thayer ¹¹³ : “Apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica ciertamente no es igual que apreciarla en conciencia. Hay normas de valoración que la ley específica y, aún cuando implican considerable subjetividad, deben ser objetivamente respetadas y su violación abre la opción a un recurso de casación en el fondo por violación a las leyes reguladoras de la prueba, si tal infracción hubiere influido

¹¹³ Thayer Arteaga, William. Ob. cit., pág. 402.

sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

El juez, de esta manera, y sin caer en la arbitrariedad, y sujeto a las reglas de la sana crítica, puede fallar conforme a su prudencia y experiencia, basándose más en los hechos reales que en lo expresado o emanado de otros elementos de prueba, apartándose de lo expresado por las partes en un documento y asignar mayor valor a la ejecución práctica de la relación de trabajo, dándose la absoluta aplicación del principio de la primacía de la realidad en la determinación de los hechos constitutivos de la relación laboral, estableciendo la verdad material por sobre la formal.

3.3.- El artículo 478 del Código del Trabajo

La presente disposición, si bien la tratamos en materia procesal laboral, atendido que se encuentra en el título final del Código del Trabajo, que versa sobre la fiscalización, de las sanciones y la prescripción, tiene incidencia en materia del derecho laboral sustantivo, en virtud de los argumentos que a continuación exponremos.

Podemos señalar, que la norma establece una sanción, que se traduce en una multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, respecto de los empleadores que simulen la contratación de trabajadores a través de terceros. Como observamos en el capítulo segundo de la presente memoria, al analizar los requisitos y estructura del principio en análisis, señalamos que para que se vulnere éste, debe existir una discordancia entre los hechos y los documentos y acuerdos, esto es, debe existir una relación de causalidad entre ambos.

Dicha discordancia puede producirse en virtud de una simulación, que el empleador configure, a fin de eludir sus obligaciones laborales, que en el caso de la norma, realizaría tales conductas a través de terceros, lo que en materia civil, se materializaría en una simulación por interpósita persona.

De esta manera, estimamos que, si bien en esta norma no se consagra directamente el principio en análisis, se establece un mecanismo de protección, que a través de una multa pretende sancionar a los empleadores que simulen actos jurídicos distintos, eludiendo de esta manera sus obligaciones laborales, desconociendo la realidad de los hechos a favor de los documentos simulados que generen para tales efectos. No obstante ello, creemos que la norma es insuficiente, puesto que sólo establece una “multa” de carácter administrativo de entidad menor, lo que comparado con los grandes conglomerados empresariales, constituye una sanción menor.

No podemos dejar de mencionar la opinión del profesor Thayer ¹¹⁴ : “La sanción que señala el texto modificado por la ley 19.759 para que el empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros...sin perjuicio de lo cual el empleador y los terceros responderán solidariamente por los derechos laborales y previsionales que correspondan al trabajador. Pero el nuevo texto no solo sube la multa, sino que suprime la exigencia de dolo en la simulación...Ahora basta con probar la simulación”

¹¹⁴ Thayer Arteaga, William. Ob. cit., pág 419.

CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

1.- Introducción.

El presente capítulo, estimamos que es de una importancia capital, dado que todos los argumentos anteriormente tratados se ven concretados a través de la aplicación práctica que han hecho y siguen haciendo nuestros tribunales de justicia, más aún tomando en consideración las características inherentes del principio en tratamiento, pues sólo por vía de la interpretación de los hechos por partes de los jueces se define, en cuanto a la formación de las certezas y convicciones de ellos, la real aplicación de la primacía de los hechos o lo que es lo mismo, de la realidad concreta, por sobre los acuerdos y disposiciones formales.

En cuanto a la metodología a utilizar, y teniendo en consideración que constituye una labor compleja el hecho de sistematizar la jurisprudencia en base a los preceptos analizados en el capítulo anterior, puesto que en cada una de las sentencias extractadas y analizadas, son abordados de manera conjunta, consideramos pertinente, abordar la

jurisprudencia en general, elaborada a través de los tribunales superiores de justicia.

De esta manera extractaremos la jurisprudencia observando la evolución que ésta ha tenido a través de los años. Cada una de las sentencias que analizaremos, serán iniciadas con un comentario, que sirva de introducción al contenido de las mismas.

Someramente, revisaremos algunos dictámenes de la Dirección del Trabajo de nuestro país que han aplicado el principio en análisis en distintas oportunidades, sirviendo, como veremos, de punto de arranque para que los tribunales de nuestro país hayan comenzado a aplicar la primacía de la realidad como fundamento de sus fallos en materia laboral.

2.- Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

2.1.- Análisis Sentencias período 1985 – 1990 ¹¹⁵

2.1.1.- Corte de Apelaciones de Rancagua

Revista Fallos del Mes. Marzo 1985. pág 177. Recurso de Queja

A continuación reproduciremos dos doctrinas que, versando prácticamente sobre la misma materia, emplean lenguaje diferente para definir situaciones análogas. La primera se refiere a “contrato de trabajo”, mientras que la segunda a “vínculo jurídico laboral”, imprecisiones debidas a la ambigüedad del texto del art. 8 del DL 2.200.

“Existe contrato de trabajo cuando en el contrato respectivo, cualquiera sea su denominación que las partes le den, cuando ambas partes se obligan recíprocamente, una a prestar servicios y la otra a pagar una retribución por tales servicios. El vínculo de subordinación o dependencia que caracteriza la relación laboral puede ser más o menos restringido según sea la naturaleza de los servicios a prestar. Es obvio que la rigidez es menor cuando se trata de servicios prestados por un profesional”.

Un mes después, el 23 de Abril de 1985, la Corte Suprema estableció la siguiente doctrina respecto de una relación denominada “sociedad de trabajo”: “Para que exista relación que tenga la calidad de vínculo jurídico laboral es menester que exista prestación de servicios personales, una retribución por tales servicios y subordinación o dependencia respecto de quien se obliga a prestar los servicios. Concurriendo estos requisitos no importa que las partes hayan calificado su contrato como de “sociedad de trabajo” ni menos obsta a tal conclusión el hecho de que la forma de retribución

¹¹⁵

Anterior a este período encontramos cierta jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el principio de la primacía de la realidad, pero en el presente trabajo no será realizada, puesto que la que se analizará en los años posteriores, posee una mayor claridad de aplicación del mismo principio.

convenida entre las partes esté relacionada con las utilidades del negocio o empresa ¹¹⁶

2.1.2.- Corte Suprema, 17 de marzo de 1988

Recurso de queja

RDJ: 1988 TOMO LXXXV SECCION III PAGINA 14

En el fallo que a continuación extractaremos, la Corte Suprema se ha pronunciado, estableciendo a través del principio de la primacía de la realidad, la determinación de la naturaleza del vínculo, que ligaba a dos instituciones, esto es, la Municipalidad y la Corporación de Las Condes, a fin de determinar, en virtud de los hechos aportados al proceso, cuál de éstas es responsable, y por ende obligada al pago, frente a una indemnización decretada en primera instancia.

Señala: “Que la sentencia dictada en los autos traídos a la vista ha establecido como un hecho inamovible que el despido de los actores fue injustificado, pero aplicando equivocadamente la norma señalada en el artículo 4° del Decreto Ley N° 2.200, condenó al pago de las prestaciones laborales a una persona que no tenía obligación legal de hacerlo, omitiéndose de este modo resolución respecto de quien correspondía satisfacer estos pagos, defecto que ha producido una evidente injusticia a los demandantes de la causa y que esta Corte está en el deber de corregirlo de oficio...”

1. Que del mérito del expediente traído a la vista aparece establecido que los demandantes fueron contratados por la Corporación Municipal de Servicios Comunales de Las Condes...lo que demuestra que la Municipalidad de Las Condes no tenía ningún vínculo de dependencia con dichos trabajadores;

2. Que la sólo circunstancia de que la referida Municipalidad haya convenido un contrato de prestación de servicios con la aludida Corporación para que ésta atendiera los servicios de sala cuna en beneficio de los hijos de los trabajadores de aquella institución edilicia, no es causa suficiente para que esta pueda quedar vinculada en las relaciones de carácter laboral que son materias del juicio del trabajo sub lite, puesto que ambas Corporaciones constituyen personas jurídicas de naturaleza completamente distinta e independientes entre sí;

3. Que tampoco puede responder la Municipalidad demandada, ni aún en forma subsidiaria, del despido que efectuó la Corporación Municipal de Servicios Comunales de Las Condes, ya que la norma del artículo 4° del Decreto Ley 2.200 legisla una situación totalmente distinta a la planteada en dichos autos, toda vez que en la especie no se ha producido la representación ficta que dicha norma establece ni tampoco ha existido alguna modificación relativa al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa que contrató los servicios de los actores; Y vistos...se revoca el fallo de primer grado y se desecha la demanda deducida a en contra de la Municipalidad referida.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al informar respecto del recurso de queja deducido, ha señalado:” Informando el recurso...Para dictar dicha resolución tuvimos presentes las fundadas...En cuanto al 2° motivo de queja, no hay consideración errónea de los hechos; por lo contrario, el fallo constata la circunstancia que el erróneo actuar

¹¹⁶ Jurisprudencia Asoc. Nac. De Empleados del Poder Judicial. Año 3. Enero 1986. Edit. Jur. EDIAR, pág 229.

municipal, según lo expuesto por la Contraloría y no objetado por la Municipalidad, fue la causa última y determinante del término del servicio de los actores.

A continuación, extractaremos el fallo de la Corte de Apelaciones que motivo el Recurso de Queja:

“1) Que son hechos o circunstancias establecidas en esta causa: a) La obligación legal de la Municipalidad de Las Condes de proporcionar los servicios de sala cuna a su personal, para lo cual convino erróneamente -según posteriormente lo constata la Contraloría General de la República- que la Corporación Municipal de Servicios Comunes de Las Condes prestara este servicio a su personal y esta última a su vez para dar cumplimiento a la obligación legal de la Municipalidad contrató a los demandantes.

b) Que la única causa determinante de terminación de los servicios de los actores fue el erróneo actuar municipal: de no haber asumido la propia Municipalidad la obligación de tener ella una sala cuna atendida por el personal correspondiente, y en cambio haber derivado esta obligación a otro ente distinto a ella misma, pero estrechamente vinculado, lo que, insistiendo, posteriormente la Contraloría reparó.

2) Que el recurso de apelación se funda en diversas consideraciones, especialmente de carácter formal, que conducirían al resultado objetivo que la demandada Municipalidad de Las Condes no respondería en autos, no obstante que tanto la contratación como el despido de los actores se debieron a causa que le es imputable.

3) Que como lo ha dicho esta ltima. Corte y confirmado la Excma. Corte Suprema, entre los principios imperantes en materia de derecho del trabajo, y que sirven de inspiración al derecho positivo en esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad que para el tratadista Américo Plá Rodríguez "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"

En este mismo orden de ideas, otro autor, Mario Deveali, citado por el anterior, además de afirmar que la primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo, expresa también que "la mayoría de las normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico, y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación del trabajo; y la aplicabilidad y los efectos de aquéllas dependen, más que del tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades concretas de dicha prestación"

“Dicho principio de la primacía de la realidad en el derecho del trabajo informa, entre otras disposiciones legales, el artículo 8° del D.L. N° 2.200 que establecía que "toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo". En otras palabras, la ley supone la existencia de un contrato de esta índole siempre que exista una situación consistente en que dos personas se han obligado recíprocamente: una a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación de otra, que se obliga a pagar por estos servicios una remuneración determinada, correspondiendo el carácter de empleador a la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales y la calidad de

trabajador, a la persona natural que presta esos servicios, bajo dependencia o subordinación, como lo entiende el artículo 3° del D.L. N° 2.200 en sus letras a) y b)".

2.1.3.- Corte de Apelaciones de Concepción. Año 1988

Recurso de protección

RDJ: 1988 TOMO LXXXV SECCION V PAGINA 299

En el fallo que a continuación extractaremos, observaremos un recurso de protección deducido en contra de la Dirección Regional del Trabajo de la VIII Región, alegando por parte del recurrente, esto es, el trabajador, la conculcación de su libertad de trabajo y su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en los términos del artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental.

La Corte, como veremos, resuelve aplicando el principio de la primacía de la realidad.

1° Que, al tenor del recurso, se imputa a la Dirección Regional del Trabajo, VIII Región, la comisión de un acto arbitrario e ilegal que causaría agravio a derechos constitucionales del recurrente. Dicho acto consistiría en la Instrucción N° 759 impartida a la sociedad Fuchs y Cía. Ltda., a quien éste provee de personal para la atención de su local denominado Café Astoria, en orden a escriturar contratos de dicho personal, como si fuera de su dependencia, en circunstancias que -según lo asevera el recurrente-es él su verdadero empleador.

2° Que, según se desprende de lo expresado por el peticionario de protección, así como de lo informado por la Dirección Regional del Trabajo y de la documentación acompañada, la situación de hecho en la que incide el problema jurídico que ha de discernirse se configura de la siguiente manera:

a) El recurrente, señor Parga Loyola, suscribió con la sociedad Fuch y Cía. Ltda. un contrato en cuya virtud se comprometió a suministrar a ésta "un servicio de personal en las secciones que el usuario lo requiera", destinado al efecto "los recursos humanos de su dependencia" que reúnan "las condiciones de idoneidad en cuanto a salud, condiciones técnicas y experiencia que requiera el servicio solicitado". Por su parte, Fuchs y Cía. Ltda. se obligó a "permitir el acceso" del contratista señor Parga, o de un representante suyo, al local en que laborará el personal en cuestión, "para efectuar los controles que sean necesarios e impartir las instrucciones que sean pertinentes, así como para el pago de las remuneraciones". Se convino, además, en que el contratista supervisaría "el desempeño del personal de su dependencia y el cumplimiento de sus tareas según descripción de las mismas efectuadas en cada contrato individual de trabajo de su personal " y que la remuneración que percibiría el contratista por la prestación de servicio se calcularía por hora hombre ordinaria como base, más el Impuesto al Valor Agregado;

b) En la visita de fiscalización practicada al establecimiento Café Astoria de propiedad de Fuchs y Cía. Ltda., se verificó que gran parte del personal que laboraba a la sazón en sus distintas secciones, cuya nómina aparece en la instrucción impugnada y que tiene contratos escritos de trabajo con el contratista señor Jorge Parga, no tienen, sin embargo, dependencia efectiva con respecto a este contratista, sino que con Fuchs y Cía.

Ltda., por las razones que se señalan en el documento, suscrito por el funcionario fiscalizador que practicó la visita;

c) La Dirección Regional del Trabajo en la Instrucción ya mencionada, ordenó a Fuchs y Cía. Ltda. "escriturar" contratos de trabajo, en calidad de empleador, con los trabajadores que laboran en su establecimiento y que ya tienen celebrado un contrato escrito de trabajo con el recurrente.

Continúa: "4° Que un estudio atento de las normas legales y de los principios relativos al contrato individual de trabajo contenidos en el Código del Ramo plantea serias dudas en cuanto a la procedencia legal de la imposición que la Instrucción formula a la Sociedad Fuchs y Cía.Ltda. en orden a "escriturar" los contratos de trabajo a que se viene haciendo referencia. En efecto, si bien es efectivo que uno de los elementos primordiales para determinar los verdaderos alcances y efectos de una relación de trabajo dependiente es el de la primacía de la realidad no lo es menos que ese principio presupone que tal relación haya sido convenida, acordada, entre un empleador y un trabajador perfectamente determinados. En su virtud, si existe discordancia, desajuste o contradicción entre lo que aparece pactado entre las partes del contrato y la realidad en que se desenvuelve la relación, el problema se resuelve, justamente, haciendo primar esta última.

5° Que en la especie, el marco en que se desenvuelve el principio en comentario aparece distorsionado, toda vez que no existe prueba alguna que demuestre que entre la Sociedad Fuchs y Cía. Ltda. y los trabajadores respecto de los cuales se les ordena "escriturar" contratos de trabajo haya mediado alguna convención en cuya virtud la una asuma el carácter de empleadora y los otros el de dependientes suyos. Por el contrario, está acreditada la existencia de contratos entre dichos trabajadores y el contratista recurrente, a los que Fuchs y Cía. Ltda. es ajena.

6° Que, de esta manera, la Instrucción aparece como un acto administrativo en que, sin haberse escuchado a todos los afectados, por vía de autoridad, se desconoce, por una parte, la eficacia del contrato de prestación de servicios celebrado entre Fuchs y Cía. Ltda. y el recurrente, así como la de los contratos de trabajo suscritos por él con los 48 trabajadores involucrados y, por la otra, se pretende imponer a éstos una dependencia jurídico-laboral respecto de Fuchs y Cía. Ltda.

7° Que, aún cuando es inequívoco que la instrucción impugnada se inscribe dentro del amplio campo de la potestad fiscalizadora que corresponde desempeñar a la Dirección del Trabajo, los efectos que de ella se derivan, y que se mencionan en el considerando precedente, ameritan que la justeza legal de la orden que contiene sea resuelta en una instancia en que todos a quienes afecta tengan la posibilidad de ser escuchados, situación que no se da en el recurso de autos.

9° Que, según se ha hecho constar precedentemente, el recurrente asegura que se dedica a la actividad de "contratista", actividad que, en sí, está reconocida por la ley. En la situación específica, materia de este recurso, tal actividad se concreta, al tenor del contrato civil...en el "suministro" de un "servicio de personal en las secciones que el usuario Fuchs y Cía. Ltda. lo requiera"...La sola formulación del objeto de este contrato, unida a la aplicación práctica que las partes le han dado y que ha motivado a los servicios

del trabajo a formular la instrucción que dio origen a este recurso, es indicativa de que la obligación que en él asumió el contratista recurrente no fue otra sino la de proveer "recursos humanos" a Fuchs y Cía. Ltda., obligación que se cumplió, agotando los efectos del mismo, desde el momento en que el contratista puso a disposición de Fuchs y Cía. Ltda. Tales "recursos humanos", vale decir, 48 trabajadores que, desde ese momento, pasaron a entregar a ésta sus servicios personales. En otros términos, el denominado "contrato de prestación de servicios" en que el recurrente apoya su petición en estos autos no ha pasado de ser sino un símil del "contrato de enganche", que otrora reglara la ley.

10° Que si bien es cierto que una actividad destinada a seleccionar el personal que ha prestar sus servicios a una empresa ajena es perfectamente lícita, no lo es menos que si ella tiene por propósito el desvincular "formalmente" a los sujetos naturales de una relación laboral, de manera que uno de ellos no quede afectado por la normativa que regula su condición, no es dable reconocer su legitimidad.

11° Que, en la especie, los antecedentes allegados a los autos, apreciados en conciencia, llevan a la conclusión de que el recurrente ha prestado su nombre, como testafarro, para que la Sociedad Fuchs y Cía. Ltda. cuente con los "recursos humanos" necesarios (dotación de personal) para el logro de sus finalidades lucrativas sin quedar sujeta a las contingencias que la legislación laboral impone a los empleadores, tales como las de gratificar, negociar colectivamente, reconocer años de servicio, relacionarse con sindicatos, etc.

12° Que, conforme a lo dicho, forzoso es concluir que el ejercicio del trabajo o actividad de "contratista" cuya protección reclama a este tribunal es, a todas luces, ilegítimo puesto que, a la postre, él se traduce en una vulneración de la legislación laboral y en un mecanismo que pretende impedir a los trabajadores involucrados en el problema ejercer la amplitud de los derechos que ésta le confiere respecto de la empresa a la que aportan, en los hechos, sus servicios personales, esto es, a Fuchs y Cía.Ltda.

Con esta actitud, el recurrente resiente el imperio del derecho y, por ello, no puede impetrar una protección jurisdiccional que, conforme al artículo 20 de la Constitución, está destinada, precisamente, a la mantención del mismo.

Nos parece que es de gran interés el fallo transcrito por su claridad en cuanto precisa muy bien que, a pesar de ser ilegal y arbitrario el acto administrativo impugnado por el recurrente, éste no se encontraba legitimado para proceder a accionar debido a la inexistencia en su esfera jurídica de un "ejercicio legítimo" de un derecho que pudiera ser agraviado por dicho acto antijurídico.

2.1.4.- Corte de Apelaciones. Año 1990

Recurso de Apelación

RDJ: 1990 TOMO LXXXVII SECCION III PAGINA 37

En el siguiente fallo, la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo en segunda instancia, se ha pronunciado sobre un recurso de apelación, revocándolo, teniendo en consideración los elementos de hecho que configuran la relación de subordinación o dependencia. Veamos

Vistos:

1°. Que la cuestión propuesta en la presente causa dice relación con la determinación de si nueve trabajadores...son o no trabajadores de esta empresa para la cual aparecían prestando servicios laborales, no obstante a que ellos aparecían con contratos escriturados para otra empresa diversa.

2°. Que para dilucidar la cuestión propuesta se hace necesario un detenido estudio de las probanzas producidas en la causa por la parte demandada, pues mediante ello se podrá demostrar la existencia o no de una relación laboral y los hechos constitutivos del vínculo de subordinación o dependencia que implica, mucho más que la existencia material de nueve contratos de trabajo suscritos entre nueve trabajadores y la empresa

3°. Que mediante la absolucón de posiciones y testimonial rendidas en la causa han quedado demostrados los siguientes hechos:

a) que los trabajadores involucrados realizan sus labores en dependencias de propiedad.

b) que los elementos de trabajo que ocupan los trabajadores son de propiedad de la empresa.

c) que las remuneraciones que se cancelan a dichos trabajadores son pagadas en el propio recinto de propiedad de la reclamante.

d) quién controla la asistencia de los trabajadores...es trabajador de la empresa reclamante.

“...Más bien aparece de los antecedentes que la reclamante ha reconocido hechos que demuestran que... quien controla y supervigila a dichos trabajadores y que Cosem no pudo ni siquiera haber seleccionado al personal que aparece contratado”.

4°. Que los hechos descritos, suficientemente acreditados mediante una valoración de las probanzas rendida, conforme a las normas de la sana crítica... demuestran palmariamente que la relación jurídico laboral que liga a Saam S.A. con los nueve trabajadores...constituye una relación laboral desde que aparece como una prestación de servicios personales realizada bajo la subordinación y dependencia de la referida Agencia Marítima y, por lo tanto, debe materializarse en un contrato de trabajo respecto de cada uno de los nueve trabajadores a que se ha hecho referencia.

5°. Que no obsta a estas conclusiones la circunstancia de que esos trabajadores tengan contrato suscrito con la firma Cosem Ltda., toda vez que en materia laboral a efectos de calificar una relación, debe estarse más a las características que ésta presenta en su ejecución, antes que a la fisonomía o apariencia que se pretende darle.

6°. Que, sabido es que uno de los principios que inspiran el Derecho Laboral, ampliamente acogido por el artículo 8° del Código del Trabajo, es el que algunos doctrinadores denominan principio de la primacía de la realidad que implica que en caso de desacuerdo entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos debe estarse preferentemente a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. (Sobre el particular, véase "Los Principios del Derecho del Trabajo". Pág. 221, Américo Plá Rodríguez).

7°. Que cumple, a mayor abundamiento, destacar que de conformidad a lo establecido en el inciso 2° del artículo 23 del D.F.L. N° 2 de 1967, "los hechos constatados por los inspectores del Trabajo y de los cuales deben informar de oficio o a requerimiento, constituyen presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial.

2.1.5.- Corte de Apelaciones de Santiago. Año 1990

Recurso de apelación

RDJ: 1990 TOMO LXXXVII SECCION III PAGINA 182

En el presente fallo, la doctrina ha concluido que: "Es principio interpretativo de la ley que ésta no pueda alterar la realidad de las cosas, la que constituye un límite que el legislador no puede sobrepasar". Creemos que lo anterior constituye una clara manifestación del principio de la primacía de la realidad, pues si bien sabemos, que la realidad siempre determina el ámbito respecto del cual el legislador dicta normas, en el caso del derecho laboral, se hace mas patente la importancia de dicha realidad, ya que la primacía de los hechos en que se desenvuelve la actividad de los trabajadores implica una mayor observancia de ellos para así proteger en mejor forma los derechos de los trabajadores, en atención a la desigualdad de las partes contratantes.

La Corte, conociendo de la apelación:

Vistos:

"...es un principio interpretativo de la ley que ésta no puede alterar la realidad de las cosas, y que dicha realidad constituye un límite al legislador que no puede éste sobrepasar; en la especie, está establecido como se señala en las consideraciones de la sentencia de primer grado...dado que no variaron en su naturaleza con aquellos que continuó prestando..."

2.2.- Análisis Sentencias período 1996 – 1998.

2.2.1.- Corte Suprema. Año 1996

Recurso de Apelación

En esta sentencia, el sentenciador ha realizado una aplicación e interpretación del principio en análisis a favor del trabajador, atendido que revoca la sentencia apelada, declarando ha lugar la demanda por despido injustificado, atendido que el trabajador, en los hechos, no vulneró obligaciones de la esencia del contrato de trabajo al cual se encontraba sujeto, como pretendía dar por sentado el empleador basándose en el texto del mismo contrato.

En el considerando 4°, la sentencia en comento señala "que apreciados en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica los elementos de convicción aportados por las partes... puede deducirse que en la empresa demandada siempre hubo conocimiento y autorización para que el actor desarrollara actividades paralelas a su trabajo y sólo esta explicación de los hechos justifica la circunstancia relativa a que terminada la relación laboral, se le propusiera cambiar la causal de despido que se había invocado en la carta

de 29 de octubre de 1993, "incumplimiento grave de las obligaciones"...., por la de poner término al contrato de trabajo "por mutuo acuerdo", según consta del proyecto de finiquito, fechado el 2 de diciembre del mismo año, practicándose una liquidación queno se condice con la causal invocada al poner término a sus labores y que aparece como gratuito beneficio para un trabajador cuya causal de despido no le daba derecho a indemnización alguna”.

“5°. Que, por otra parte, en la carta aviso de despido...se señala como motivo de la decisión de poner término al contrato de trabajo, la circunstancia que el actor hubiere efectuado seminarios a título personal... lo que denota que la causa que se invoca, lo sea, después de más de treinta días de ocurrido el último de los "numerosos hechos semejantes" que se le reprochan; "...en múltiples ocasiones infringió esta norma contractual...", se lee en la contestación a la demanda..., lapso que permite pensar que la extemporaneidad del despido implica una renuncia de la empleadora a ejercer derecho en contra de lo que ahora considera como "incumplimiento grave" de las obligaciones laborales”.

“7°. Que no obsta a las conclusiones anteriores, el texto del contrato de trabajo suscrito por el actor con la demandada, en cuya cláusula 7ª, N° 5, se señala como incumplimiento grave de las obligaciones: "Efectuar durante el horario de trabajo cualquiera asesoría y/o servicios ajenos a la Firma, de interés propio o de terceros", puesto que con las pruebas antes ponderadas resulta acreditado que en la práctica la ejecución del contrato fue diferente al contenido de la convención, de modo que la referida prohibición, aún sin mención escrita, fue obviada por las partes, lo que en doctrina se denomina el "principio de la primacía de la realidad" y que bien puede fundar una conclusión, de conformidad con lo que permite el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil”.

“Y vistos, ..., se revoca la sentencia apelada, en cuanto por su decisión II no da lugar a la demanda por despido injustificado ni al cobro de indemnizaciones y, en su lugar, se declara que ha lugar a aquella, estimándose que el despido del actor lo fue por aplicación injustificada de la causal invocada y, en consecuencia, la demandada deberá pagar las prestaciones que correspondan por concepto de indemnización contempladas en el artículo 4° inciso cuarto de la Ley 19.010 y en el artículo 5° inciso segundo de la misma ley, según lo resuelto en la motivación 8ª del fallo”.

2.2.2.- Corte Suprema de Justicia

Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema No. 3, Septiembre, 1997.

En esta sentencia, la Corte Suprema al pronunciarse respecto de un recurso de casación en el fondo, se ha hecho una importante aplicación del principio, a propósito de las gratificaciones legales y convencionales, y en el contrato colectivo de trabajo, razón por la cual, nos permitiremos transcribirlo casi en su totalidad.

“Constituye un aspecto de derecho y sujeto a la revisión de esta Corte de Casación, lo referido a la calificación jurídica de los hechos, que no es otra cosa que determinar si la hipótesis fáctica establecida por los jueces de la instancia se encuadra o queda subsumida en las normas dadas por el legislador, específicamente, en lo que es materia

de la presente litis, las partes se encuentran acordes en que lo pactado por ellas corresponde a gratificaciones”.

“Se revisará el recurso interpuesto teniendo para ello presente que los jueces de la instancia dieron por establecidos como hechos no controvertidos: a) que la demandada está obligada por ley a pagar gratificaciones a sus trabajadores; b) que las partes suscribieron sendos contratos colectivos para regular, entre otros aspectos, las gratificaciones que se otorgarían por la empresa demandada a los trabajadores afiliados a los sindicatos demandantes; c) que la empresa pagó a los trabajadores las cantidades acordadas en los meses señalados en dichos convenios”.

“El Código del Trabajo trata sobre las gratificaciones que los empleadores han de pagar a sus trabajadores en los artículos 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52. El artículo 46 se refiere a las gratificaciones que se pactan y dice: "Si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, éstas no podrán ser inferiores a las que resulten de la aplicación de las normas siguientes". Entre esas normas se encuentran los artículos 47 y 50. Según estos artículos, nuestro legislador ha establecido una opción entre dos alternativas distintas para que el empleador obligado a gratificar a sus trabajadores pueda hacerlo a su libre elección. Y son distintas porque en uno y otro caso ha consignado parámetros o variables diferentes para determinar el mínimo necesario para cumplir la exigencia legal. De allí que en ambos casos se trate de gratificaciones legales, para distinguirlas de aquellas convencionales a que alude el artículo 46. En el caso del artículo 47, el empleador satisface la exigencia legal pagando anualmente a sus trabajadores, en forma proporcional a lo devengado por cada uno de ellos, una cantidad no inferior al 30 por ciento de sus utilidades o excedentes líquidos. En el evento del artículo 50, el empleador igualmente satisface la exigencia legal abonando o pagando a sus trabajadores el 25 por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, con un tope máximo de gratificación, por cada trabajador, equivalente a 4,75 ingresos mínimos mensuales, todo ello sin consideración a la utilidad líquida que el empleador obtuviere y sea cual fuere ésta. La del artículo 47 genera una obligación que está sujeta a la obtención de utilidades por el empleador y la del artículo 50 se establece sin considerar utilidades o su monto; la primera no necesita de pacto especial y se debe calcular concluido el ejercicio anual y, la segunda, requiere de la opción por el empleador al inicio del año respectivo, satisfaciéndola en la forma establecida por el legislador o en aquella que pacten las partes, pero con el mínimo que la norma expresa. Así, cuando el empleador, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 50, elige la que esta norma establece a cambio de la contemplada en el artículo 47, extingue la exigencia de ésta última quedando eximido de ella. De lo que antecede fluye que cuando trabajadores y empleadores, en ejercicio de la amplia libertad que el artículo 46 del Código del Trabajo les otorga, pactan sistemas de pago de gratificaciones, éstas no pueden ser inferiores a las legales, esto es, a las que resulten de una cualquiera de las alternativas contenidas en los artículos 47 y 50. Cuando convengan un sistema de gratificaciones que tenga en vista el artículo 47, habrán de pactar un porcentaje de utilidades líquidas no inferior al 30 por ciento, que es la exigencia mínima legal, sistema que conlleva la incertidumbre del resultado final de cada ejercicio comercial. En cambio, cuando se opta por el sistema de gratificaciones del artículo 50, deberá pagarse un

porcentaje no inferior al 25 por ciento de lo devengado por remuneraciones por cada trabajador que aquella norma establece, sin perjuicio que el empleador pueda renunciar al tope legal”.

“Los preceptos constitucionales como legales, referidos a la legislación laboral, consagran diferentes principios a los cuales, por ejemplo, hace expresa mención al inciso segundo del artículo segundo del Código del Trabajo, es así como en diversas disposiciones el legislador efectúa aplicación del principio de la realidad, entre cuyos ejemplos más claros se cuenta la presunción de contratación indefinida en el artículo 159 número 4 del mismo código. Este principio general de la legislación laboral, por su claridad, debe ser considerado respecto de los instrumentos colectivos, especialmente al momento de determinar lo que constituyó el acuerdo de voluntades entre las partes y no entenderlo de este modo importa un error de derecho que permite la anulación del fallo por la vía del recurso de casación en el fondo”.

“Conforme al principio de la realidad y a los hechos establecidos por los jueces del fondo, las partes han estado acordes en entender que al reglamentar expresamente sobre las gratificaciones en el contrato colectivo, el empleador optó por satisfacer esta obligación legal en la forma contemplada en el artículo 50, dando a tales estipulaciones una aplicación práctica precisamente en los términos del artículo 50 del Código del Trabajo”.

“En lo relativo a los contratos colectivos, debe considerarse que pueden quedar dentro de sus estipulaciones todas las condiciones comunes de trabajo, entre ellas las remuneraciones y, específicamente, las gratificaciones. Una de las limitaciones impuestas por el legislador a la amplia libertad de contratación colectiva es que no se afecten los derechos mínimos que los preceptos legales establecen en beneficio de los trabajadores. Por los importantes efectos que produce el contrato colectivo, el legislador lo ha regulado en diferentes disposiciones, cuidando que éste sea cumplido en la forma acordada”.

“...Nuestro legislador, no obstante adherir al sistema subjetivo de interpretación de los contratos, ha dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil que se estará a la intención de los contratantes cuando su voluntad aparezca claramente manifestada en la convención, esto es, sin que exista controversia a su respecto, de lo contrario se aplicarán las reglas que señala en los artículos siguientes con el objeto de determinar su alcance y sentido. Entre tales disposiciones se contempla la del artículo 1564, inciso tercero del Código Civil, en relación a la cual el profesor Jorge López Santa María señala: "las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra. Esta disposición consagra la regla llamada de la interpretación auténtica. Subrayando su capital importancia, los autores chilenos, Claro Solar, por ejemplo, estiman que en un eventual orden de prelación, ella debería figurar inmediatamente a continuación del artículo 1560". Citando a Claro Solar, expresa: "La interpretación auténtica es la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer en aquellos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual. Tal error nace de la mala aplicación de un principio muy verdadero, el cual dice que después de concluido el contrato, ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarlo a su guisa. Pero este principio no es, ciertamente, atacado si las dos partes

se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad...En la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad". Expone luego el mismo autor que "interpretando auténticamente, la Corte Suprema ha dicho: La regla del inciso tercero del artículo 1564 es de importancia principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o de hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellos mismos de las cosas, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o a hacer" (Jorge López Santa María, Sistema de Interpretación de los Contratos, página 96)".

"Conforme a las reglas de interpretación de los contratos, se llega a establecer que las cláusulas cuyos efectos jurídicos se cuestionan, constituyen una forma de pago de gratificaciones por la empresa, las que se efectuaron por las sumas y en las fechas indicadas en los instrumentos colectivos, sin que se formularan objeciones o protestas por los actores, lo que importa aplicación práctica de lo que el empleador y trabajadores entendieron fue su intención común al celebrar la convención, conforme a los términos del inciso tercero del artículo 1564 del Código Civil, lo que debió llevar, de igual modo, a desestimar las alegaciones posteriores esgrimidas en autos. La interpretación contractual indicada se encuadra, además, en el principio general de la legislación del trabajo de la realidad, según el cual los efectos jurídicos de los actos y contratos en las relaciones laborales están dados preferentemente por la forma en que ellos efectivamente se desarrollan por los sujetos a quienes están destinados.

Los magistrados de la instancia han incurrido en error de derecho al determinar el carácter legal del instrumento colectivo, infringiendo con ello: a) La ley del contrato establecida en el artículo 1545 del Código Civil; b) Las normas sobre gratificaciones contempladas en los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo; c) Las normas sobre interpretación de los contratos de los artículos 1560 y 1564 inciso tercero del citado Código Civil; y d) El principio general de la legislación laboral de la realidad. En efecto, en la especie se cumplió lo pactado por las partes en el instrumento colectivo, lo que correspondía claramente a una gratificación anual convencional acordada en forma anticipada, por la que el empleador optó expresamente; hecho que le exime del pago de la gratificación dispuesta por el legislador de modo general en el artículo 47 antes citado, lo que debió llevar a los jueces del fondo a otorgar carácter legal a la cláusula contractual pertinente, aplicando las normas que de dicha conclusión se desprenden, lo que no hicieron, incurriendo con ello en los errores de derecho denunciados. Igualmente se produce este error si se considera que las partes cumplieron el contrato colectivo del modo pactado, lo que conforme al principio general de la legislación laboral de la realidad, como de acuerdo a las reglas de interpretación de los contratos, especialmente conforme a su aplicación práctica, debió determinar a los sentenciadores a otorgar el correcto alcance a la convención colectiva, lo que no ocurrió. Los errores de derecho expresados influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo desde el momento que la equivocada determinación del carácter legal del contrato en relación con el artículo 47, debiendo serlo respecto del artículo 50, ambos del Código Laboral, llevó a acoger una pretensión improcedente y que, por lo mismo, debió ser desestimada".

2.2.3.- Corte Suprema de Justicia

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Diciembre, 1997

En esta sentencia encontramos una aplicación del principio en análisis con el principio de la continuidad de la relación laboral.

“En primer término, aduce la recurrente se habría conculcado el precepto del artículo 4 del Código Laboral, en la medida que el fallo impugnado le confiere un alcance y sentido distinto al que verdaderamente tiene, escudándose -para ello- en la aplicación del invocado principio de la primacía de la realidad. A su entender, aquella norma recoge y expresa el concepto de la "continuidad de las relaciones laborales", en orden a impedir que las modificaciones en el dominio, posesión o mera tenencia de una empresa lleguen a afectar los derechos de los trabajadores”.

“Con todo, añade, es evidente que ella sólo puede regir hacia el futuro y que, por lo mismo, únicamente es vinculante para el o los nuevos empleadores, pero jamás puede significar que subsistan o perduren esos derechos cautelados y la subsecuente responsabilidad respecto de aquéllos que dejaron de tener esa condición de empleadores”.

“...En efecto, lo que, en último término, reclama la demandada en subsidio son los supuestos fácticos en que ese fallo asienta la aplicación del mentado precepto. De este modo, es claro que no está en entredicho el principio de que las modificaciones en la empresa no pueden involucrar alteración en las obligaciones y derechos contractuales de orden laboral...”

“En otro orden, asegura el recurrente de casación se habría infringido en este caso el artículo 64 del Código del Trabajo. Indica, por un lado, que su aplicación es absurda porque ello implica conferir a la demandada "principal" el carácter de contratista de la sociedad demandada en subsidio y, por otro, que no obstante haberse invocado la subsidiariedad que prevé dicho artículo, se ha dispuesto la condena de la recurrente en forma "conjunta" con la demandada principal”.

2.2.4.- Corte Suprema de Justicia

Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, 2-3, Junio, 1998.

En el presente fallo extractado, encontramos la aplicación del principio en análisis, al configurarse la relación laboral, al establecer sus requisitos y al aplicar el contrato de trabajo.

“Apreciadas las pruebas rendidas se logra el convencimiento que si bien la demandante fue contratada por una empresa de servicios, desarrollando labores de merchandising, la trabajadora desarrollaba parte de sus labores en la oficina de la empresa demandada, recibía instrucciones del personal de ésta y participaba en las campañas diseñadas por su propio departamento de marketing, recibiendo incluso un premio, el rally, que como lo reconoce el gerente de la empresa demandada, era una competencia en la cual se premiaba a los mejores vendedores de la demandada; se comunicaba con la empresa de servicios por medio del teléfono o fax de la demandada, y el jefe de esta empresa le daba las instrucciones; el contrato se firmó en La Serena donde la empresa de servicios no tiene oficinas; antecedentes que son múltiples y concordantes para concluir que los elementos intrínsecos de la relación laboral, en este

caso la dependencia y subordinación, se dan entre la empresa demandada y la demandante, acogiéndose así el principio laboral de la realidad, aún cuando el contrato señale otro empleador, por cuanto los verdaderos elementos del contrato de trabajo se dan en el hecho con la demandada...”

2.3.- Análisis Sentencias período 2001 – 2002

2.3.1.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Enero, 1-5, 2001

En este fallo se aplica el principio en análisis, en relación con la presunción de existencia del contrato de trabajo, y vinculándolo con la apreciación respecto del vínculo de subordinación o dependencia.

"Los preceptos constitucionales y legales, referidos a la legislación laboral, consagran diferentes principios a los cuales, por ejemplo, hace expresa mención el inciso 2 del artículo 2 del Código del Trabajo. Es así como en diversas disposiciones el legislador efectúa aplicación del principio de la realidad, entre cuyos ejemplos más claros se cuenta la presunción de contratación indefinida del número 4 del artículo 159 de dicho cuerpo legal. Este principio general de la legislación laboral, por su claridad, debe ser considerado, especialmente al momento de determinar lo que constituyó el acuerdo de voluntades de las partes" (Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCIV, segunda parte, sección tercera, página 145)".

El fallo en comento continúa analizando los cuatro elementos que conforman, según la doctrina, el contrato de trabajo, señalando al respecto que "generalmente para determinar la existencia de relación laboral se busca la presencia de estos cuatro elementos, constituyendo la subordinación o dependencia el elemento determinante y característico de esta relación.

"...El vínculo de subordinación o dependencia se materializa según la jurisprudencia reiterada de la Dirección del Trabajo...a través de diversas circunstancias concretas, 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".

"En mérito de estas consideraciones y apreciadas conforme a la sana crítica los medios probatorios hechos valer por el demandante e incluidos en el fundamento decimotercero de la sentencia de primer grado, puede darse por establecida la existencia de un contrato de trabajo en la prestación de los servicios del actor para la demandada, por cumplirse en la especie los requisitos que lo tipifican como tal, como son la prestación de servicios personales bajo un vínculo de subordinación o dependencia y el pago a cambio de ello de una remuneración determinada, no obstante para ello la existencia de la cláusula sexta, según la cual "el contrato no contiene ni conlleva relación alguna de trabajo entre el profesional y la demandada como también no existe vínculo de subordinación y dependencia" y el haber otorgado el actor boletas de honorarios, porque, como lo establece la Excelentísima Corte Suprema en sentencia citada: "Esta interpretación contractual se encuadra, además, en el principio general de la legislación

del trabajo de la realidad, según el cual los efectos jurídicos de los actos y contratos en las relaciones laborales están dados preferentemente, por la forma en que ellos efectivamente se desarrollan por los sujetos a quienes están destinados".

2.3.2.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001.

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Abril, 3-6, 2001

En el fallo extractado, encontramos la aplicación del principio en análisis en relación con el finiquito del contrato de trabajo, donde se pone en pugna la primacía de los hechos respecto de los documentos, que en este caso sería el finiquito del contrato de trabajo, respecto del cual, una vez firmado por las partes, no cabe reclamación alguna por parte del trabajador.

"En lo que respecta al finiquito, el artículo 177 del Código del Trabajo dispone que debe constar por escrito, estipulando en su inciso final que "el finiquito ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo o ante alguno de los funcionarios a que se refiere el inciso segundo, así como sus copias autorizadas, tendrá mérito ejecutivo respecto de las obligaciones pendientes que se hubieren consignado en él".

"Se debe tener presente que el finiquito es el instrumento en que se consigna un hecho o se da constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos y que la intervención del ministro de fe dice relación con su otorgamiento".

"Sin embargo, en el caso en estudio, las evidencias y conclusiones surgidas en el proceso desvirtúan la fecha de inicio de la relación laboral allí consignada y consecuentemente la existencia de un contrato a plazo fijo, estimando esta sentenciadora que no puede sustraerse a su facultad de aplicar justicia en el caso y acorde al principio de primacía de la realidad en que deben prevalecer la verdad de los hechos sobre los acuerdos formales, logra la convicción que tal instrumento, el finiquito, carece de valor liberatorio en el caso de autos, por fundarse en presupuestos que no son válidos como se concluyó".

"En consecuencia, dado el tiempo trabajado y su carácter indefinido, es improcedente ponerle término invocándose la causal de vencimiento del plazo, que sólo concurre respecto de los contratos a plazo, por lo que el despido se estima contrario a derecho".

2.3.3.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001.

Libro Registro de Sentencias de Protección de la Corte Suprema, Abril 1-3, 2001

"La autoridad administrativa ha señalado que en el ejercicio de sus atribuciones constató el hecho que todos los trabajadores involucrados son dependientes que una sola empresa en los términos definidos por el artículo 3 letra a) el Código del Trabajo, ya que entre embotelladora y transportes existe respecto de sus trabajadores, elementos de subordinación, dependencia, supervisión, etc, caracterizadores de la relación laboral de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 del Código del Trabajo, siendo aplicable la presunción contemplada en el artículo 8 inciso 1 del Código del Trabajo".

"Se ha precisado por los Tribunales que las facultades de que está investida la autoridad fiscalizadora deben ejercerse sólo cuando dicho servicio se encuentre frente a

situaciones de infracción a las normas laborales, es decir, cuando se sorprendan infracciones claras, precisas y determinadas. (Gaceta Jurídica número 218 páginas 155 y siguientes)”.

“En la especie el ente fiscalizador no comprobó ninguna infracción clara y precisa a las leyes laborales por parte de las empresas recurrentes, sino que interpretó conforme a criterios propios la naturaleza del vínculo laboral existente entre los trabajadores agrupados en el sindicato y los empleadores para el procedimiento de negociación colectiva, y estableció que los trabajadores debían entenderse como dependientes de una sola y misma empresa, aplicándose el denominado principio de la "primacía en la realidad" sobre el de la realidad formal que indica que sostienen contratos con dos empresas distintas, lo que implica establecer un nuevo vínculo laboral al margen de la normas contenidas en los artículos 7, 9 y 344 del Código del Trabajo y asumiendo una facultad jurisdiccional propia de los tribunales de justicia”.

La actuación de la recurrida... resulta ilegal por transgredir tanto la garantías constitucionales como el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo de conformidad al cual compete a los tribunales ordinarios del Trabajo conocer de las controversias o divergencias en cuanto a la interpretación de una relación laboral existente entre un grupo de trabajadores y su empleadora o empleadoras en el contexto de la tramitación de un contrato colectivo, materia que debe ser conocida y resuelta por el correspondiente juez laboral, correspondiéndole exclusivamente a éste dar aplicación a los principios directrices que esa interpretación como por ejemplo el de la primacía de la realidad.

2.3.4.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001

Libro de Registro de Sentencias de Protección de la Corte Suprema, Abril, 1-3, 2001.

La Corte Suprema, al deducirse apelación respecto de un recurso de protección, se ha pronunciado respecto de las facultades de la Inspección del Trabajo, respecto de un proceso de negociación colectiva en una empresa. Veamos

“Se ha precisado por los tribunales que las facultades de que está investida la autoridad fiscalizadora deben ejercerse sólo cuando dicho servicio se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales, es decir, cuando se sorprendan infracciones claras, precisas y determinadas”.

“El fiscalizador no comprobó ninguna infracción clara y precisa a las leyes laborales por parte de las empresas recurrentes, sino que interpretó conforme a criterios propios la naturaleza del vínculo laboral existente entre los trabajadores agrupados en el Sindicato y los empleadores para el procedimiento de negociación colectiva, y estableció que los trabajadores debían entenderse como dependientes de una sola y misma empresa, aplicándose el denominado principio de la primacía de la realidad sobre el de la realidad formal que indica que sostienen contratos con dos empresas distintas, lo que implica establecer un nuevo vínculo laboral al margen de las normas contenidas en los artículos 7, 9 y 344 del Código del Trabajo y asumiendo una facultad jurisdiccional propia de los Tribunales de Justicia.

“Tal juicio de valoración de la autoridad administrativa se proyectó en la resolución recurrida, en virtud de la cual se ordenó a la empleadora negociar con todos los

trabajadores, aun aquéllos que conforme a la realidad formal estaban contratados por otra empleadora, debiendo entenderse en ella un mandato para que la empleadora completara o adecuara su respuesta al proyecto de contrato colectivo de trabajo presentado por el Sindicato”.

“De esta forma, la Inspección del Trabajo emitió un juicio valorativo respecto a la naturaleza y alcance de la relación laboral existente entre los trabajadores y las empresas recurrentes, desconociendo la existencia de dos empresas, materia que es ajena a sus atribuciones de fiscalización y cumplimiento de leyes laborales, y al así hacerlo, se atribuyó facultades de interpretación y calificación jurídica de una determinada situación laboral legalmente reglada, siendo los Tribunales del Trabajo los únicos órganos competentes para emitir una decisión sobre la materia en la sustanciación del proceso respectivo. El establecimiento de los hechos y su calificación jurídica corresponde a los órganos jurisdiccionales. (Gaceta Jurídica número 241 páginas 206 y siguientes)”.

“La actuación de la recurrida, resulta ilegal por transgredir tanto las garantías constitucionales como el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo de conformidad al cual compete a los Tribunales Ordinarios del Trabajo conocer de las controversias o divergencias en cuanto a la interpretación de una relación laboral existente entre un grupo de trabajadoras y su empleadora o empleadoras en el contexto de la tramitación de un contrato colectivo, materia que debe ser conocida y resuelta por el correspondiente juez laboral, correspondiéndole exclusivamente a este dar aplicación a los principios directrices de esa interpretación como por ejemplo el de primacía de la realidad.

“Establecida la ilegalidad, y concluido que con ella se infringieron los derechos que a los recurrentes otorgan los números 3 inciso cuarto, 16 y 24 del artículo 19 del texto constitucional, para garantizarles no ser juzgados por comisiones especiales, no celebrar contrato colectivo de trabajo con quienes niega su relación laboral, ni ser privado de su propiedad, razón por la cual corresponde acoger los recursos de protección deducidos, dejando sin efecto la resolución e instrucciones que lo originan”.

2.3.5.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Noviembre, 1-5, 2001.

En esta sentencia, la decisión del problema materia de esta controversia incide en fijar el sentido y alcance que debe darse o los respectivos contratos de trabajo de los demandantes en cuanto por ellos se fijó una obligación de prestar servicios por treinta horas semanales, sin precisión de la naturaleza específica de la jornada, si lo era en el horario matinal o debía cumplirse en horas de la tarde, en relación con la circunstancia acreditada que los referidos actores, durante más de seis años, en un caso, y de más de cuatro años, en el otro, desempeñaron sus labores, sin modificación alguna, en el horario escolar de lo tarde, organizando su vida personal, profesional y familiar en torno a tal situación.

De esta forma: “la imposición tardía que ha efectuado la empleadora de la cláusula contractual que, en la forma ya señalada, fija la carga horaria semanal escueta y literalmente en 30 horas, regulándola de propio arbitrio y sin el soporte consensual inherente a todo contrato de trabajo, para ser servido en horario diverso al que venía siendo cumplido por más de cinco y seis años a la fecha de imponerla, vulnera lo

dispuesto en el artículo 1564 inciso final del Código Civil, estatuto jurídico general en materia de interpretación de los contratos, en cuanto permite interpretar las disposiciones de una convención atendiendo a la aplicación práctica de la misma que hayan hecho los partes”.

El tiempo en que los actores realizaron sus labores, sin reproche alguno, en horario de jornada escolar de la tarde, y no matinal, es más que suficiente para entender que operó la forma de interpretar los contratos ponderados en el razonamiento que antecede.

Lo anterior determina dos conclusiones evidentes:

1) los actores no han incumplido de manera alguna, y menos en el grado de gravedad que exige la ley laboral vigente, sus respectivos contratos de trabajo para entenderles incursos en la causal de incumplimiento grave de los mismos, por la sola circunstancia de haberse negado a aceptar el cambio de modalidad horaria impuesto unilateralmente por la demandada, después de haber desempeñado sus labores, sin modificación alguna, y con aceptación plena de la contraparte, durante más de seis y cuatro años en cada caso.

2) por la inversa, si quien dio al contrato interpretación literalmente restrictiva desoyendo el mandato del artículo 1564 del Código Civil, que permite interpretar las disposiciones de un pacto según la aplicación práctica del mismo hecho por las partes, ha sido la empleadora demandada, es ella quien ha incumplido las obligaciones contractuales vigentes, y por lo mismo, deberá reconocerse la razón al predicamento de los actores en cuanto en su libelo demandan por despido indirecto de que han sido objeto, por infracción grave de las obligaciones que pesan sobre la demandada, y que aparecen incumplidas por ella.

“Esta regulación restrictiva, que como principio regulador merece ser aplicado en todo el campo laboral, es una advertencia para el empleador en cuanto a que en el ejercicio del ius variandi no puede desconocer o dejar de lado la fuerza obligatoria de la relación laboral, figura ésta que consagra con mayor relevancia y jerarquía jurídica la modalidad y forma en que se ha cumplido en la práctica y por largo tiempo un determinado contrato de trabajo, cuyas estipulaciones escritas, de haber existido, tal como sucede en la especie, quedan derogadas o modificadas, si el proceder fáctico no se aviene con ellas...Útil parece acotar una invocación doctrinaria en las palabras del tratadista Américo Plá Rodríguez, "Los Principios del Derecho del Trabajo", página 243, referida al principio llamado de la realidad o primacía de la realidad que significa que "en caso de discrepancia 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".

“Así entonces, la ejecución de determinadas prácticas define y delimita el contenido del contrato, incluso frente a una declaración escrita, prevalecerá aquello que se dé en el terreno de los hechos”.

Existe voto disidente, pronunciado por la ministro Laura Soto Torrealba. Sin embargo, este no dice relación con el principio tratado.

2.3.6.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Noviembre, 3-5, 2001.

La Corte Suprema, respecto de un recurso de casación en el fondo, se ha pronunciado respecto del principio en análisis, respecto de contrato de prestación de servicios a honorarios.

“Se ha deducido por la parte demandante recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, fundado en que se da uno de los supuestos de contratación indefinida establecidos en el artículo 159 número 4 del Código del Trabajo, toda vez que, se señala, la actora trabajó para la demandada entre las fechas indicadas. Ello porque no obstante denominarse algunos de los contratos "de prestación de servicios a honorarios", celebrados entre las partes, son en realidad contratos de trabajo”.

“Como se puede apreciar el problema consiste en determinar si los contratos celebrados con anterioridad al contrato que indiscutiblemente es un contrato de trabajo tienen o no también ese carácter”.

“Rola en autos copia de "Contrato de Trabajo". Se aprecian notorias diferencias entre éste y el otro contrato acompañado. Más que ello, puede decirse que son diferentes. Por consiguiente, no se puede concluir que del tenor de ambos contratos, más allá de su denominación como contrato de prestación de servicios, en un caso, y como contrato de trabajo, en el otro, se pueda deducir que se refieren a la misma realidad de prestación de servicios o laboral. Al respecto, cabe destacar que en el otro contrato se señala que la profesional no tendrá la calidad de dependiente”.

“Es correcto lo que señala la apelante en el sentido de la primacía de la realidad por sobre las denominaciones y calificaciones que hagan las partes; pero entretanto la apariencia no se demuestre reñida con la realidad debe estarse a aquella”.

“No se ha comprobado en autos que el contrato denominado de prestación de servicios haya encubierto un contrato de trabajo. Y del tenor de las disposiciones del contrato no aparece que sea un contrato de trabajo. Las labores propias de un profesor universitario son compatibles con una vinculación entre éste y la institución de enseñanza que no sea la laboral. Ciertamente del contrato acompañado no aparecen estipulaciones que vinculen la docente con la institución en una relación laboral”.

2.3.7.- Corte de Apelaciones de Concepción. Año 2002

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Julio, 6-6, 2002

En el presente fallo extractado, encontramos una radical aplicación del principio en estudio, atendido que la Corte de Apelaciones ha razonado, llevando a aplicar el principio al límite, estableciendo que en casos excepcionales, los hechos pueden llegar a alterar los efectos de las disposiciones legales.

“La principal controversia de esta causa consiste en determinar si la causal invocada para poner término al contrato fue justificada o no y, para este efecto, es menester analizar si los hechos probados en estos autos son o no constitutivos de la causal prevista en el número 1 del artículo 160 del Código del Trabajo que se invocó para poner término al contrato de trabajo, sin derecho a indemnización”.

“Como en toda causa laboral, deben tenerse presente principios básicos que

informan el derecho laboral sustantivo, como son el principio protector o tutela y el principio de la primacía de la realidad, y, en el campo del derecho laboral adjetivo, el principio de la apreciación de la sana crítica”.

“...El principio de la Primacía de la Realidad nos hace concluir que hay hechos que pueden llevar, en forma excepcional, a alterar los efectos de la aplicación de disposiciones legales, ya que la realidad hace que esa circunstancia permita que se haga justicia en forma más certera que si se hubiera respetado otra disposición legal”.

“A la luz de estos principios corresponde analizar la conducta de la actora, teniendo especialmente presente: que su actividad era la de "agente de ventas"; como vendedora debía pasar los formularios únicos de notificación correspondientes a su supervisor, quien debía ingresar las ventas, revisar los documentos acompañados a ellas e ingresarlos en un programa específico del computador... Que la demandada en su contestación señala que se detectaron una serie de irregularidades consistentes en mejoramientos de propuestas sobre la base de aumentar el promedio de rentas cometidas por una agente de ventas; de modo que el "problema" fue detectado con bastante anterioridad al despido de la actora...El modus operandi era el siguiente: en primer lugar contacto con empresas, luego, reuniones, en competencia con las otras Isapres, por lo que se hacían ofrecimientos al jefe de personal de ubicarlo en un tramo superior, siempre que el plan colectivo fuese para toda la empresa; estas reuniones eran entre el jefe de personal de la empresa, el supervisor, el jefe de ventas y el jefe zonal de la Isapre; si había acuerdo, correspondía al vendedor o agente de ventas acatarlo.

2.3.8.- Corte Suprema de Justicia. Año 2001

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Noviembre, 5-5, 2001

En esta sentencia, se ha hecho aplicación del principio en análisis, y nos permitiremos transcribir ciertos considerandos, para observar la trascendencia de los hechos por sobre los acuerdos.

“entre las partes existió relación laboral, la que se extendió por quince años, desempeñándose el actor como terminalista administrativo y fue despedido... cuyos hechos se hicieron consistir en no respetar las normas de control interno del banco, al firmar como apoderado, sin contar con el poder para realizarlo, lo que excedería de las atribuciones del demandante, un formulario de varios acreedores por un monto determinado que fue pagado por caja a un ex trabajador, lo que permitió que se perpetrara fraude al banco, vulnerando, además, una cláusula del contrato de trabajo y el Reglamento Interno”

“el cargo de "terminalista administrativo" contempla como función básica el ingreso de información generada en la oficina en que se desempeñaba el actor, a los sistemas computacionales, aplicando para ello las distintas transacciones establecidas en el banco, siendo además responsable de la cuadratura, emisión de listados y verificación de la extensión y firma de los documentos recibidos en la cámara de compensación”.

“Dentro de la investigación de un fraude cometido por otro ex empleado, se detectó que un documento denominado "Libro Mayor Vigente", de fecha y monto determinados, que fue cobrado por el ex empleado, corresponde a una operación ficticia y que en dicho

documento el actor estampó su firma como segundo, junto al ex trabajador, sin que tuviera atribuciones para firmar como apoderado, según lo reconoce en la confesión el actor, aún cuando alega que tenía instrucciones verbales”.

“Por otra parte, se advierte en las argumentaciones de la nulidad de fondo, que el demandado contraría los hechos asentados en el fallo de que se trata e intenta alterarlos, ya que alega que los criterios sustentados por los jueces del fondo para restar gravedad a los hechos en los que participó el demandante, carecen de lógica y no justifican la decisión adoptada. Sin embargo, a través del presente recurso los presupuestos fácticos establecidos, entre ellos la gravedad de una conducta, no son susceptibles de atacarse, salvo que se haya producido infracción a las leyes reguladoras de la prueba, cuestión que no se advierte en la especie”.

“...La conducta que se atribuye a la actora, habida consideración a que según se desprende de las declaraciones prestadas por el fiscalizador del banco, las operaciones que realizan los empleados de la entidad, y particularmente los que tienen facultades de representación o gestión administrativa, son revisadas, analizadas y fiscalizadas constantemente por el departamento de control interno de la entidad, y estos procedimientos de control y fiscalización efectuados a los empleados de la sucursal, en especial al del demandante y su superior jerárquico, hace que las actuaciones que constituyen materia del reproche, no puedan serlo ahora, desde que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, esas actuaciones fueron aceptadas durante los últimos diez años por el empleador, debido a que no hay antecedentes en autos de que hubiere habido algún reparo con anterioridad, de suerte entonces que esas actuaciones deberán tenerse por ajustadas en los hechos al mérito de los instructivos del empleador”.

“De esta manera las instrucciones impartidas por el superior jerárquico al actor, lo que ha sido expresamente aceptado por el demandado, en lo que se refiere al otorgamiento de una segunda firma, en el hecho constituyó una actividad habitual en el quehacer de éste, lo cual, como también se dice, jamás fue objeto de reproche, lo que hace que esa habitualidad constituya en el hecho una autorización fáctica al empleado para el cumplimiento de un quehacer que, de este modo, ha de tenerse por incorporado en el conjunto de actividades que su contrato le impone, lo cual en el hecho impide que se configure la causal de despido invocada”.

“Los razonamientos precedentes emanan de la propia realidad de los hechos recogidos de los antecedentes del proceso, y se encuentran aceptados por los propios testigos de la demandada, los que aceptan que las prácticas efectuadas por el superior del actor, y que contaminan el desempeño profesional del actor, sólo pudieron ser detectadas por su propia información, ya que antes de ello, todos los sistemas de control del banco informaban de la rectitud de los procedimientos utilizados en la sucursal, lo que ratifica entonces que se trate de una anomalía que no afectó el normal funcionamiento del total de las operaciones encomendadas al demandante, como tampoco de las del ejercicio de las del empleador, por lo cual, tampoco es posible concluir que se trate de un incumplimiento grave de sus obligaciones, entendida la expresión grave en el sentido que de ella ha conceptualizado la doctrina y jurisprudencia”.

Existe el voto disidente del ministro Azancot Vallejos, pero no se transcribe ni se

analiza, puesto que no dice relación con el principio en análisis.

2.3.9.- Corte de Apelaciones de San Miguel. Año 2002

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema. Septiembre 2-5, 2002

En el presente fallo, realizaremos un resumen de los considerandos del fallo, que se tuvieron presentes al desarrollar el principio en estudio. Destacamos que esta sentencia, es de vital importancia, puesto que hace una comparación del principio con los otros principios jurídico laborales.

“Efectivamente las partes pactaron sendos contratos de trabajo en los cuales se estableció que cuando se dieran las circunstancias señaladas en los mismos y que llevara a que no se prestaran efectivamente los servicios, los dependientes percibirían solamente el sueldo bruto mensual pactado, lo que llevó al sentenciador a rechazar la petición de los demandantes en el sentido de dar lugar al pago de la remuneración íntegra, conformada no sólo por dicho sueldo, sino que por el bono especial de pesca que representaba la compensación al esfuerzo realizado por los actores al prestar los servicios para los cuales se obligaron”.

“Si bien lo dicho precedentemente constituye una manifestación del principio básico del derecho privado, cual es la ley del contrato, en materia laboral no puede darse a dicho principio una aplicación estricta sin considerar aquellos principios que informan una rama del derecho especial y cuyo nacimiento tuvo como base principal el no serle aplicables en forma absoluta las disposiciones del derecho común, atendidas sus características y el hecho de que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones al momento de suscribir los instrumentos en los cuales se reflejan los derechos y obligaciones que rigen un vínculo contractual de naturaleza jurídica especial”.

“En el caso de autos debe hacerse aplicación de principios como el de la primacía de la realidad, que debe respetar el sentenciador al momento de resolver un conflicto y que lo obliga a considerar las situaciones en la forma práctica como se dan en el ámbito en que los servicios se prestan, el principio tutelar o protector, que tiene como una de sus manifestaciones el de aplicar la norma más favorable o tener presente la condición más beneficiosa al momento de resolver un conflicto en que se encuentre un trabajador cuya característica principal de su prestación de servicios es la subordinación o dependencia en la cual se encuentra: el principio de la irrenunciabilidad de los derechos, que consiste en que no se puede desconocer aquellos derechos que se han incorporado al patrimonio de una de las partes de la relación laboral por circunstancias sobrevinientes y en las cuales no ha habido una manifestación expresa de voluntad de la parte afectada; el principio de la buena fe que permite concluir que lo pactado para la generalidad de la vigencia de la relación contractual no puede alterarse por una cláusula, cuya aplicación es aislada y la circunstancia que la configura depende de la sola voluntad de uno de los contratantes; entre muchos otros”.

2.3.10.- Corte Suprema de Justicia. Año 2002

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema. Septiembre 9-16, 2002

En este fallo, la Corte de Apelaciones, hace aplicación del principio en estudio respecto de la prestación de servicios de profesionales independientes:

“Apreciando en conjunto y conforme las reglas de la sana crítica los elementos de convicción que se han reseñado en esta sentencia, llevan necesariamente a concluir que:

a) El demandante prestó servicios para la demandada bajo vínculo de subordinación y dependencia, desempeñándose como ingeniero agrónomo y destinado al asesoramiento técnico de una empresa en el extranjero, con quien la exportadora mantenía relaciones para la comercialización de uva. En efecto, ello resulta de la confesión ficta del representante de la demandada, en virtud de la cual se acredita que éste contrató al actor en la fecha que se indica, que le impartía órdenes y pagaba sus remuneraciones, presupuestos básicos para determinar el vínculo de subordinación y dependencia. Lo anterior se ve corroborado, además, con la confesional de la otra representante de la sociedad demandada, quien reconoce que el primer representante de la demandada se contactó con el actor para desempeñar funciones en el extranjero, reconoce además que se giraron cheques a favor del actor, pero señalando que sólo se trataba de una ayuda en tanto se iba al país extranjero, lo que no resulta lógico, pues, según dan cuenta las copias de boletas de depósito acompañadas, se giraron cheques incluso en los dos meses siguientes, fechas en las que el actor ya llevaba largo tiempo trabajando en el país extranjero. Sirven también de fundamento para acreditar la relación laboral, los documentos acompañados por el actor, vale decir las copias de las boletas de depósito y los cheques que dan cuenta de los pagos periódicos efectuados en la cuenta corriente del actor por parte de la demandada. Asimismo, el fax y la carta enviada por la demandada, dan cuenta de instrucciones y solicitudes que evidencian la subordinación del demandante a la empresa. Por otro lado, el documento acompañado por el actor consistente en copia de un Acta de Sesión de Directorio de una sociedad, no importa la existencia de ninguna relación laboral entre ésta y el demandante, pues ella no se encuentra suscrita por el actor y, luego, porque aun cuando fuera efectivo el poder conferido, nada impide que un trabajador desarrolle otras actividades complementarias con su labor.

“Acreditada la relación laboral en que funda el actor sus pretensiones, y no obstante las presunciones legales establecidas en los artículos 8 y 9 del Código del Trabajo, se debe estar más que a ellas al principio de primacía de la realidad, vale decir a los derechos y obligaciones que efectivamente nacieron por la relación laboral, en este sentido y atendido a que los depósitos efectuados en la cuenta corriente del demandante son consistentes en cuanto a su periodicidad y monto, se debe concluir que la remuneración pactada por las partes fue una suma mensual determinada, que corresponde a los cuatro últimos depósitos efectuados por la demandada al actor”.

2.3.11.- Corte Suprema de Justicia. Año 2002

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Septiembre 2002

Respecto de los trabajadores que se encuentran regidos por el Estatuto Docente, nuestra jurisprudencia también ha hecho aplicación del principio en estudio.

Así, la Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado: “Apreciando la prueba aportada por la actora conforme a las reglas de la sana crítica, no cabe sino dar por acreditado con ella que fue efectivamente despedida en la fecha que señala. No corresponde otra interpretación a la negativa del empleador a recibirla en el

establecimiento, más si ya se le habría asignado horario y cursos superiores para hacer clases. El hecho supuesto de no estar autorizadas las licencias médicas, en todo caso otorgada por un profesional de la medicina, mientras estén pendientes los recursos del caso y la resolución de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez que la rechaza, no es causal justificada de despido, y, lamentablemente, esa fue la legislación laboral, como la del estatuto docente, aplicable a la actora, en virtud del principio de la primacía de la realidad”.

2.3.12.- Corte de Apelaciones de Concepción. Año 2002

Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Septiembre 26-30, 2002

El presente fallo que revisaremos es, a nuestro modo de ver, un buen compendio de la opinión de nuestra jurisprudencia acerca del derecho laboral en relación con la protección de los trabajadores. Dado que se encuentra directamente involucrado el principio de la primacía de la realidad, nos permitiremos transcribir el fallo prácticamente en su totalidad, pues constituye un interesante análisis de éste y otros principios, destacando el importante rol que cumplen los mismos para efectos de formar la convicción del tribunal del modo que más se ajuste a la justicia, con especial atención a la desigualdad de las partes contratantes en una relación de carácter laboral.

Aún más, esta misma sentencia nos da una definición de los principios del derecho laboral que resulta de gran utilidad práctica, puesto que nos señala el ámbito temporal que los mismos cubren en cuanto a la extensión de la relación laboral y las consecuencias posteriores a su término. En directa relación con lo ya expuesto, hace un análisis de lo que la Corte entiende por Derecho Procesal del Trabajo, el cual, como sabemos, es la instancia donde se concreta el principio de la primacía de la realidad. Veamos:

“Para una adecuada resolución del asunto de autos es preciso tener presente los principios del derecho laboral, o sea, las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-laboral, que extienden su eficacia no sólo al momento de la formación del régimen regulador de las relaciones laborales, sino también en la etapa de exigibilidad de los derechos.

El Derecho del Trabajo es una disciplina autónoma en cuanto consulta principios y axiomas particulares y específicos en base a los cuales se despliega la actividad del juzgador, del intérprete y del legislador.

Entre los principios básicos que informan el Derecho sustantivo laboral sólo destacaremos dos: el principio protector y el principio de realidad.

El primero constituye el criterio fundamental que orienta esta rama del derecho, ya que ésta en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. La mayoría de la doctrina concuerda en que este principio se aplica a lo menos en tres formas: la regla indubio pro operario, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa.

Por su parte, el principio de la realidad significa que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse

preferencias a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Esta concepción del Derecho del Trabajo exige normas instrumentales concordantes con sus principios, y, sobre todo, que permitan que los derechos de los trabajadores no sean burlados por la vía de acciones costosas e interminables.

La justicia laboral no significa beneficiar al trabajador. Sólo tiene por objeto hacer más simple, efectivo, claro y breve un proceso, en el que se discutirán hechos y, sobre ellos, se aplicará un derecho positivo conocido: el Derecho del Trabajo. El proceso laboral es, pues, una protección instrumental a las normas positivas, que establecen derechos para ambas partes en el campo del trabajo.

Las reglas del proceso laboral, según el profesor Guido Macchiavello, se pueden sintetizar así: 1) litis de breve duración, concentrada y dirigida por el juez responsable de un desarrollo eficiente, dotado de atribuciones para imponer, prohibir, encauzar, ordenar a las partes conductas y la presentación de pruebas; 2) la evaluación de éstas de acuerdo a la sana crítica; 3) la litis se desarrolla con la demanda, contestación y en una sola audiencia de prueba, de discusión directa de las partes; 4) el fallo debe dictarse en un breve plazo; 5) un trámite importante es el avenimiento obligatorio que procura el juez; 6) el juez puede ordenar las medidas que estime necesarias; 7) es apelable sólo la sentencia definitiva y, por excepción, algunas interlocutorias; 8) la parte que pierde totalmente debe ser condenada en costas.

Es a la luz de estos principios que debemos analizar la invitación a alegar sobre posibles vicios de casación que se hizo a los abogados en la vista de la causa.”

En este recurso, la parte demandada alegaba que se cometió durante la tramitación de la causa un vicio trascendente que causó un enorme perjuicio a su parte: privarle de un trámite esencial en todo procedimiento: la contestación de la demanda, infringiendo principios superiores tales como el debido proceso y la bilateralidad de la audiencia.

“...Además de las argumentaciones contenidas en la sentencia en estudio, permiten concluir que el representante legal de la demandada fue debidamente emplazado, el principio de la realidad, pues no es lógico deducir que el actor, que trabajó para la empresa durante dieciséis años, se equivocara en cuanto a "la persona que ejerció habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica".

“La demandada ha sostenido que la sentencia alteró la carga de la prueba cuando señala que su parte "no ha logrado acreditar el pago del feriado proporcional" pues al actor correspondía probar que se encontraba impago. El onus probandi, en lo que se refiere al pago de las remuneraciones y del feriado, siempre recae en el empleador”.

2.3.13 Corte de Apelaciones de Concepción (2002)

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema (año 2002)

Para determinar la existencia de un contrato de trabajo, aún cuando las partes hayan calificado de otra forma la relación jurídica que las vincula, deberá establecerse si en la referida relación jurídica se dan los elementos y requisitos que, en forma copulativa, contemplan los artículos 3, 7 y 8 del Código del Trabajo. Es decir, son éstas disposiciones a las que deberá recurrirse para dilucidar si estamos o no en presencia de un contrato de

trabajo o de una relación jurídica distinta.

El artículo 7 del Código del Trabajo al definir el contrato individual de trabajo expresa: "es 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".

De la definición legal dependen los cuatro elementos esenciales que lo conforman: a) los sujetos del contrato; b) la prestación de servicios personales; c) la remuneración debida por el empleador, y d) la relación de subordinación o dependencia.

Generalmente para determinar la relación laboral se busca la presencia de estos cuatro elementos, constituyendo la subordinación o dependencia el elemento determinante y característico de esta relación.

Respecto de los tres primeros elementos no existe contradicción. En efecto, de los contratos acompañados aparece un empleador, el Instituto demandado, que ha utilizado los servicios intelectuales de la trabajadora, la que ha prestado los servicios personales por una remuneración.

Lo discutido es si los servicios personales se han prestado bajo dependencia y subordinación.

Para determinar la existencia del vínculo de subordinación, la jurisprudencia reiterada de la Dirección del Trabajo ha sostenido que dicho vínculo se manifiesta a través de diversas circunstancias concretas: a) la continuidad de los servicios personales; b) la obligación de asistencia del trabajador; c) el cumplimiento de un horario de trabajo; d) la obligación de ceñirse a las órdenes e instrucciones dadas por el empleador; e) la supervigilancia en el desempeño de las funciones; f) la subordinación a controles de diversas índoles; g) la necesidad de rendir cuenta del trabajo realizado, y h) la obligación de mantenerse a disposición de éste.

Aún cuando lo usual al analizar jurisprudencia es remitirse a los considerandos referidos a aspectos netamente doctrinarios, obviando aquellos que se refieren a los hechos propios de la causa, creemos necesario en este caso, por la propia naturaleza del principio en estudio, transcribir partes de la sentencia que tratan dichos hechos, para así poder observar el tratamiento que nuestros tribunales le dan a los mismos, fundándose en la primacía de la realidad, sea directa o indirectamente.

"En las comunicaciones dirigidas a la actora por el Director Académico, el Director de Escuela, el Coordinador de Tesis, se le da órdenes e instrucciones; se la somete a controles; se la cita a diversas actividades, lo que la obliga a mantenerse a disposición del Instituto; se le asignan comisiones: dirigir tesis, etcétera, hechos todos que acreditan que la actora prestó sus servicios personales bajo dependencia y subordinación".

"Uno de los principios más característicos y determinantes del Derecho del Trabajo es el principio de la Primacía de la Realidad que se explica del siguiente modo: Significa que en caso de discrepancia 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".

Habiéndose establecido que la actora laboró bajo vínculo de subordinación y

dependencia, resulta irrelevante la calificación que las partes hayan dado a la relación jurídica que las une, ya que, en definitiva, si se dan los elementos de una relación laboral, ésta será la relación existente entre los contratantes: un contrato de trabajo.

Y el principio de la realidad puede fundamentar esta conclusión, en conformidad con lo que permite el artículo 458 número 6 del Código del Trabajo, al igual que el número 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

2.4.- Análisis Sentencias año 2003

2.4.1.- Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Valparaíso. Año 2003

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema (año 2003)

En este fallo, llama la atención que es el propio demandado, vale decir, el empleador, quien invoca el principio de la primacía de la realidad para fundar un recurso de casación en el fondo. Sin embargo, la Corte Suprema, en atención al mismo principio invocado, entre otros fundamentos (principalmente la falta de infracción de las leyes reguladoras de la prueba), desecha el recurso, pues los hechos establecidos por el sentenciador del tribunal A Quo demuestran la existencia de la relación laboral entre las partes. Veremos brevemente en primer lugar lo que nos dice la Corte Suprema al fallar el recurso de casación en el fondo deducido por la demandada:

El recurrente sostiene que existió infracción a las leyes del contrato, conforme a lo prescrito en los artículos 159 número 5 del Código del Trabajo y 1.545 y 1.546 del Código Civil, pues “ de acuerdo al contrato suscrito por las partes de este proceso, la relación laboral era por obra o faena”.

En la especie, el recurrente considera que hubo infracción del “principio de autonomía de la voluntad y de la primacía de la realidad imperante en materia laboral”. Para expresar este punto, sostiene que los hechos demostrarían que el contrato era por obra o faena.

La Corte Suprema, posteriormente detalla, al contrario de lo señalado por el recurrente, como fluye de los hechos reales que sí existió relación de carácter laboral, apoyando claramente la aplicación de la primacía de la realidad, pero a favor del trabajador.

Ahora bien, aún cuando el principio de la primacía de la realidad se funda en la protección del contratante más débil de este tipo de vínculos jurídicos propios del Derecho del Trabajo, consideramos que, si los hechos demostraran que los argumentos del empleador tienen asidero en la realidad, obviamente la Corte habría aplicado el principio en estudio ante tal situación.

En segundo término, veremos el fallo de segunda instancia, emitido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Viendo este fallo, podemos constatar que nuestra jurisprudencia, tal como lo señaláramos en el capítulo anterior, ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para diversas materias y aspectos de la relación laboral, tales como la determinación de la fecha de inicio de la relación laboral que ligó a las partes, la remuneración ganada, si las imposiciones estaban al día a la fecha del despido, el

carácter del contrato que ligó a las partes, etc.

“...Atendida la continuidad de los servicios que demuestran las mismas pruebas mencionadas anteriormente, no es posible considerar que el contrato pudiese ser de plazo fijo y menos de obra o faena porque los servicios de rondín que prestó el actor no son de aquellas labores que terminan naturalmente, por lo que no cabe duda que el contrato del actor fue indefinido”.

“La Corte determina, en relación a la realidad de los hechos que “conforme con lo expresado, no se ha configurado la causal de término de contrato invocada, puesto que el contrato no fue de obra o faena, por lo que mal puede estimarse concluido el trabajo para que fue contratado. En consecuencia, se concluye que el despido del actor fue injustificado y por ende, que procede acoger la solicitud de indemnización por falta de aviso y por años de servicio que se demandaron subsidiariamente”.

2.4.2.- Corte Suprema de Justicia. Año 2003

Libro de Registro de Sentencias Civiles de la Corte Suprema, Enero, 13-15, 2003

El presente fallo tiene la particularidad de ser un fallo dictado en sede civil. Se refiere básicamente a un tema relacionado con las tercerías del procedimiento ejecutivo. Sin embargo, a raíz de encontrarse involucrado un juicio laboral de por medio, el mismo tribunal civil hace referencia al principio de la primacía de la realidad.

“Que si bien en el expresado avenimiento laboral el demandado, se obligó a pagar a título de mera liberalidad, lo cierto y concreto es que ello ocurrió en un juicio donde se demandaban prestaciones laborales y ningún antecedente de dicha causa refiere una cosa distinta. De hecho, se acompañó por el actor, en su oportunidad, diversa documentación, no objetada, que acreditaba su relación laboral como contrato de trabajo, liquidación de remuneraciones, certificado de cotizaciones de Asociaciones de Fondos de Pensiones, comprobantes de abono por finiquito y otros. Por lo demás, uno de los principios del derecho laboral moderno es dar aplicación al criterio de la Primacía de la realidad por sobre las apariencias formales de manera que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, esto es, a lo que sucede en el terreno de los hechos... y, en todo caso y en ese criterio, el tribunal no puede desentenderse del hecho que una gran mayoría de avenimientos laborales se hacen en el mismo contexto como el de autos, esto, los demandados se obligan a pagar a sus trabajadores, pero sin reconocerles derecho alguno. Sin embargo, ello no significa que no tengan el carácter de prestaciones laborales, en virtud de que los avenimientos tienen el carácter de sentencias ejecutoriadas, y las cosas son en su esencia y no lo que las partes quieren que sean, por todo lo cual, conforme al artículo 2472 del código Civil, gozan de privilegios de primera clase de créditos...”.

2.4.3.- Corte Suprema de Justicia. Año 2003.

Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Enero, 16 al 20, 2003

Conforme al contenido del contrato de trabajo, pueden distinguirse tres clases de obligaciones: a) obligaciones patrimoniales económicas; b) obligaciones de carácter ético

jurídico, y, c) obligaciones netamente jurídicas.

Atendido el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, son obligaciones del empleador, entre otras, el deber de respeto, el deber de dar ocupación efectiva al trabajador y, principalmente, el deber general de protección, que dice relación básicamente con el deber de higiene y seguridad.

“Uno de los efectos más importantes derivados del hecho de que estemos, en la situación en estudio, frente a una responsabilidad contractual, en el caso del artículo 184 del Código del Trabajo, corresponde a la carga de la prueba.... En suma, la responsabilidad contractual del empleador quedaría establecida probándose la existencia de un contrato de trabajo y la causalidad entre el acto u omisión atribuible a la empresa y el resultado dañoso, sin necesidad de acreditar culpa o dolo. El empleador, que sólo se liberaría de responsabilidad probando la concurrencia de caso fortuito, fuerza mayor o que el accidente obedeció a una imprudencia de la víctima, debe acreditar que las medidas de seguridad fueron debidamente arbitradas, que desplegó la diligencia debida en la práctica de las obligaciones que le imponía el contrato”.

“La demandada con la prueba rendida no ha logrado probar la existencia de un hecho que la exima de culpa en el accidente sufrido por el demandante...”. Conforme a lo razonado precedentemente, no ha existido exposición imprudente de la víctima al daño, por lo que no puede aplicarse reducción de la responsabilidad civil de la demandada, debiendo, en consecuencia, ésta reparar el total del daño causado”.

“La apreciación del daño estará sujeta a reducción sólo si la víctima se expuso imprudentemente a él, de modo que para que proceda la reducción es necesario que la acción u omisión de la víctima sea culpable, ilícita. La acción ejecutada por el demandante, con lo señalado en esta sentencia, no puede así calificársela”.

“La acción del actor que le ocasionó las lesiones, no obstante lo alegado por la empresa demandada, no fue el resultado de su actuar imprudente ni negligente. Para ello es preciso considerar ciertos principios que rigen las relaciones laborales, como el de primacía de la realidad¹¹⁷ y el de la experiencia, los que llevan a concluir que el actor, se vio obligado a actuar frente a los desperfectos de los carros que operaba, debiendo movilizarlos del lugar a como diera lugar, ya que estaban obstaculizando las vías transversales de circulación y el tránsito de los otros carros de la empresa que debían entrar al recinto, y el no hacerlo habría significado un reclamo en su contra”.

Posteriormente, el fallo hace mención a un principio muy relacionado con el de primacía de la realidad, esto es, el principio de la razonabilidad, y en atención a ello, transcribimos dicho considerando, pues este último principio actúa como una especie de límite a la aplicación indiscriminada e irracional del principio en estudio.

¹¹⁷ En idéntico sentido, Corte Suprema de Justicia. Año 2003: “La acción del actor que le ocasionó las lesiones, no obstante lo alegado por la empresa demandada, no fue el resultado de su actuar imprudente ni negligente. Para ello es preciso considerar ciertos principios que rigen las relaciones laborales, como el de primacía de la realidad y el de la experiencia, los que llevan a concluir a actuar frente a los desperfectos de los carros que operaba, debiendo movilizarlos del lugar a como diera lugar, ya que, estaban obstaculizando las vías transversales de circulación y el tránsito de los otros carros de la empresa que debían entrar al recinto antes de las 08:00 horas del día de los hechos, y el no hacerlo habría significado un reclamo en su contra”.

“Si bien es cierto que la reglamentación de la empresa disponía cierta normativa a seguir frente a un desperfecto de una máquina, no lo es menos que en materias laborales deben tenerse presente otros principios, entre ellos, el protector y el de la razonabilidad. Por todo ello, resulta que no puede imputarse al trabajador el haberse expuesto imprudentemente al daño de que fue víctima, y, por ende, no procede reducir la indemnización, teniendo, eso sí, presente que de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales también procede la reducción de la indemnización en la responsabilidad contractual”.

2.4.4.- Corte Suprema de Justicia

Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, 30, Enero, 2003

En el caso de marras, vemos un caso en que la Corte de Apelaciones de Santiago desestima, en base al principio de la primacía de la realidad, las pretensiones del actor, vale decir, del trabajador, en cuanto a su intento de probar la existencia de un vínculo de subordinación o dependencia del demandado. Además, el fallo en comento es clarificador en cuanto a asumir fehacientemente que el principio de la primacía de la realidad, para los ojos de nuestra jurisprudencia, se contiene fundamentalmente en el artículo 8° del Código del Trabajo.

“A la luz de las alegaciones formuladas por las partes el asunto a dilucidar, en primer término, es si el actor prestó servicios de carácter personal, bajo vínculo de subordinación y dependencia en los términos que exige el artículo 7 del Código del Trabajo, es decir, si entre las partes existió contrato de trabajo o relación laboral o si por el contrario entre éstas ha habido una relación de otro carácter”.

“Sin embargo, de los elementos antes señalados el propio o característico del contrato de trabajo, lo constituye este vínculo de subordinación o dependencia, puesto que los otros pueden darse en otra clase de relaciones jurídicas de naturaleza civil o comercial”.

“En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han señalado el criterio de que esta dependencia o subordinación propia de la relación laboral, se manifiesta en la práctica en aspectos, tales como la continuidad o permanencia de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador al cumplimiento de un horario de trabajo y la supervigilancia en el desempeño de sus funciones, y la obligación de mantenerse a disposición del empleador, entre otros”.

“A mayor abundamiento, también es un hecho a considerar que el actor durante el período prolongado de cuatro años de prestación de servicios no reclamó el pago de imposiciones, ni exigió en su oportunidad sus correspondientes vacaciones y demás beneficios propios de los trabajadores”.

“Del conjunto de la prueba rendida, valorada según las reglas de la sana crítica, se desprende que no existió relación laboral entre las partes, sino una mera prestación de servicios civiles”.

“En situaciones como las que se analizan en el presente caso y en las que se controvierte la naturaleza jurídica de los servicios, forzoso resulta acudir al denominado principio de la primacía de la realidad, cuyo fundamento jurídico positivo encuentra su

reconocimiento en nuestra legislación en el artículo 8 del Código del Trabajo y en la jurisprudencia que ha resuelto que si media servicios, y éstos han sido prestados bajo dependencia y subordinación, la Ley presume que media un contrato de trabajo”.

“No compete a la autonomía de la voluntad de las partes el decidir si una determinada relación es civil o laboral, sino, ello fluye de la forma, modalidades y circunstancias como han sido requeridos y prestados los servicios”.

“En otra sentencia se ha dictaminado a este respecto, que el principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo, implica que en caso de desacuerdo entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe estarse preferentemente a lo primero, conforme a lo previsto en el artículo 8 del Código del Trabajo, que presume la existencia de contrato siempre que exista una situación en que una persona se obliga a prestar servicios bajo dependencia y subordinación de otra que se obliga a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

“Teniendo en cuenta las reflexiones que preceden, resulta del todo irrelevante para los efectos de concluir, que en el caso de autos las partes han estado vinculadas por un contrato de trabajo, por la mera circunstancia que el representante de la empleadora le comunicó al actor su voluntad de poner término a sus servicios por necesidades de la empresa, antecedente que al igual que el anexo de contrato que el actor ha involucrado como fundamento de su pretensión, pugna con la realidad que surge del contexto general del proceso, en el sentido que en la especie no se han probado los elementos o circunstancia que son propios el contrato de trabajo en los términos que se describen en el artículo 7 del Código del Trabajo”.

2.4.5.- Corte Suprema. Año 2003

Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Junio, día 10, 2003

Esta sentencia hace referencia a ciertos aspectos del contrato colectivo del trabajo donde tendría injerencia el principio de la primacía de la realidad. Sin embargo, dichos aspectos dicen relación básicamente con la prueba del contrato, guardando absoluta semejanza con la situación que se produce con el contrato individual de trabajo.

“El tribunal de primera instancia acogió la demanda y declaró que existió incumplimiento de contrato por parte de la demandada, al no garantizar la estabilidad laboral de los actores a la que se obligó mediante contrato colectivo. Ordenó la reincorporación de los demandantes pagándoles el total de las remuneraciones desde la fecha del despido hasta la de reincorporación. En subsidio, condenó a la demandada a pagar indemnización de perjuicios por los montos que señala. Además, por considerar injustificado el despido condenó a pagara indemnización sustitutiva de aviso previo y por años de servicios, esta última incrementada en un veinte por ciento”.

“En cuanto a si el Acuerdo Básico de Confianza suscrito por las partes con fecha 5 de Diciembre de 1995, forma parte o no del Contrato Colectivo celebrado con fecha 1 de Junio de 1998, cabe tener presente que el artículo 345 del Código del Trabajo establece los requisitos que debe cumplir todo contrato colectivo, y por su parte el Título VIII del Contrato Colectivo que nos ocupa denominado "De la Participación y las Organizaciones Sindicales", en su numerando 50 señala expresamente: "Las partes ratifican los términos

y el espíritu del Acuerdo Básico de Confianza suscrito por la Compañía y las Organizaciones Sindicales. Declaran además que a través del diálogo y de los acuerdos es posible avanzar a un esquema óptimo de relaciones laborales y sindicales". El artículo 1560 del Código Civil, señala que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras".

"Del tenor del Acuerdo Básico de Confianza en relación con el numeral 50 del Contrato Colectivo, se desprende que la intención de las partes fue que el Contrato Colectivo hiciera suyo el Acuerdo Básico de Confianza, de manera tal que pasó formar un solo todo".

"Por otra parte, esta sentenciadora no puede dejar de referirse a los principios que inspiran nuestro derecho laboral, entre ellos, el principio de la primacía de la realidad, en el sentido que ha de prevalecer la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales, de forma tal que, si el contrato colectivo no contiene específicamente todas y cada una de las cláusulas del Acuerdo Básico de Confianza, debemos entender que las partes con lo allí expresado lo hicieron parte integrante del Contrato Colectivo".

"A la luz de las normas de interpretación de los contratos, especialmente el artículo 1560 en relación con el 1562 y 1564, inciso segundo, del Código Civil, permite concluir que no obstante que de la simple lectura del texto del Acuerdo Básico de Confianza, aparece que los términos en que éste fue redactado se trataría de principios, declaraciones y criterios de acción, no es menos cierto que las partes al haberlo integrado al Contrato Colectivo, y hecho suyas las declaraciones que allí se contienen, han manifestado su voluntad en torno a transformar todas y cada una de sus estipulaciones en obligaciones contractuales, que tanto una y otra parte deben cumplir, y cuyo incumplimiento acarreará las sanciones que la ley establece para el caso en particular".

Por lo tanto, no cabe más que estarse a la intención de las partes y, en consecuencia, tratándose de un Acuerdo Básico de Confianza que forma parte de un Contrato Colectivo celebrado entre ellas, y que contiene obligaciones para ambas.

2.4.6.- Corte Suprema. Año 2003.

Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Junio, días 17- 18, 2003

Nos dice la Corte Suprema que "los sentenciadores concluyeron que efectivamente como consta del Acta de Constitución, se trata de un sindicato de empresa en el cual el actor participó en calidad de trabajador de la demandada subsidiaria, pero como este vínculo resulta inexistente, mal puede el demandante tener la calidad de secretario del referido sindicato y por ende tampoco puede estar amparado por fuero derivado de esa circunstancia. En consecuencia, concluyeron que la calidad de dirigente sindical invocada por el actor en su demanda, resulta inoponible tanto a la Sociedad demandada, ya que no era trabajador suyo, como a la persona natural demandada, por tratarse de un sindicato ajeno a ella. Por consiguiente, rechazaron la demanda en cuanto a la pretensión de nulidad del despido y reincorporación perseguida por el demandante".

"La confrontación de los hechos con las alegaciones vertidas en el recurso

examinado, permite advertir que se produce entre ellos una colisión insalvable, puesto que mientras el recurrente asevera que sería un hecho probado la existencia de relación de tipo laboral entre el actor y la demandada subsidiaria, el estudio del fallo atacado conduce a concluir que ello no es así. En efecto, los jueces del grado en uso de las facultades que son de su exclusiva competencia la ponderación de la prueba y el establecimiento de los hechos estimaron que sólo existió vinculación bajo subordinación y dependencia entre el demandante y la demandada principal y por ello la calidad de dirigente sindical de otra empresa era inoponible a los demandados”.

En cuanto a los fundamentos del fallo del tribunal de alzada, rescatamos los siguientes considerandos:

“Esta Corte, al apreciar la prueba rendida conforme a la ley comparte lo resuelto en la sentencia de primera instancia, en cuanto a que el demandante no reúne los requisitos para gozar de fuero sindical”.

“Ponderados los elementos de prueba, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esta sentenciadora ha formado su convicción en el sentido que el actor no tiene la calidad de trabajador con fuero sindical”.

“Se fundamenta lo sostenido en que el actor demanda indistintamente a una persona natural y a una sociedad en calidad de empleadoras, alegando que su estado de trabajador con fuero deriva del hecho de ser secretario del sindicato de la sociedad demandada. Sin embargo, como esta última ha negado respecto del actor la calidad de trabajador dependiente suyo, a éste le correspondía la carga de probar la existencia de esa relación laboral. No obstante, la prueba rendida por el actor resulta insuficiente para ello, toda vez que como la demandada principal lo reconoce expresamente, la relación laboral existió entre el actor y esta última; es más, un testigo presentado por el actor declara que la demandada sociedad es una persona jurídica creada para los efectos de participar en un proceso de licitación de vías públicas para la locomoción colectiva, pero conservando cada dueño de las máquinas la calidad de empleador respecto a sus chóferes”.

“Las circunstancias referidas por un testigo que la sociedad demandada entregara las planillas de ruta, recibiera las recaudaciones y que fiscalizara a través de sus inspectores de ruta, no obsta a lo ya manifestado, ya que un mismo trabajador no puede tener dos vínculos laborales derivados de una misma prestación de servicios personales. En efecto, si bien la legislación laboral no se opone a que un trabajador tenga más de una relación laboral, como se ha dicho, éstas no pueden derivar de una misma prestación de servicios personales, en la especie, ser conductor de un mismo vehículo de la locomoción colectiva; es decir, el actor no puede manejar simultáneamente una misma máquina para dos empleadores, no constando en autos tampoco que ambas demandadas constituyan un sola entidad empleadora o que compartan la propiedad de dicha máquina”.

“Para el cálculo de las prestaciones ordenadas pagar, ha de estarse a las declaraciones de los testigos presentados por el actor, colegas chóferes del demandante, legalmente interrogados, sin tacha, presenciales, que dan razón de sus dichos y contestes, quienes afirman que la remuneración del actor ascendía al diecisiete por

ciento del boleto cortado. Cabe señalar que ambas demandadas no aportan pruebas idóneas que desvirtúen lo ya sostenido, y que la referida remuneración mensual es concordante con el real sistema de cálculo de remuneraciones utilizado por los trabajadores y empresarios de la locomoción colectiva, más allá de los documentos formales que pudieren indicar lo contrario”.

3.- Dictámenes de la Dirección del Trabajo

3.1.- Dictamen N° 5925, de 23 de Septiembre de 1985

En el presente dictamen, encontramos una tendencia reiterada y uniforme en orden a calificar una relación como laboral o extralaboral determinando si existe o no el vínculo de subordinación o dependencia, y expresa:

“Este servicio en forma reiterada y uniforme ha sostenido que la subordinación o dependencia se materializa a través de diversas manifestaciones concretas tales como la continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a instrucciones y controles de diversa índole, circunstancia esta última que se traduce en el derecho del empleador de dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente, acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores y en el deber del trabajador de acatar y obedecer las mismas, estimándose, además, que el vínculo de subordinación está sujeto en su existencia a las particularidades y naturaleza que en cada caso presente la prestación del trabajador”¹¹⁸.

3.2.- Dictamen N° 5422, de 27 de Julio de 1985¹¹⁹

El presente dictamen, recoge la noción de “Condiciones Reales de Servicio”, lo que representa una evolución respecto de la doctrina de la Dirección sustentada hasta entonces y que significa además, una aproximación al principio en análisis.

“Si no existe la obligación de asistencia, de cumplimiento de un horario de trabajo ni una supervigilancia en la realización de las labores, debe estimarse que, por regla general, no se cumplirían los requisitos necesarios para estimar que una labor se desarrolla bajo vínculo de subordinación o dependencia. Por consiguiente, la relación jurídica que se trate no constituirá relación de trabajo”

“Sin perjuicio de lo anterior, si en un caso particular, al analizar las condiciones reales en que se desempeña un trabajador, aparece que efectivamente la prestación de servicios se realiza mediante un vínculo de subordinación o dependencia, habrá relación

¹¹⁸ En el mismo sentido y con idénticas palabras, se ha pronunciado la señalada Dirección en Dictámenes N° 4109 de 12 de Abril de 1980, y N° 5692 de 10 de Septiembre de 1985.

¹¹⁹ Recopilado de Rodríguez Alvarado, Antonio. “Legislación del Trabajo y de Seguridad Social”. Tomo I. Editorial Jurídica EDIAR-Conosur., pág., 64.

de índole laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo”

3.3.- Dictamen Dirección del Trabajo del 17 de Enero de 1997.-

El presente dictamen, lo hemos recopilado, para observar como se ha aplicado el principio en análisis, en materia de jornada de trabajo y descansos, de acuerdo a lo señalado en el capítulo tercero de la presente memoria.

Al respecto señala: “Se ha solicitado un pronunciamiento relativo respecto de los trabajadores que se desempeñan según distribución de jornada de trabajo y de los descansos, establecida de conformidad al inciso final del artículo 38 del Código del Trabajo.

Los dictámenes de la Dirección del trabajo... no están destinado a producir efecto respecto de aquellas distribuciones de la jornada de trabajo y de descanso fijados por el Director del Trabajo en el ejercicio de la facultad exclusiva y excluyente que le otorga el inciso final del artículo 38 del Código del Trabajo, por dos órdenes de razones que operan copulativa y complementariamente, a saber:

1.- Porque las situaciones jurídicas creadas por la autoridad administrativa en el imperio de dicha disposición, colocan bajo el amparo de su potestad, también, la facultad de fijar los restantes alcances jurídicos derivados de la fijación de los sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y de los descansos, toda vez que el carácter excepcional de las mismas, impide poder aplicarle las normas generales del Código del Trabajo, a riesgo, ciertamente, de hacerlas ineficaces.

En efecto, la sintaxis jurídica empleada en la redacción del inciso final del artículo 38, así como el contexto sistemático al cual pertenece dicha norma, no abre camino sino hacia la interpretación que venimos haciendo. Revisemos, pues, dicha norma, para mayor claridad del presente dictamen:

"Con todo, el Director del Trabajo podrá autorizar en casos calificados y mediante resolución fundada, el establecimiento de sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos cuando lo dispuesto en este artículo no pudiere aplicarse, atendidas las especiales características de la prestación de servicios."

La expresión "Con todo", significa que sin perjuicio de las situaciones excepcionales que los incisos anteriores del artículo 38 han venido regulando, el Director del Trabajo siempre puede autorizar mediante resolución fundada, ciertas y determinadas jornadas de trabajo, si acaso se da alguno de los supuestos de hecho a los cuales el citado artículo hace excepción. Es decir, la facultad que la ley entrega al Director del Trabajo, es doblemente excepcional, porque las normas del artículo 38, están destinadas a solucionar las insuficiencias de los regímenes generales de jornadas de trabajo que se dan y se darán en ciertas áreas de la producción, las que para poder operar, necesitan de una regulación especial.

Lo anterior resulta de la aplicación práctica del principio de primacía de la realidad (V. "Los Principios del Derecho del Trabajo", Américo Plá Rodríguez, Ediciones Depalma, 1990, Buenos Aires), en el sentido que siempre debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, por sobre lo meramente formal, razón por la cual se dota a la Autoridad Administrativa Laboral de la facultad suficiente para regular, caso a caso, estas

especiales situaciones productivas que los signos de los actuales tiempos nos incorporan al ámbito de las relaciones laborales.

Asimismo, como lo que se regula son ciclos especiales de trabajo, con problemas y tópicos completamente diversos a los normales, lógico es concluir que los efectos colectivos que plantean los mismos, tales como los derivados del derecho a hacer efectiva la huelga, han de interpretarse teleológicamente, es decir, en relación al fin que persigue la norma.

Pues bien, si el fin de la norma es regular caso a caso sistemas de distribución de la jornada de trabajo y los descansos, forzoso resulta admitir que la propia autoridad administrativa, para evitar un efecto no deseado o perverso, debe necesariamente también regular los restantes efectos laborales, particularmente los relativos al ejercicio del derecho a huelga.

4.- Jurisprudencia Extranjera

A modo de corolario, y con una finalidad meramente ejemplar, transcribimos algunos ejemplos de aplicación del principio en estudio en la jurisprudencia extranjera, de larga data, específicamente, de los tribunales de México y Brasil.

4.1.- Jurisprudencia Mexicana

Encontramos un antiguo fallo que data de fecha 23 de Abril del año 1942, el cual señala: “No obstante que desde el punto de vista formal celebren las partes contrato para obra determinada, si se acredita que las ejecutadas no estaban incluidas en ese contrato, o sea, que en realidad el actor no fue contratado en esos términos, sino aparentemente, o que si lo fue, sus servicios fueron prestados en días distintos, no pueden ser bastantes los términos del contrato para fundar la separación en cualquier tiempo, aun cuando las obras contratadas específicamente hayan sido concluidas”

4.2.- Jurisprudencia Brasileña

El contrato de trabajo es un contrato realidad. Significa esto que los efectos jurídicos son extraídos de la forma en que la prestación de servicios se realiza. No importa su descaracterización, la circunstancia de constar en el carnet profesional o en un documento escrito, anotaciones diversas a la realidad fáctica, pues es ésta la que prevalece como relación de empleo

“El hecho de la empresa de consignar en la ficha del registro de sus empleados la designación genérica de obreros no impide que ellos adquieran, a lo largo de la prestación de los servicios, ocupación habitual, configuradota hasta de oficio, inalterable de allí para adelante, por la sola voluntad del empleador.

CONCLUSIONES

Luego de realizar el análisis en profundidad del principio de la primacía de la realidad en los cuatro capítulos precedentes, podemos señalar brevemente las siguientes conclusiones a las que hemos llegado, fruto de dicho estudio, el que abarcó, como bien sabemos, tanto el aspecto doctrinario como jurisprudencial de este importante principio

1.- Los principios en el Derecho del Trabajo, han sido develados por la doctrina laboral, y tienen por objeto comprender a cabalidad los fines que ha de cumplir esta rama del Derecho, , constituyendo de esta manera las líneas directrices que informan e inspiran, directa o indirectamente, una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encargar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.

2.- El principio de la primacía de la realidad constituye uno de los principios más relevantes del Derecho del Trabajo, permitiendo hacer efectivos otros principios de mayor amplitud, como lo es, el principio protectorio y todos los demás derivados de este último, logrando, en definitiva, la protección efectiva de los trabajadores.

3.- El principio de la primacía de la realidad no se encuentra reproducido expresamente en nuestra legislación, pero sí se encuentra esbozado en diversas normas. En tal sentido, estamos con la opinión de ciertos autores que consideran positivo el hecho de que el principio no se encuentre expresamente escriturado en una norma específica, pues de estarlo, se corre el riesgo que su aplicación se haga más rígida, perdiendo la relación necesaria con los nuevos acontecimientos y circunstancias que la realidad de las relaciones laborales trae aparejadas cada nuevo día

4.- La primacía de la realidad se ha aplicado a diversas materias y aspectos de la relación laboral, tales como la determinación de la fecha de inicio de la relación laboral que ligó a las partes, la remuneración ganada, si las imposiciones estaban al día a la fecha del despido, el carácter del contrato que ligó a las partes, la fuerza de un finiquito, feriados, etc. Una de las áreas en que ha tenido especial relevancia es aquella referida al ejercicio del *ius variandi*, de modo tal que se impida a los empleadores desconocer la realidad de las variaciones en la forma en que el trabajador ha de prestar sus servicios.

5.- Nuestros tribunales superiores han atribuido a su exclusiva esfera la aplicación del principio de la primacía de la realidad, impidiendo que ciertos órganos administrativos del trabajo (específicamente la Inspección del Trabajo), funden decisiones mediante la aplicación o interpretación de los hechos con relación al mentado principio.

6.- Al analizar la jurisprudencia de nuestros tribunales, se pueden observar dos tendencias en cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad: por un parte, ciertos fallos aplican e interpretan el principio en estudio de una forma o manera más racional o restringida, sin por ello desconocer o transgredir los derechos de los trabajadores; por otra parte, ciertos fallos hacen una aplicación mucho más radical del mismo principio, llegando en cierto modo, a preferir la primacía de los hechos por sobre la aplicación o interpretación de normas legales

En tal sentido, creemos que no se debe abusar del principio de la primacía de la realidad, Como en todas las cosas, se debe actuar con prudencia y criterio al interpretar y aplicar estos principios, misma actitud que deben recoger los tribunales de justicia, teniendo siempre en vista y en su conciencia, eso sí, la evidente desigualdad entre las partes contratantes en una relación laboral.

7.- Absolutamente relacionado con la conclusión anterior, podemos señalar, finalmente, que existe otro principio que permite morigerar la eventual aplicación indiscriminada de la primacía de la realidad, cual es, el principio de la razonabilidad, el que, a nuestro modo de ver, constituye la necesaria antítesis de nuestro principio, para que éste sea interpretado y aplicado de la manera más adecuada y conforme con la justicia, principal aspiración de todo tribunal al emitir sus sentencias.

BIBLIOGRAFÍA.

I.- LIBROS

1.- ALONSO GARCÍA, MANUEL. "Derecho del Trabajo". Tomo I. José María Borsh. Editor. Barcelona 1960.

2.- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: "Las Diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto del Derecho". Instituto Editorial REUS. Madrid 1947.

4.- DE DIEGO, CLEMENTE FELIPE: En el prólogo de la obra de Giorgio Del Vecchio. Los principios Generales del Derecho, traducción de Juan Osorio Morales, pág 7, Barcelona, 1979.

5.- DE LA CUEVA. MARIO. La concepción "Marco del Contrato", Derecho Mexicano del trabajo, 2ª ed., México, 1943.

6.- DEL VECCHIO, GIORGIO. "Filosofía del Derecho", 8ª Edición. Editorial Bosh, Barcelona, 1963

7.- DE PINHO PEDREIRA DA SILVA, LUIZ, "*Os principios jurídicos específicos do directo do trabalho*", en *Tendencias do Directo do Trabalho Contemporâneo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Cesarino Junior, Sao Paulo, 1980, Tomo I, pág. 344.

8.- DUCCI CLARO, CARLOS. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica de

Chile, 2ª edición, Santiago, 1984.

9.- FERNÁNDEZ GIANOTTI, ENRIQUE. Orden Público Laboral. Fraudes en el Derecho Laboral. Temas Jurídicos, N°5, P.9, Bs. As. 1967

10.- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág 165, Bs. As., 1989.

11.- FERRARA, FRANCISCO. La simulación de los negocios jurídicos. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1ª edición. Año 1960.

12.- GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Sergio. Introducción al Derecho del Trabajo, editorial jurídica de Chile, 1998.

13.- GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, primera edición año 1998.

14.- GUERRERO FIGUEROA, GUILLERMO. Guillermo. Introducción al Derecho del Trabajo. 2ª Ed. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia. 1982.

15.- HÜBNER GALLO, JORGE IVÁN. "Introducción al Derecho", 5ª edición. Editorial Jurídica de Chile, 1984.

16.- HUMERES NOGUER, HÉCTOR. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, 16º edición, año 2000

17.- LARENZ, KARL: Metodología de la Ciencia del Derecho, pág 437, Barcelona 1980.

18.- LÓPEZ, JUSTO. Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Tomo I, pág. 183, Bs. As., 1987. Montoya Melgar, Alfredo, Derecho del Trabajo.

19.- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos. Parte General. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2001.

20.- MARCUSSE, HERBERT. "Cultura y Sociedad". Ediciones Sur. 5º Edición. Impresora Argentina S.A., Buenos Aires, 1970.

21.- MELIS VALENCIA, CRISTIÁN y SÁEZ CARLIER, FELIPE. Derecho del Trabajo, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000.

22.- PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO. "Los Principios del Derecho del Trabajo". Editorial Depalma. Buenos Aires. 1978

23.- ROJAS MIÑO, IRENE. "Manuel de Derecho del Trabajo. Derecho Individual". Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2004

24.- SOTO CALDERÓN, JUAN CARLOS, Teoría del Contrato de Trabajo, Editorial Jurídica de Chile. Modificaciones Legales del Sexenio 1973-1979, Santiago 1985

25.- THAYER ARTEAGA WILLIAM. "Introducción al derecho del trabajo". Editorial Jurídica de Chile. 2º edición. 1984.

26.- THAYER ARTEGA WILLIAM. Texto y Comentario del Código del Trabajo. Editorial Jurídica de Chile. Año 2002.

27.- VIAL DEL RÍO, VÍCTOR. Teoría General del Acto Jurídico. Editorial Jurídica de

Chile. 5ª edición.

28.- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, pág. 262 ss. Derecho de las Relaciones Laborales, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 2003

II.- REVISTAS

1.- ALONSO OLEA, MANUEL. "Sobre la Realidad Social subyacente al derecho del trabajo". En Rev. Derecho del Trabajo. Año XXXI. Nº 3. Marzo 1971. Editorial La Ley. Buenos Aires.

2.- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. "Las investigaciones acerca de la relación entre Derecho y desarrollo". En Revista de Estudios Sociales Nº 6, 1975.

3.- DR G. LEVASSEUR. "Evolución, caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo". Rev. De la Facultad de Derecho de la Autónoma de México. Tomo II. Abril - Junio de 1952, Nº 6.

4.- GRAHAM FERNÁNDEZ, LEONARDO. "El contrato y la relación de trabajo". Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México. Nº 9, Julio 1977.

5.- RIVAS GUZMÁN, RAMÓN. Código del Trabajo. Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social, Santiago, 1987, tomo I, pág. 66.

6.- UMAÑA SOTO, MANUEL FRANCISCO. "La costumbre y el contrato de trabajo", en Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Escuela de Derecho. Nº 22, Septiembre de 1973.

III.- TESIS DE GRADO

1.- BUSTAMANTE ALVIAL, KARIN y ROJAS ABELLO, EDUARDO. Las cláusulas Tácitas en el Contrato Individual de Trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Año 2005.

2.- DECAP CARRASCO, PATRICIO. El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo. Seminario de Titulación Universidad de Concepción. 1987.

3.- GUTIÉRREZ ZAVALA, CARLOS y MELLA CABRERA, PATRICIO: "Aspectos relevantes de la ley del contrato del trabajo Argentina en relación al D.L. 2.200 y otras legislaciones americanas". Memoria de Prueba. Universidad de Concepción. Año 1981

Martínez López, Enrique. La Relación de Trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Concepción, Escuela de Derecho, año 1976.

4.- VARGAS ASTORGA, JUAN CARLOS. Consagración de los principios jurídico laborales en la actual legislación individual del trabajo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Central, año 2001.

IV.- CONGRESOS, CONFERENCIAS Y SEMINARIOS

1.- “Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Buenos Aires. 1983. Ponencias. Tomo II. Pág. 1038. VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Hernández Rueda, Lupo: “El problema de las lagunas laborales; la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo: justicia social, equidad, buena fe”.

2.- FERNÁNDEZ, RAMÓN TOMÁS. Derecho Administrativo y de la Seguridad Social, en Jornadas Técnicas sobre Seguridad Social, publicación de Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social en España, Madrid, año 1984

V.- TEXTOS ELECTRÓNICOS

1.- Código del Trabajo, edición 2005, obtenida de la base de datos de la Biblioteca del Congreso Nacional

2.- Revista de Derecho y Jurisprudencia. Principio de la Primacía de la Realidad. Colección de Fallos, actualizada año 2005..

3.- Revista Fallos del Mes.

4.- Bases Computacionales del Principio de la Primacía de la Realidad, de Lexis-Nexis y Dicom-Lex.