



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**EL ABUSO DEL DERECHO
EN LA NORMATIVA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL**

Alumno: Bruno Baranda Ferrán

Profesor guía: Claudio Palavecino Cáceres.

Santiago, 2020

Índice

Introducción	4
Capítulo I.....	7
1. Aproximación conceptual a la buena fe	7
2. Aplicación general del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo....	9
3. Aplicación de la buena fe en el Derecho Individual del Trabajo	17
4. Aplicación de la buena fe en el Derecho Colectivo del Trabajo	19
5. Aplicación de la buena fe en el Derecho Procesal Laboral.....	20
Capítulo II.....	22
Aproximación conceptual al abuso del derecho	22
Capítulo III.....	29
1. El abuso del derecho en el Derecho del Trabajo	29
1.1. Normativa laboral cuya intención es evitar el abuso del derecho	29
a) Norma que regula el fuero de constitución sindical de sindicato interempresa	29
b) Norma que limita el fuero de reelección a dos veces por año	32
c) Limitación a los contratos de plazo fijo discontinuos	34
d) Prácticas antisindicales efectuadas por los trabajadores	35
1.2 Interpretación administrativa en base al abuso del derecho.....	36
1.3 El abuso del derecho en la jurisprudencia judicial.....	37
a) El caso de la nulidad de despido interpuesta por gerente general	37
b) Aplicación extensiva de contrato de obra o faena	38
Capítulo IV.....	42
El caso de la doctrina de los actos propios.....	42
Conclusiones	51
Bibliografía	57

Abreviaturas y definiciones:

CdT	Código del Trabajo.
CPR	Constitución Política de la República.
CC	Código Civil.
TC	Tribunal Constitucional de Chile.
CS	Corte Suprema de Chile.
CA	Corte de Apelaciones, Chile.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.

Introducción.

En Chile, a diferencia de las legislaciones comparadas como España,¹ Perú y Colombia,² no existe consagración constitucional ni legal de la figura del abuso del derecho. No obstante, ello no ha sido obstáculo para su recepción a nivel doctrinal y su aplicación jurisprudencial. Ahora bien, precisamente por su no consagración legal, la reflexión sobre la procedencia y condiciones de aplicación del abuso del derecho, se encuentra aún en estado embrionario, y ello a pesar de la antigüedad de la figura. En consecuencia, el objeto de esta tesis, es aportar a la reflexión sobre la figura del abuso del derecho, respecto de su procedencia y condiciones de aplicación.

La reflexión antes anotada, se efectuará sobre los requisitos generales de procedencia, análisis que es aplicable al ordenamiento jurídico en su conjunto. Sin perjuicio de lo anterior, el análisis casuístico sobre la aplicación de la figura, se efectuará sobre las instituciones laborales, específicamente, en lo relativo a la aplicación que la jurisprudencia judicial y administrativa haga sobre la materia.

Normalmente, la proscripción del abuso del derecho, ha sido considerada un principio general derivado de otro, de aplicación más amplia, el cual es la buena fe. En efecto, Pinaglia-Villalón, analizando la figura del abuso del derecho consagrado en el artículo 7.2 del CC español, afirma que; “incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para tercero o para la sociedad”.³ Por otro lado, para Marcos López Oneto, “la buena fe suele ser

¹ Pinaglia-Villalón y Gavira, Juan Ignacio. “Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del CC español”. ADC, LXIX, (2016), fasc. III, 927; “Con respecto al ordenamiento jurídico español, la STS 159/2014 de 3 de abril, afirma que el artículo 7.2 del CC tiene su origen jurisprudencial, que arranca en la sentencia de 14 de febrero de 1944”.

² Miranda Reyes, Diego. “Hacia una delimitación del abuso del derecho a partir de sus fundamentos”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 44, (2016), 39; “Esta discusión estará más abierta en aquellos ordenamientos jurídicos, como es el caso de Chile, en donde no exista una consagración genérica de la institución, y también en aquellos contemplados en las codificaciones civiles, como es el caso de España y Perú, sin embargo, en aquellos lugares, como es el caso de Colombia, en donde el abuso del derecho tiene fuente constitucional, parece difícil sustentar una restricción de su ámbito de aplicación a relaciones de naturaleza estrictamente privadas”.

³ Pinaglia-Villalón y Gavira, Juan Ignacio. “Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del CC español”, 927.

concretizada mediante la doctrina del abuso del derecho”.⁴ En consecuencia, la relación entre el principio de la buena fe y la institución del abuso del derecho, es innegable.

En virtud de lo anterior, esta tesis comenzará por la caracterización doctrinaria del principio general de la buena fe, desde el punto de vista de la doctrina civilista, analizando sus distintas facetas y posibilidades de uso y aplicación. Luego, se discutirá su procedencia en el Derecho del Trabajo, enfrentando a aquellas posiciones doctrinarias que postulan el carácter especialísimo del Derecho del Trabajo y, en virtud de ello, la imposibilidad de aplicar principios generales exógenos, como la buena fe, para limitar la aplicación de las normas de orden público laboral.⁵

Habiendo reflexionado sobre el debate de la vigencia de la buena fe en el Derecho del Trabajo, analizaremos las diferentes hipótesis en que la buena fe recibe aplicación en esta área, en especial en el derecho individual, derecho colectivo del trabajo y derecho procesal laboral.

Luego, una vez analizados someramente los usos específicos sobre la buena fe en el Derecho del Trabajo, pasaremos al punto central de esta tesis, cual es la doctrina del abuso del derecho. En este punto se reflexionará sobre el concepto de abuso del derecho, y sobre las distintas concepciones filosófico-jurídicas que interpretan su modo de aplicación. En particular, se buscará dar respuesta a la pregunta si el abuso del derecho limita la procedencia del derecho subjetivo, en hipótesis en que por razones externas al derecho subjetivo (por ejemplo, derechos fundamentales contrapuestos, principios morales basados en la buena fe), la reducción de su ámbito de aplicación aparece como justa, o si se designa

⁴ López Oneto, Marcos. “La Teoría de los Actos Propios en el Derecho del Trabajo Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, n° 2 (2016), 550.

⁵ Caamaño Rojo, Eduardo. “Doctrina de los Actos Propios en Materia Laboral”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, Primer Semestre, 2009, 266; “Esta argumentación conduce invariablemente a reconocer validez a relaciones contractuales convenidas en su mayoría al margen de la legislación laboral y a desconocer el carácter consensual del contrato de trabajo, la presunción de laboralidad del artículo 8 inciso 1° CT., el principio de primacía de la realidad y, en especial, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el carácter imperativo y la especialidad de las normas que regulan las relaciones individuales de trabajo, todo lo cual termina sucumbiendo inexorablemente ante principios generales del Derecho Civil, tales como la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual, que parecieran superiores para la Corte Suprema frente a los principios e instituciones del Derecho del Trabajo”.

En el mismo sentido José Luis Ugarte Cataldo. Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, Primer Semestre, 2011, 148; “en adelante sostendremos que la buena fe y, en rigor, cualquier otra categoría análoga como, por ejemplo, la del abuso del derecho, entendida como suele hacerse –esto es, como límite interno o inherente- no tiene cabida conceptual en la teoría externa o de la ponderación ya descrita en esta tesis, y por tanto, no corresponde su utilización en la aplicación del principio de proporcionalidad para la solución de colisiones de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo”.

la doctrina del abuso del derecho como una forma de interpretación del contenido del derecho subjetivo, limitándolo por vía interna, y declarándolo inaplicable en un caso concreto que, prima facie, podía ser reconducido al enunciado normativo que contiene el derecho subjetivo.

No es objeto de esta tesis presentar opiniones definitivas sobre el problema conceptual del abuso del derecho, sino sólo participar de una conversación no conclusiva sobre las dificultades para concebir y configurar dicha institución.⁶ En efecto, la discusión doctrinaria sobre el abuso del derecho reposa sobre la base de distintas maneras de concebir el derecho, y cómo debiera éste ser interpretado, por lo tanto, tomar partido por una forma de entender el abuso del derecho, significa tomar partido por una de las concepciones para entender el derecho. Dicha tarea excede con creces el objeto de la presente tesis. Sin embargo, parece importante detenerse en ese punto, porque de ello depende el entendimiento de la aplicación del abuso del derecho por nuestra jurisprudencia y doctrina, y cuál es la concepción jurídica implícita en la aplicación de la institución, en los distintos casos concretos que se presenten.⁷

Por lo tanto, una vez habiendo llevado a cabo el análisis de la institución del abuso del derecho, podremos analizar los distintos casos laborales a los cuales se ha aplicado, tanto explícita como implícitamente. Para ello analizaremos la jurisprudencia judicial y administrativa laboral disponible sobre la materia, efectuando una reflexión crítica acerca de la aplicación de la institución en comento. Adicionalmente, analizaremos las distintas normas contenidas en el CdT y leyes anexas que consagran figuras cuyo fundamento es la

⁶ Pinaglia-Villalón y Gavira, Juan Ignacio. “Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del CC español”, 927; “El abuso del derecho representa una de las más controvertidas elaboraciones del sistema jurídico europeo y ha sido objeto de un intenso análisis y discusión por parte de la doctrina, la cual se encuentra todavía lejos de encontrar una definitiva composición de la figura tanto desde el punto de vista historiográfico como desde el punto de vista puramente jurídico”.

⁷ Diego Miranda Reyes. “Hacia una delimitación del abuso del derecho a partir de sus fundamentos”, 40; “La noción que se sustenta del Derecho, entendido en términos de conjunto, determinará de manera necesaria nuestro entendimiento de la figura del abuso del derecho. Lo hará porque condiciona nuestro acercamiento al problema.

Nuestra postura al respecto determinará que veamos en la figura del abuso del derecho un conflicto entre principios y reglas, un conflicto entre intereses contrapuestos, una infracción al principio de la buena fe, un conflicto entre la norma jurídica y la moral o una necesidad de aproximación a la cosa jurídica por exigencias de justicia, por nombrar las posturas mencionadas.

Lo anterior conlleva importantes consecuencias en la configuración de la figura de abuso del derecho, que se manifiestan en aspectos tales como la naturaleza jurídica que le atribuyamos, el rol que se le asigna a la intencionalidad, los efectos tras la constatación de un ejercicio abusivo, al ámbito de aplicación de la institución, entre otros”.

proscripción del abuso del derecho, con especial énfasis en la historia fidedigna del establecimiento de las leyes que establecieron dichas normas.

Por último, analizaremos una figura jurídica que ha estado bastante en boga en los últimos años, relativa a la doctrina de los actos propios. Reflexionaremos sobre su aplicación en el caso del Derecho del Trabajo, como un ejemplo de las instituciones jurídicas que sirven de límite a los derechos subjetivos, cumpliendo una función de freno al abuso del derecho. Profundizaremos en la forma en que se ha aplicado al Derecho del Trabajo, y en la defensa y crítica a su aplicación.

CAPÍTULO I.

1. Aproximación conceptual a la buena fe.

La legislación de derecho común, si bien menciona la buena fe en varios de sus artículos (entre ellos el más importante, el artículo 1546 del CC), no establece un concepto general de buena fe, que fuese aplicable al ordenamiento jurídico en general. Esta omisión es explicable, según Becar Labraña, en que el CC dictado en 1855, se ubica dentro del periodo de tradicionalismo en la consagración de principios jurídicos;⁸ “este tradicionalismo de los Códigos decimonónicos consiste en la carencia de normas que vengán en consagrar principios jurídicos generales. No existía la necesidad de revelar las ideas motoras a través de las cuales se apoyaban esos Códigos”.

No obstante, a partir de las normas del CC, se ha extrapolado un concepto de buena fe, al mismo tiempo que se interpreta, que dichas normas son de aplicación general en el derecho privado. En primer lugar, el artículo 1546 del CC, señala que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Por otro lado, el artículo 706 inciso primero del CC señala que “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por

⁸ Becar Labraña, Emilio José. “El principio de la protección de la buena fe en el Derecho Civil chileno”. Serie Creación. Documento de Trabajo N° 21. Universidad San Sebastián. Centro de Investigación para la Educación Superior (CIES), Santiago, 2017, 13; “El CC de don Andrés Bello, dictado en 1855 y, en consecuencia, ubicado dentro del tradicionalismo en materia de consagración de principios jurídicos, carece de una norma general que venga en consagrar la protección de la buena fe y/o repudio a los actos ejecutados de mala fe”.

medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”. Existe una serie de normas adicionales en el CC que mencionan la buena fe, pero a partir de las normas ya referidas se desprenden dos vertientes de la buena fe: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva, respectivamente. No se puede dejar de mencionar, sin embargo, el artículo 707 del CC, a partir del cual emana el principio general de que la buena fe se presume, y la mala fe debe probarse.

Luego, la buena fe objetiva, que se extrapola de la lectura del artículo 1546 del CC, es definida como “la conducta exigida socialmente”. [...] La buena fe objetiva se organiza bajo la forma de una “regla de conducta” que impone a las personas un deber de actuar bajo criterios de honestidad y lealtad en sus relaciones recíprocas”.⁹ Por otro lado, la buena subjetiva, que se extrapola de la lectura del artículo 706 del CC, “consiste de una convicción interna del sujeto, en orden a que desarrolla una conducta que no es contraria a derecho”.¹⁰

No es objeto de esta tesis profundizar en la discusión relativa a la identidad o diferencia entre la buena fe objetiva y subjetiva. Basta señalar que algunos autores plantean que la buena fe se define exclusivamente en términos de buena objetiva, quedando la buena subjetiva absorbida por aquella, pues la creencia de estar actuando conforme a derecho es predicable únicamente si se dan las circunstancias objetivas para que dicha convicción tenga lugar, y por lo tanto, la culpa excluye la buena subjetiva (sólo el justo error de hecho es compatible con la buena subjetiva). Defensor de esta corriente es, por ejemplo, Alejandro Guzmán Brito.¹¹ Por la tesis que argumenta la necesidad técnica de la división conceptual entre la buena fe subjetiva y objetiva, está Neme Villarreal.¹² En el caso de nuestra tesis, la aplicación de la buena fe en el Derecho del Trabajo, en particular en el abuso del derecho, es claramente una aplicación de la buena fe objetiva, en cuanto exige honradez y rectitud de comportamiento en el cumplimiento de una obligación o en el ejercicio de un derecho, lo que implica un estándar objetivo de comportamiento.

⁹ *Ibíd.*, 35.

¹⁰ *Ibíd.*, 34.

¹¹ Alejandro Guzmán Brito. “La buena fe en el CC de Chile”. *Revista Chilena de Derecho* 29, 1 (2002): 21 y ss. Disponible en <file:///C:/Users/Pavilion/Downloads/Dialnet-LaBuenaFeEnElCodigoCivilDeChile-2650240.pdf>.

¹² Martha Lucía Neme Villarreal. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado Externado* 17, (2009), 57 y ss.

Así entonces, la buena fe recibe múltiples aplicaciones en el derecho privado, a través de instituciones que protegen a aquel que ha actuado con honestidad o lealtad en sus relaciones recíprocas, con la convicción interna de estar realizando una conducta no contraria a derecho, o castigando a aquel que no satisface dicha regla de conducta o no actúa bajo dicha convicción interna. Nombraremos algunas a modo de ejemplo: a) en materia de familia, el demandante de alimentos, no se encuentra obligado a restituir los alimentos provisorios, en caso de sentencia definitiva absolutoria para el demandado, siempre y cuando la demanda tenga fundamento plausible (artículo 327 inciso 2 del CC); b) en materia de bienes, la posesión del poseedor de una cosa, con miras a obtener el dominio, se considerará regular si posee de buena fe (artículo 702 inciso 2 del CC); c) en materia sucesoria, el poseedor de buena fe de una herencia, no queda como responsable de los deterioros o enajenaciones, sino sólo en cuanto se hubiere hecho más rico (artículo 1267 del CC); d) en materia de obligaciones, quien paga al poseedor del crédito, de buena fe al momento de dicho pago, paga válidamente, aun cuando con posterioridad se descubra que el crédito no pertenecía al poseedor (artículo 1576 inciso 2° del CC).¹³

2. Aplicación general del principio de la buena fe en el Derecho del Trabajo.

2.1 Concepto de buena fe desde el Derecho del Trabajo.

El principio general de la buena fe posee vigencia en el ordenamiento jurídico en general, con especial énfasis en el derecho privado, y dentro de él, en el derecho de trabajo. En esta área del derecho posee una renovada importancia, luego de la aplicación de la teoría de los actos propios.¹⁴ Sin embargo, el principio de la buena fe se encuentra implícito en

¹³ Para una revisión exhaustiva de las aplicaciones de la buena fe en el CC; ver Emilio José Becar Labraña. “El principio de la protección de la buena fe en el Derecho Civil chileno”. Serie Creación. Documento de Trabajo N° 21. Universidad San Sebastián. Centro de Investigación para la Educación Superior (CIES), Santiago, 2017, 15-33.

¹⁴ Doctrina jurisprudencial que lleva aproximadamente quince años; ver Excma. Corte Suprema; rol 2450-2005, de 20 de diciembre de 2006; “Que, además de lo ya relacionado, resulta útil recurrir a la denominada Teoría de los Actos Propios, basada en la noción que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos anteriores que expresan la voluntad del sujeto y definen su posición jurídica en una materia determinada y que se funda, en último término, en el principio más general de la buena fe, la que, ciertamente, tiene plena cabida en el ámbito laboral de que se trata, pues como reiteradamente lo ha decidido esta Corte, la legislación laboral no puede considerarse en forma aislada del ordenamiento jurídico general, que regula las vinculaciones que generan los sujetos del derecho y que, en el caso, se ha traducido en la aceptación por parte del demandante

múltiples normas del CdT. Así, “en el ámbito del derecho colectivo del trabajo tenemos las prácticas desleales y antisindicales, el deber de negociar de buena fe, el abuso del derecho en materia de constitución de organizaciones sindicales y elección de directores y delegados”.¹⁵ También en los del derecho individual del trabajo, procesal y seguridad social; “encontramos aplicaciones de la buena fe a propósito de la terminación del contrato de trabajo, en las normas procesales laborales y en disposiciones sobre acceso indebido a prestaciones de seguridad social”.¹⁶ Por lo tanto, en palabras de Irureta, “la buena fe se encuentra incorporada en la propia normativa laboral y en la estructura propia del contrato de trabajo, y sus directrices son predicables tanto del trabajador como del empleador. De allí que el cumplimiento de las obligaciones de ambos contratantes, se encuentre imbuido de este principio.”¹⁷ El mismo autor hace hincapié en el uso de la buena fe subjetiva en el ámbito del derecho del trabajo; “en el derecho del trabajo, las referencias a la buena fe subjetiva, se producen fundamentalmente en materia de Derecho colectivo y de prohibición de prácticas desleales, en la tipificación de ciertas causas de despido disciplinario; en el otorgamiento y uso malicioso de certificados, en la sanción de simulaciones ilícitas, o en los supuestos de apariencia jurídica.”¹⁸ Por lo tanto, no es sólo un elemento exógeno a la legislación laboral, cuya aplicación sea anómala y en detrimento de los principios especiales del derecho del trabajo, sino que la estructura misma de la relación laboral, lo supone para su normal desenvolvimiento.

Para una aproximación normativa a los efectos jurídicos de la buena fe, esbozaremos un concepto general, otorgado por el ya citado profesor Irureta. En palabras de dicho autor:

“Sin perjuicio de que no existe un concepto unívoco de este principio, la buena fe se traduce en una obligación de las partes contratantes que les exige actuar rectamente, de forma honrada, sin intención de dañar u “oscurecer” las cláusulas acordadas,

de la existencia de una relación de naturaleza civil con sus respectivas consecuencias, durante más de quince años, sin haber formulado reclamo alguno en tal sentido (Considerando 8° sentencia que acoge recurso de casación en el fondo).

¹⁵ Gajardo Harboe, María Cristina. “Buena Fe y Derecho del Trabajo”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Vol. 1, N° 2 (2010), 15.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Irureta Uriarte, Pedro. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”. *Revista Ius et Praxis*, 17, N° 2 (2011), 134-135.

¹⁸ *Ibíd.* 140-141.

obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación”.¹⁹

En este punto, Irureta plantea en un solo esbozo conceptual, las dos vertientes de la buena fe que la doctrina civilista ha categorizado como tales, esto es, la buena fe subjetiva y objetiva. En primer lugar señala que la buena fe exige actuar de “forma honrada, *sin intención* de dañar”,²⁰ lo que a *contrariu sensu* revela que se exige, con base a la buena fe, conducirse en el tráfico jurídico con un estado volitivo interno destinado a no inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y por otro lado, establece que la buena fe supone “observar una determinada actitud de respeto y lealtad”,²¹ lo que implica un estándar objetivo de comportamiento, caracterizado por una conducta racionalmente exigible o conforme a la pauta tradicionalmente otorgada del buen padre de familia.²²

Por otro lado, en la última parte de la cita de Irureta, el autor señala que la buena fe despliega su horizonte normativo, “ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación”.²³ Por lo tanto, se vincula explícitamente la buena fe con la prohibición de abuso del derecho, que no es otra que ampararse en la norma jurídica si y sólo si la acción que se pretende desplegar, puede ser reconducida a la finalidad político-social de dicha norma. Si se ha desviado el fin de la norma, se habrá actuado apartándose de los estándares de la buena fe. La vinculación entre el abuso del derecho y la buena fe, es también clara para Irureta:

“Las normas generales, así como las prohibiciones de fraude y abuso de derecho que se consignan en el CdT, permiten afirmar que todo el ordenamiento laboral, y

¹⁹ *Ibíd.*, 135.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² Barros, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2006), 81. “El estándar de cuidado, esto es, el nivel de cuidado exigible, puede ser apreciado sobre la base de dos paradigmas, que, en definitiva, resultan complementarios: se puede tener como modelo un tipo de persona (la persona razonable, el buen padre de familia, o la persona diligente), o bien, se puede atender a la conducta que racionalmente resulta exigible. En uno y en otro caso, sin embargo, el estándar lleva a comparar la conducta efectiva con la que puede esperarse, en las circunstancias del caso, de quien es respetuoso de los demás, aunque no se le pueda exigir una especial devoción al interés ajeno. En definitiva ese es el estándar de la culpa leve que el artículo 44 III establece como general y supletorio de responsabilidad”.

²³ Pedro Irureta Uriarte. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, 135.

en particular el contrato de trabajo, se encuentran circunscritos necesariamente al requisito de la buena fe. Este carácter, que ha terminado primando como principio informador del Derecho, permite que los contratantes lleven a cabo sus propios actos en el entendido de que se trata de actuaciones válidas, tutelando mínimas normas de comportamiento que eviten la frustración del fin del contrato.”²⁴

En consecuencia, para la doctrina laboralista más autorizada, la buena fe es un principio informador del Derecho del Trabajo, al igual que cualquier otro principio tradicional de esta área del derecho, y conmina a que la actuación de los operadores jurídicos se sitúen dentro de la finalidad social de los derechos subjetivos concedidos por las normas, como por la finalidad del contrato de trabajo. Sin embargo, hay autores que problematizan la aplicación de la buena fe en el derecho del trabajo, en particular tratándose de la modulación de derechos fundamentales específicamente laborales, a través de la buena fe y el abuso del derecho, según revisaremos a continuación.

2.2 Problematización de la aplicación de la buena fe en el Derecho del Trabajo.

No obstante lo innegable que resulta la aplicación de la buena fe en el Derecho del Trabajo, aún parte de la dogmática jurídico-laboral niega su aplicación, o subordina su aplicación a la plena satisfacción de los principios especiales, como el principio protector, principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, principio de primacía de la realidad, o en último término, niega que el principio de buena fe sea un principio laboral. Así, por ejemplo, se ha señalado que:

“Una refutación a dicha idea, en palabras de Gamonal, es que el principio de la buena fe es trascendental en el derecho laboral, pero no lo considera un principio propio de dicha rama con tal entidad que sirva para particularizarla. Por supuesto, el principio de la buena fe pertenece a todo el ordenamiento jurídico, pero es errado atribuirle la naturaleza propia de derecho del trabajo.

²⁴ *Ibíd.*, 136.

Lo mismo ocurre con diversos fallos, donde erradamente se aplican supuestos principios laborales contra las pretensiones de los trabajadores, denominación que a todas luces resulta equívoca pues responden a principios generales del derecho”.²⁵

El argumento central del texto del que se extrae esta cita, es que los principios especiales del derecho del trabajo, sólo se aplican a favor del trabajador, y si bien existen principios que aplican tanto a favor del trabajador como del empleador, éstos no son principios especiales de derecho del trabajo, sino principios generales del derecho, como la buena fe.²⁶

No se discute que la buena fe sea un principio general del derecho, ni se discute que no sea un principio especial del derecho de trabajo, creado al alero de la disciplina. Lo que implícitamente se critica en la cita arriba transcrita, es que la buena fe pueda moderar las pretensiones de los trabajadores, cuando los derechos subjetivos contenidos en sus normas irrenunciables contraríen lo exigido mediante la buena fe. Dicha doctrina supone que la irrenunciabilidad de dichos derechos subjetivos, debe ser invencible, y que principios foráneos al derecho de trabajo, no pueden servir para moderar dicha irrenunciabilidad, o que al menos se conceda una aplicación *prima facie* a los principios especialmente laborales, por sobre los principios generales del derecho.

Como luego se tendrá oportunidad de analizar, no corresponde establecer una primacía entre los diversos principios aplicables al derecho del trabajo, sino que procedería buscar dentro del ámbito objetivo de aplicación de cada principio, cual es aquel que correspondería aplicar en el caso concreto, de manera tal que, de ser aplicable la buena fe en un caso determinado, no lo sea porque se esté incumpliendo el principio de irrenunciabilidad, sino más bien por que dicho principio no habría tenido aplicación en ese caso, lo que es muy diferente. Sin embargo, conocidos autores laboristas, suponen que la buena fe podría cumplir la función de dejar sin aplicación principios laborales o, inclusive, derechos fundamentales de los trabajadores. Dicha función sería espuria y una herramienta

²⁵ Felipe A. Quiroz Domingo. “Las manifestaciones del principio protector laboral sólo son aplicables a favor del trabajador”. *Derecho y Justicia*, N° 4 (2014), 145-146.

²⁶ *Ibíd.*; “Otra posible argumentación en contra de lo planteado, se puede elaborar a partir de ciertos principios denominados como laborales, cuya aplicación se realiza tanto a favor de las pretensiones del trabajador como del empleador. Buen ejemplo es el llamado principio de buena fe.

proclive al activismo judicial pro empresa, por lo tanto, la buena fe no debería recibir aplicación en este contexto. Así, por ejemplo, para Ugarte:

“la buena fe y, en rigor, cualquier otra categoría análoga como, por ejemplo, la del abuso del derecho, entendida como suele hacerse –esto es, como límite interno o inherente- no tiene cabida conceptual en la teoría externa o de la ponderación ya descrita en esta tesis, y por tanto, no corresponde su utilización en la aplicación del principio de proporcionalidad para la solución de colisiones de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo”.²⁷

En relación a la cita que acabamos de transcribir, objetaremos en base a lo mencionado más arriba, el principio general de la buena fe, lo mismo que la doctrina del abuso del derecho, la creencia en cuanto a que reciben objetivamente su aplicación en un caso concreto, no morigerando la base natural de aplicación de algún derecho fundamental, sino interpretando correctamente cual es dicha base natural de aplicación. Por ello, la buena fe y el abuso del derecho, como se tendrá oportunidad de explicar en el capítulo destinado al abuso del derecho, son efectivamente un límite interno o inherente al derecho fundamental, pero no en el sentido de dejarlo sin efecto para un caso en que correspondería su aplicación, sino como herramienta interpretativa para concluir, que el derecho fundamental no debía ser aplicado en ese caso. Ahora bien, la denominada teoría externa de los derechos fundamentales, en virtud del cual éstos entran en conflicto entre sí, en sus respectivos ámbitos de aplicación *prima facie*, el cual debe ser resuelto a través de la teoría de la ponderación, es una construcción dogmática que recibe muy poca aplicación hoy en día. Dicha teoría fue recibida con mucho entusiasmo a partir de la reforma procesal laboral (leyes N° 20.087, N° 20.260 y N° 20.287), pero ha sido dejada de lado por la dogmática y jurisprudencia chilena, por su escasa aplicación práctica y escasa utilidad al momento de

²⁷ José Luis Ugarte Cataldo. Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español”, 148.

interpretar los alcances de los derechos fundamentales laborales. Por lo tanto, es evidente que la buena fe no tiene cabida en ese contexto, porque no existe tal contexto.²⁸

La falta de rigor conceptual de la teoría externa de los derechos fundamentales, y su falta de adecuación para resolver conflictos jurídicos concretos, es algo que se hizo notar apenas entró en vigencia la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en particular en un comentario de jurisprudencia de Ferrada Bórquez, sobre la primera sentencia dictada al alero de dicho procedimiento, sentencia que contiene un largo desarrollo de la tesis de la ponderación.²⁹ En el capítulo sobre abuso del derecho tendremos oportunidad de reflexionar de manera más profunda sobre este punto.

2.3 Funciones de la buena fe en el Derecho de Trabajo.

No existen realmente objeciones a la aplicación de la buena fe en el Derecho del Trabajo. Como vimos en el apartado anterior, sólo se discute su categorización como principio especial de la disciplina, que según observamos, no es una categorización necesaria y en todo caso no merma la consideración de la buena fe como principio *del* Derecho del Trabajo.³⁰ Tampoco reviste especial importancia la objeción relativa a la utilización de la buena fe como modulador de derechos fundamentales, pues dicha crítica reposa sobre la base de la teoría externa de los derechos fundamentales, teoría que hoy por hoy, se encuentra desacreditada. Dicho esto, pasaremos a revisar las funciones de la buena fe en el Derecho del Trabajo.

En primer lugar, la buena fe posee una función *programática*; pues “cumple [...] la función de informar todo el ordenamiento jurídico, lo que supone la principal vía de irrupción de la moral y de la ética en el mundo del derecho”.³¹ En este caso, la buena fe supone la columna vertebral sobre la que reposa el sistema de derecho, pues la exigencia de actuar con honradez en el tráfico social u jurídico, es en definitiva, la aspiración del

²⁸ Sobre una crítica a la ponderación, Francisco Alberto Ruay Sáez. Una crítica al juicio de ponderación de Alexy; a propósito del procedimiento de tutela laboral. *Revista de Derechos Fundamentales*. Universidad Viña del Mar, N° 12 (2014): 123-162.

²⁹ Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos Instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó). *Rev. derecho* (Valdivia), 21 (2), 2008, 251-271.

³⁰ Pedro Irureta Uriarte. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, 136.

³¹ García Viña, Jordi. “La vigencia del principio de la buena fe en las relaciones laborales”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 7, (2013), 64.

ordenamiento jurídico en sí. Así, el derecho positiviza esa aspiración para el comportamiento humano y recurre a él nuevamente en busca de nuevas inspiraciones. Por ello, la función informadora está perfectamente unida a la función interpretadora e integradora de la buena fe.

Así entonces, la buena fe cumple también una función *interpretadora*; “la buena fe, en tanto principio general del derecho, representa una función interpretadora, tanto de las normas legales como de los concretos negocios jurídicos”.³² Ello por cuanto la finalidad de cada uno de ellos debe interpretarse de manera objetiva, conforme tanto a la naturaleza de la obligación concreta del negocio jurídico como con sujeción a la finalidad de la norma legal que se interpreta.

Por último, posee una función *integradora*; “la creación de deberes secundarios de conducta por parte de la buena fe deriva de la función integradora que puede realizar en cuanto que es claramente un principio general de derecho. La integración actúa fundamentalmente en dos vertientes. La primera se relaciona con el tema de las lagunas del Derecho, ya que le atribuye la función de completar o suplir las posibles faltas de regulación; la segunda, se refiere a una función correctiva, que permitirá ciertos defectos de regulación, mediante la incorporación de nuevas normas”.³³

La profesora Gajardo Harboe agrega a la funciones de la buena fe en el derecho del trabajo, una “*función limitadora* de los poderes del empleador [...], en esta función limitadora, la buena fe revitaliza la personalidad del trabajador”³⁴ (cursivas en el original), todo ello en el contexto de la constitucionalización del derecho del trabajo y la renovada fuerza de los derechos fundamentales del trabajador. En este punto, la buena fe sirve como norma interpretativa de los poderes del empleador, sirviendo de límite en aquellas hipótesis en que éste actúa con abuso de los derechos involucrados en el poder de dirección de los factores productivos, reconocidos por la legislación laboral.

³² *Ibíd.*, 65.

³³ *Ibíd.*, 66.

³⁴ *Ibíd.*

3. Aplicación de la buena fe en el Derecho Individual del Trabajo.

En el contexto del Derecho Individual del Trabajo, son varios los ejemplos que se pueden dar como aplicación de la buena fe, tanto respecto de normas legales contenidas en el CdT, como cláusulas de común usanza en el contrato de trabajo. En el caso de las normas legales, el artículo 160 N° 2 establece una cláusula de no competencia, y sanciona con la terminación del contrato su incumplimiento. En el caso de las cláusulas contractuales, podemos mencionar el caso de la cláusula de confidencialidad y la cláusula de exclusividad.

En relación a la cláusula de confidencialidad, ésta tiene por objeto la salvaguarda de información privilegiada o relevante a que el trabajador pueda tener acceso, y que su divulgación tuviese efectos negativos para la posición de la empresa en el mercado, en especial lo relativo al desarrollo de nuevos productos, patentes comerciales, propiedad intelectual u otros.³⁵ En palabras de Romanik Foncea, y apoyándose en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, la cláusula de confidencialidad encuentra fundamento en el contenido ético-jurídico del contrato y en el principio de la buena fe;

“Si es aceptado que la cláusula de confidencialidad pretende que cierta información –de la que tome conocimiento el trabajador con ocasión de su labor en una empresa– sea mantenida oculta de terceros, como sostiene el Dictamen Ordinario N° 4731/081, su inclusión en un contrato individual de trabajo no hace sino incorporar en la convención una obligación que tiene todo trabajador, ya sea que encontremos su fundamento en el contenido ético jurídico del contrato de trabajo o en la aplicación del principio de la buena fe.”³⁶

En el caso de las cláusulas de no competencia, como ya vimos, destaca lo señalado en el artículo 160 N° 2 del CdT, en cuanto señala que “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización por algunas de las siguientes causales: 2. “Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito

³⁵ Katy Romanik Foncea. *La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales*. Publicación del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, 2014, 42.

³⁶ *Ibíd.*, 34.

en el respectivo contrato por el empleador”. La causal de despido sanciona la competencia desleal del trabajador,³⁷ esto es, que trabaje para la competencia o en labores en la que esté en posición de perjudicar la situación de su empleador en el mercado. No puede interpretarse como una causal en que se sanciona el pluriempleo, prohibiendo cualquier actividad productiva tenga o no relación con el giro del negocio. La causal de despido en análisis, también está basada en el principio de la buena fe,³⁸ por cuanto impide que el trabajador ejecute acciones contra los intereses de la otra parte de contrato de trabajo. En palabras de Cajas Ulloa; “el fundamento de las obligaciones laborales de no competencia históricamente más aceptado ha sido el deber de buena fe. En virtud de este deber el trabajador tendría la obligación de proteger los intereses del empleador y, en consecuencia, la obligación de destinar todos sus esfuerzos laborales a la empresa, absteniéndose de competir con ella”.³⁹

Además, se han pactado cláusulas de dedicación exclusiva, que van más allá de la prohibición de competencia desleal del artículo 160 N° 2 del CdT, por cuanto establecerían una prohibición amplia. También se ha considerado en este caso que dicha cláusula especial posee fundamento en el principio de la buena fe.⁴⁰ Así para Romanik Foncea, “El pacto de dedicación exclusiva encuentra su fundamento en la doctrina nacional en los principios de la autonomía de la voluntad, libertad contractual y buena fe”.⁴¹ También para Irureta; “la libertad de pactos y la promoción de la buena fe contractual han sido considerados fundamentos suficientes de estos acuerdos”.⁴²

³⁷ *Ibíd.*, 45.

³⁸ *Ibíd.*, 49.

³⁹ Alejandra Vania Cajas Ulloa. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, 11. Disponible en <https://www.islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/La-prohibicion-Alejandra-Cajas.pdf>;

⁴⁰ En principio se consideró la exclusividad como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, tesis que prontamente se dejó de lado; ver Alejandra Vania Cajas Ulloa. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, 7. “Al momento de establecer los elementos esenciales del contrato de trabajo, algunos autores solían incluir entre ellos la exclusividad, “entendiendo por tal la imposibilidad para cada trabajador de contratar sus servicios con más de un patrono simultáneamente”.

Sin embargo, actualmente existe uniformidad en la doctrina respecto a que “la exclusividad, no constituye un requisito sine qua non para la existencia de un contrato de trabajo”. De tal manera, no se puede considerar que la celebración de un contrato de trabajo obligue al trabajador a una dedicación exclusiva a la actividad productiva de la empresa con la que haya contratado inicialmente la prestación de servicios”.

⁴¹ Katy Romanik Foncea. *La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales*. 68.

⁴² Pedro Irureta Uriarte. “La prohibición de competencia y buena fe contractual”. *Estudios Laborales*, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. LexisNexis, Santiago de Chile. 2007, 71.

4. Aplicación de la buena fe en el Derecho Colectivo del Trabajo.

El principio de la buena fe posee especial importancia en el derecho colectivo del trabajo, en particular en lo que respecta a la negociación colectiva, pues supone que ambas partes negocien con lealtad en su trato recíproco, con razonabilidad en las pretensiones y entregando la información necesaria para que las partes tengan claridad respecto a la factibilidad del petitorio. Así, para Poquet Catalá;

“las partes han de realizar un esfuerzo para que la negociación no se vea bloqueada y avance hacia puntos de encuentro en las posiciones mantenidas por cada una de ellas, de tal forma que no son compatibles con la referida obligación conductas tales como la formulación de ofertas claramente inaceptables, el rechazo sin mayor explicación y sin lanzar ninguna oferta alternativa de cualesquiera propuestas presentadas por la otra parte, el retraso injustificado en la respuesta a éstas, la negativa a discutir las ofertas propias o a informar sobre razones de ella, o la realización sobre la otra parte de actos de intimidación o violencia”.⁴³

En el caso de la negociación colectiva, la alusión a la buena fe es explícita en alguno de sus articulados, así como implícita en gran parte de su regulación, como en el caso de las prácticas desleales y antisindicales. En palabras de la doctrina laboralista; “en lo que respecta a la negociación colectiva, se parte de la base que los sujetos en conflicto están obligados a negociar de buena fe a objeto de obtener una solución justa y pacífica”.⁴⁴ En efecto, el artículo 303 del CdT, que inaugura el Libro IV sobre Negociación Colectiva, y en su nueva redacción conforme a la modificación de la Ley N° 20.940, señala que “las partes deben negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas”.

Por otro lado, el artículo 403 del CdT, que establece las prácticas desleales del empleador, establece como hipótesis genérica, en su letra a): “La ejecución durante el

⁴³ Raquel Poquet Catalá. “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”. *IUSLabor* 1, 2016, 7.

⁴⁴ Pedro Irureta Uriarte. *La Buena Fe en el Derecho Colectivo del Trabajo*. Disponible en http://reader.digitalbooks.pro/content/preview/books/30582/book/OEBPS/Text/03_chapter03.html.

proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma”. Exactamente la misma causal se establece en el artículo 404 letra a), tipificando esta vez la práctica desleal de los trabajadores. En el resto de las causales aparece implícita la exigencia de la buena fe. Así, en la letra c) del artículo 403 se sanciona como práctica desleal “el incumplimiento de la obligación de suministrar la información señalada en los términos de los artículos 315 y siguientes, tanto en la oportunidad como en la autenticidad de la información entregada”, pues constituye un acto de mala fe no entregar la información financiera necesaria para que el sindicato construya su proyecto de contrato colectivo. En palabras de Poquet Catalá, es manifestación del principio de la buena fe en la negociación colectiva, “no ocultar a la representación de los trabajadores datos ni informes que sean relevantes y proporcionar aquellos que tenga a su disposición y le sean reclamados durante el período de consultas”.⁴⁵ A la inversa, que el sindicato use dicha información para un fin no previsto por la norma, y divulgue dicha información con perjuicio para la empresa, también incurre en una práctica desleal, pero esta vez de parte del sindicato. Así, el artículo 404 letra c) del CdT, sanciona como práctica desleal de los trabajadores, “la divulgación a terceros ajenos a la negociación de los documentos o la información recibida del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservada”. Por otro lado, también se establece como práctica desleal, sancionando dicha conducta sea que provenga del empleador (artículo 403 letra g) del CdT) como de parte de los trabajadores (artículo 404 letra e) del CdT); “[e]l ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante la negociación colectiva”.⁴⁶

5. Aplicación de la buena fe en el Derecho Procesal Laboral.

La Ley N° 20.087, de 2006, que “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del CdT”, introdujo por primera vez al CdT la noción de buena fe, al enumerar en el artículo 425 los principios formativos del proceso; “[l]os procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la

⁴⁵ Raquel Poquet Catalá. “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”, 7.

⁴⁶ Para un análisis pormenorizado sobre la buena fe en el Derecho Colectivo del Trabajo, ver Pedro Irueta Uriarte. *La Buena Fe en el Derecho Colectivo del Trabajo*. Disponible en http://reader.digitalbooks.pro/content/preview/books/30582/book/OEBPS/Text/03_chapter03.html.

inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”. La necesidad de incorporar expresamente la nulidad se hace evidente pues, en palabras de Romero Seguel:

“se busca que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia, evitando las posibles immoralidades de que puedan servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una victoria a toda costa (...); conseguir que triunfe siempre la verdad y que todos los que participan en una relación procesal ajusten sus actuaciones a las pautas éticas más elementales, reprobando la práctica de cualquier actuación que configure una utilización dolosa o fraudulenta del proceso”.⁴⁷

En este sentido, el artículo 430 del CdT, señala que “[l]os actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias”. Además, el CdT consagra una serie de normas que, sin mencionar explícitamente la buena fe, están basadas en ella, como la imposibilidad de solicitar la nulidad de un acto procesal, por parte de quien ha originado el vicio o concurrido a su materialización (artículo 429 del CdT); la responsabilidad por los perjuicios ocasionados por interposición de medias cautelares (artículo 444 del CdT); el rechazo de demandas manifiestamente prescritas (artículo 447 del CdT); la exclusión de prueba obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos (artículo 453 N° 4 del CdT); o la facultad de dar por acreditados hechos ante conductas de las partes que obstaculizadores la rendición de la prueba (artículo 453 N° 5, 454 N° 3 del CdT).⁴⁸

En el capítulo relativo a las consagraciones positivas del abuso del derecho, volveremos sobre las normas procesales, en particular sobre la regla del artículo 430 del CdT que faculta “al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias”. En esa oportunidad, se reflexionará sobre las críticas a la aplicación de la buena fe en materia procesal laboral, en concreto, sobre el alegato de que la buena fe instrumentaliza a las partes con objeto de

⁴⁷ Alejandro Romero Seguel. "El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios". *Revista Chilena de Derecho* 30 (1), 2003, 169-170.

⁴⁸ Para un análisis de las normas que consagran la buena fe en el proceso laboral ver Pablo Cifuentes. “El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1, 2 (2010), 98-102.

lograr la verdad objetiva en el proceso, y castiga la pasividad del demandado. En efecto, según Cifuentes, “[l]a pasividad, entonces, sin colusión, fraude, o abuso del derecho de por medio, pudiera interpretarse como mala fe, por el hecho de no colaborar activamente al esclarecimiento de los hechos”.⁴⁹ En el capítulo señalado, se analizará la justificación de dichas críticas, y se optará por una lectura más equilibrada sobre la aplicación de la buena fe en el derecho procesal laboral, en especial lo relativo al abuso (del derecho) de ciertos institutos procesales.

CAPÍTULO II.

1. Aproximación conceptual al abuso del derecho.

Como hemos tenido oportunidad de observar en el capítulo introductorio sobre buena fe, existe una conexión directa entre dicho principio general y la doctrina del abuso del derecho, pues como señaló Irureta, la buena fe despliega su horizonte normativo, “ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación”.⁵⁰ En consecuencia, la rectitud en el actuar que se exige, de acuerdo al estándar común del buen padre de familia o de la persona razonable, supone que los derechos se usen de acuerdo a su finalidad, no desviando el propósito de la norma y provocando con ello un daño, intencionalmente o no.⁵¹ Lo mismo ocurre con el cumplimiento de la obligación, debe cumplirse no sólo de acuerdo a las condiciones establecidas literalmente en el contrato, sino a todas aquellas cosas que “emanan precisamente de la naturaleza de la obligación” (artículo 1546 del CC).

⁴⁹ *Ibíd.*, 106.

⁵⁰ Pedro Irureta Uriarte. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, 135.

⁵¹ Roberto García Calvo. *Consideraciones sobre el abuso del derecho*. p. 4. Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344055787?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filaname%3D1975_1015.pdf&blobheadervalue2=1288775774416; “«Socialización», aún no bien estudiada, en la que han jugado como factores determinantes la eliminación o, al menos, reducción, del radical individualismo; el surgimiento de los, cada vez más numerosos, paliativos que imponen restricciones a los derechos considerados tradicionalmente como absolutos; la mayor necesidad de colaboración entre todos los miembros de las comunidades políticas en relación con los derechos que, detentados por ellos, pueden repercutir en sus economías y las modificaciones que las tesis marxista y socialista han impuesto o se han acogido a los sistemas capitalistas para la adaptación de los mismos a las condiciones de la vida moderna.”

Ahora bien, debemos de reflexionar sin embargo, sobre el papel de la buena fe como moralizador de los derechos y obligaciones, y comprender cuál es el real alcance de la eticidad que la buena fe cataliza hacia las normas positivas o cláusulas contractuales específicas. En palabras de Irureta;

“El ajuste de los comportamientos se hace, en primer lugar, de acuerdo a la norma jurídica que representa un mínimo ético socialmente aceptado; pero como tendremos oportunidad de señalar, no puede limitarse a una repetición cuasi literal de la norma. La buena fe objetiva impone mayores estándares de moralización de conducta, un derecho más justo y progresivo, razón por la cual la norma jurídica puede ser vista como un piso necesario, pero no exclusivo, de comportamiento de los contratantes”.⁵²

Desde luego, el contenido obligacional “no puede limitarse a una repetición cuasi literal”,⁵³ pero discutimos que la norma jurídica constituya un piso mínimo, y que la buena fe expanda el horizonte obligacional contenido en las normas, elevando el estándar de “moralización de conducta”.⁵⁴ Lo que ocurre más bien, es que el principio general de la buena fe nos conmina a interpretar la norma, no de acuerdo a los estándares del positivismo exégeta, sino atendiendo a la finalidad de la misma. Dicha finalidad puede no estar explícita en la norma, sino que requiere de un ejercicio intelectual de reconstrucción, esto es, una interpretación. Por ejemplo, la obligación del vendedor de entregar la cosa, obviamente implica la obligación de entregarla en estado de ser usada, por lo tanto, el hecho de tener la obligación de entregar la cosa en buen estado, no significa que se esté elevando el estándar de moralización de conducta respecto de la norma jurídica original, sino que dicha obligación *es* parte de la norma jurídica que establece la obligación de entregar la cosa. Por ello, si el CC no hubiese establecido normas sobre vicios redhibitorios, doctrinal y jurisprudencialmente se hubiesen creado igualmente normas en este sentido, porque entregar la cosa en buen estado, pertenece a *la naturaleza de la obligación* de entregar la cosa.

⁵² *Ibíd.*, 143.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

Existe una forma de dar sentido a la interpretación del efecto moralizador de la buena fe (como superior a la norma), entendiéndose que el piso mínimo a que se refiere la doctrina citada, se refiere no a la norma jurídica, sino al derecho o deber que *prima facie* se deduce a partir de su enunciado normativo, esto es, de la literalidad de la norma. Dado que esta aparece como una mera abstracción, aún no es posible ni necesario efectuar una interpretación que nos permita aplicarlo a un caso concreto, pues sólo en ese caso surge la norma jurídica que se deriva del enunciado normativo y su potencial jurídico, el cual abarca mucho más que la literalidad del enunciado. Esta forma de expandir la norma puede hacerse a través de una interpretación de buena fe, y en este caso entonces, expandiría el horizonte de aplicación del enunciado normativo. Pero una vez más cabe aclarar, la buena fe no expande el horizonte obligacional de la norma, sino que ayuda, como elemento de interpretación, a establecer el contenido de la norma en el caso del concreto. En cambio, sí expande el horizonte obligacional del enunciado normativo, lo cual es evidente, pues, el enunciado normativo es una abstracción sin vida, cualquier acto de interpretación expande su horizonte obligacional, o la contrae, dependiendo del caso.

No poner atención a la distinción entre una norma y el enunciado normativo que lo contiene, supone provocar una escisión entre la norma y la finalidad de la misma, en circunstancias de que no puede estar separada una de la otra. Por ejemplo en Jaime Lluís y Navas encontramos la siguiente afirmación:

“La buena fe supone un doble convencimiento; de que nuestro proceder es conforme a la norma en sí misma, y de que *también lo es a la finalidad de la norma*, pues de lo contrario incurriríamos en abuso del derecho; y esta segunda dimensión del convencimiento implica introducir los imperativos éticos (o sea jurídicos-morales)” (cursivas en el original).⁵⁵

Sin embargo, si actuó bajo el convencimiento de que actuó conforme a la norma, entonces estoy actuando conforme a su finalidad, no se puede separar ambas cosas. Podría, no obstante, actuar bajo un convencimiento errado de que estoy actuando conforme a la norma, pero en realidad sólo me ajusto a ciertos aspectos formales o externos (esto es, del

⁵⁵ Jaime Lluís y Navas. *La obligación laboral de buena fe*, 1. Disponible en «<https://bit.ly/2XXfMje>».

enunciado normativo). Esta conformidad formal o externa me puede llevar al convencimiento de que actúo conforme a la norma, pero objetivamente me he salido de sus contornos por no respetar su finalidad. Una vez más, si no distingo norma de enunciado normativo, confundo la norma con su literalidad, y expulso impropriamente su finalidad como un elemento exógeno a la norma, en circunstancias que es parte de su contenido esencial.

Así entonces, para que exista abuso del derecho, debe desplegarse una conducta que *prima facie* se reconduzca al enunciado normativo, pero que se aparta de la finalidad de la norma. Sin embargo para Lluís y Navas, no basta que el abuso se produzca por una finalidad *distinta* a la de la norma, sino que debe ser *contraria* a la norma. El autor señala:

“El requisito de buena fe constituye una ***limitación*** evidente del ejercicio de los derechos y obligaciones, puesto que veda su ejercicio malicioso. [...] vulnera la buena fe la utilización de un derecho subjetivo de forma distinta de la finalidad de su concesión, tesis que nos parece plenamente suscribible a condición de sustituir el término “distinta” por la opción más restrictiva, “contraria”, pues el ejercicio de un derecho de un modo distinto a su razón originaria no implica necesariamente malicia, si la finalidad perseguida sigue estando justificada éticamente o lo piden nuevas circunstancias” (negrita y cursiva en el original).⁵⁶

Debemos reflexionar seriamente sobre la necesidad de que el ejercicio del derecho sea contrario a la finalidad de la norma. Nuestra tesis, es que para que constituya abuso del derecho, basta con que el ejercicio del derecho sea *diferente* a la finalidad de la norma, no que sea *contrario*, pues en dicho caso, la mayoría de las hipótesis de abuso del derecho quedarían en realidad amparadas por el derecho, en circunstancias que su ejercicio no está respaldado por la razones que se tuvieron a la vista para dictar la norma. En efecto, pensemos en el caso de que el trabajador adquiere fuero por ser elegido director sindical de un sindicato interempresa recién constituido, la hipótesis de nuestro caso es que el trabajador constituye dicho sindicato luego de enterarse de su despido, y lleva a cabo los trámites de constitución sólo para mantenerse en su trabajo. ¿Es la acción del trabajador

⁵⁶ *Ibíd.*, 7.

contraria a la finalidad de la norma, o es simplemente diferente? La finalidad de la norma que establece un fuero de constitución sindical, es lograr que los trabajadores desarrollen sin obstáculos la libertad sindical de que son titulares, sin que las represalias del empleador obstaculicen el libre desenvolvimiento de la libertad de constitución sindical así como el ejercicio de actividades sindicales en general. Ahora bien, si recorro al fuero de constitución sindical para protegerme del despido en vez de llevar a cabo actividad sindical, ¿es la primera finalidad contraria a la segunda, o simplemente diferente? Que sea contrario significa que la intención del trabajador no es sólo evitar el despido, sino también obstaculizar él mismo la libertad sindical, lo cual no posee ninguna lógica. Si ese fuera el requisito del abuso del derecho, entonces el abuso del fuero de constitución sindical no sería tal, sino que sería el ejercicio legítimo de un derecho, pues la intención de su utilización es sólo diferente a la finalidad de la norma, no contrario.

Quizá la confusión proviene de un supuesto elemento subjetivo del *tipo* de abuso del derecho, pues Lluís y Navas señala en la cita recién transcrita que “el ejercicio de un derecho de un modo distinto a su razón originaria no implica necesariamente malicia”. Parece indicar que el abuso del derecho supone dolo para ser considerado tal, exigencia que, miradas las cosas objetivamente, no puede colegirse de la figura del *abuso del derecho*. En primer lugar, no existe realmente una hipótesis legal de abuso del derecho, pues esta es una figura doctrinaria que hace hincapié en el hecho de que se despliega una acción supuestamente amparada en una norma, pero que finalmente, acto de interpretación mediante, se concluye que no estaba amparada realmente en dicha norma. En este sentido, existe un parecido de familia entre la figura del abuso del derecho y la desviación de poder utilizada en el derecho administrativo, pues el *funcionario* ejerce una facultad fuera de la finalidad para la cual se ha instituido la norma administrativa. Así entonces, el abuso del derecho es un acto de interpretación, solo que dicho acto de interpretación se complejiza pues el hecho parece, en principio, reconducirse a la hipótesis legal, debiendo acudir a una reflexión más profunda para concluir si es posible reconducir el hecho finalmente a la norma o no. En tal caso, debe investigarse la intención del legislador, la cual puede o no, estar planteada en términos de principio general del derecho o principio especial de alguna disciplina. Ahora, el acto supuestamente amparado en una norma legal, puede ser efectuado con el objeto deliberado de obtener alguna ventaja no permitida por el ordenamiento

jurídico, o ser efectuado sin dicha intención. El elemento volitivo no es importante en este punto, pues sea que quiera obtener alguna ventaja o simplemente por ignorancia o error, el abuso del derecho se produce de todas maneras, y forzosamente debe ser considerando como una acción u omisión no amparada por la norma.

Sin embargo, si bien en teoría no se exige un elemento volitivo, en muchos casos sí se *quiere* intencionadamente obtener una ventaja, amparándose en una norma e interpretándola de manera deliberadamente oscura. Por lo tanto, la exigencia de la buena fe cobra pertinencia en este contexto, pues supone actuar correctamente, “ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación”.⁵⁷ Así, el abuso del derecho implica normativamente a la buena fe. Lluís y Navas plantea en este punto:

“Aplicación por implicación normativa.- Incluimos en este supuesto los muchos casos en que la norma no se refiere directamente a la Buena Fe, pero la implica, por ejemplo, en el repudio en el fraude a la ley y del abuso del derecho o de su ejercicio antisocial [...]. En el fraude a la ley se produce cuando se intenta defraudar la finalidad práctica de una norma jurídica [...] y el abuso del derecho si, al amparo de la legislación, se persigue crear situaciones “*contrarias a la realización de la justicia*”. [...] Es por tanto evidente que ambas implican un apartamiento de los imperativos de la Buena Fe”.⁵⁸

Por lo tanto, así como la buena fe posee aplicación directa en las normas laborales, también la doctrina del abuso del derecho, como manifestación de aquel, tiene directa incidencia en las normas laborales, sin que sea posible negar su aplicación en función de la supuesta autonomía absoluta de las normas laborales. Para la doctrina laboral “[n]egar la aplicación del abuso del derecho en el Derecho del Trabajo es negar los fines del Derecho, desde que el que abusa actúa sin derecho, fuera del ejercicio acordado y, por ende, en violación del ordenamiento, sea este civil o laboral”.⁵⁹

⁵⁷ Pedro Irureta Uriarte. “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, 135.

⁵⁸ Jaime Lluís y Navas. *La obligación laboral de buena fe*, 7.

⁵⁹ Leandro Fretes Vindel Espeche. *El abuso del derecho en las relaciones laborales*, (2008), s.p. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc080114-fretes_vindel_espeche-abuso_derecho_en_las.htm.

Normalmente, la figura del abuso del derecho se ha abordado desde la doctrina civilista, asimilando dicha doctrina las instituciones tradicionales del derecho común, como la responsabilidad civil. Así, para Juan David Terrazas, siguiendo en este punto a Alessandri, el abuso del derecho “debe considerarse como una especie de ilícito civil: hay abuso del derecho cuando aquel se ejerce dolosa o culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos o negocios propios.”⁶⁰ Ahora bien, en el entendido de que el abuso del derecho se trata de ejercer una prerrogativa ilegal, pues va más allá de los contornos de la finalidad de la norma, otro tipo de doctrina civilista intenta objetivizar la responsabilidad originada por dicha actuación, tratando de desligar la doctrina del abuso del derecho de una atribución de responsabilidad subjetiva. Según Vindel Espeche; “la responsabilidad de quien al actuar en abuso de sus facultades o prerrogativas daña a otro no requiere de una imputación subjetiva, a dolo o culpa; el "abusador-dañador" responde objetivamente, con base en la creación, con esa conducta indebida de ir más allá de lo regular, de un riesgo, que luego se vuelve perjuicio.”⁶¹

Adicionalmente, Juan David Terrazas cita a Rodríguez Grez, para señalar que; “lo que nosotros conocemos como "abuso del derecho", es una figura distinta que resulta de la desviación o extensión excesiva del interés jurídicamente protegido en el derecho subjetivo. El que "abusa del derecho" extiende el interés más allá de los límites propios o lo desvía hacia una dirección contraria a la ley.”⁶² Por lo tanto, desviar la finalidad de la norma y aplicarla a un hecho no previsto en ella, nada tiene que ver con la responsabilidad civil del agente, simplemente se trata de una pretensión no amparada por una norma.

Existe en este punto una gran confusión, pues, una cosa es que el abuso del derecho se verifique intencionadamente o no, y otra diferente es la naturaleza de la responsabilidad que se genere a partir del abuso del derecho. Estamos de acuerdo con Rodríguez Grez, en que el abuso del derecho y la responsabilidad civil, son cosas distintas, pero un análisis más exhaustivo nos señala que perfectamente puede derivarse responsabilidad a partir de una actuación con abuso del derecho. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de dicha

⁶⁰ Juan David Terrazas P. “Abuso del Derecho. Definiciones en torno a su origen”. *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*. Editorial Jurídica de Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 98.

⁶¹ Leandro Fretes Vindel Espeche. *El abuso del derecho en las relaciones laborales*, (2008), s.p

⁶² Juan David Terrazas P. “Abuso del Derecho. Definiciones en torno a su origen”, p. 98.

responsabilidad? Que el abuso del derecho se genere con intención o no del agente, no significa que la responsabilidad que se derive de ello sea objetiva, esto es, prescindiendo del elemento de culpabilidad, pues la pretensión de obtener una ventaja jurídica puede verificarse bajo la conciencia de que se es titular del derecho, y que el derecho ampara dicha pretensión. Si se castigara cada acto de abuso del derecho, objetivamente, entonces estaríamos castigando todo aquello que se considere como un acto de errónea interpretación jurídica. Por lo tanto, para que el abuso de derecho genere responsabilidad civil, se requiere conciencia de ilicitud, esto es, conciencia de que la ventaja que se quiere obtener, no está realmente amparada por la norma, y en segundo lugar, la posibilidad de prever el perjuicio que puede originarse a partir del acto abusivo. En consecuencia, el abuso del derecho es una situación que verifica objetivamente, pero la responsabilidad que se origine a partir del abuso, es subjetiva.

CAPÍTULO III.

1. El abuso del derecho en el Derecho del Trabajo.

1.1. Normativa laboral cuya intención es evitar el abuso del derecho.

a) Norma que regula el fuero de constitución sindical de sindicato interempresa.

Según el artículo 221 inciso tercero del CdT, “Los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa o de establecimiento de empresa gozarán de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada”. Esta norma fue utilizada abusivamente por parte de los trabajadores, pues dado que otorga un fuero retroactivo, los trabajadores constituían sindicatos fraudulentos con el sólo objeto de evitar el despido.⁶³ Al respecto, se dictaron

⁶³ Ver Charles Chapman. “El abuso del derecho de asociación en la creación de sindicatos”. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n° 22, 2004, s.p.; “La práctica consiste en que en una empresa existen uno, dos o más sindicatos de base o de industria. Los asociados de éstos crean un nuevo sindicato con objeto igual o similar y con la mayoría de los mismos trabajadores de los

fallos que, por ejemplo, acogían el reclamo de multa administrativa cursada por la Inspección del Trabajo, ante la hipótesis de un trabajador que no fue reincorporado al trabajo por un supuesto fuero que le protegía. El tribunal razonó que, dado que la constitución sindical no involucró actividad sindical genuina, entonces, el trabajador no poseía realmente fuero de constitución sindical, siendo la multa por la no reincorporación, improcedente.⁶⁴

Por otro lado, la jurisprudencia judicial otorgó el desafuero de un trabajador por la causal del artículo 160 N° 1 del CdT, por haber incurrido en falta de probidad al constituir un sindicato sólo para efectos de generar fuero retroactivo ante la notificación de su despido por necesidades de la empresa.⁶⁵

A partir del fuero retroactivo otorgado por el artículo 221 inciso tercero del CdT, ha sido común el uso de este derecho por parte de los trabajadores, con el sólo objeto de

sindicatos ya existentes en la empresa, con el fin de que gocen nuevamente de la garantía del fuero sindical de fundadores o adherentes, y así sucesivamente cada vez que termina la protección foral. Cabe aclarar que en todo caso la creación de organizaciones sindicales en discordancia con el fin social para el cual fueron instituidas, constituye un abuso del derecho, sin perjuicio de que en la empresa no exista organización sindical que la preceda”.

⁶⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 04 de abril de 2016, Rol: I-2-2016; “Que, en ese estado de cosas, resulta material y lógicamente imposible que la empresa Thiess Chile SpA. hubiese podido solicitar la autorización judicial en los términos y condiciones que establece el artículo 174 inciso primero del CdT para despedir a un trabajador que sólo a raíz de la ficción legal que establece el artículo 221 inciso 3 del mismo Código gozó de fuero por efecto retroactivo diez días antes de la constitución del sindicato, esto es, desde un día antes del despido” (considerando noveno Juzgado de Letras del Trabajo).

Que, en esa línea de ideas, resulta insostenible concebir que la reclamante incurrió efectivamente en la infracción por la que se le multó, pues, pedir el desafuero en la época en que se produjo el despido del Sr. Capriles carecía de toda causa y objeto, siendo en el evento de considerar la existencia de una infracción a la ley por parte de la reclamante el hecho susceptible de ser sancionado entonces "el no reintegro o reincorporación de trabajador aforado", de conformidad al artículo 174 y 243 del CdT y aplicando analógicamente la solución legal que el CdT establece en su artículo 201 inciso 4 tratándose de trabajadoras protegidas por fuero materno” (considerando décimo Juzgado de Letras del Trabajo).

⁶⁵ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 20 de enero de 2012, O-3499-2011; “Asimismo, no fue demostrado por el demandado actividad sindical alguna que de cuenta y justifique la representación que detenta y el nacimiento de la organización creada con fecha 26 de julio de 2011, situación que permite concluir el uso meramente instrumental de esta protección que otorga la legislación laboral y que por la inercia demostrada, se concluye que son contrarios a los fines legítimos y reivindicaciones naturales que motivan la constitución de una organización sindical seria.

Que por todo lo razonado de manera precedente, se observa que la conducta del demandado carece de honradez en el obrar al obtener una calidad que la legislación laboral protege, en forma fraudulenta, abusiva y contraria a los fines del Derecho, y en específico al derecho de sindicación con desviación del fin que el ordenamiento jurídico ha previsto, cual es la promoción y defensa de los intereses colectivos, conducta que además va en contra de la potestad legal del empleador, sólo con el objeto de enervar un despido careciendo de título legítimo que los provea de estabilidad. A mayor abundamiento, el fuero provisto por el trabajador demandado, es ineficaz al nacer de un acto fraudulento y abusivo, observando que el único interés observado por el demandado Sr. Villavicencio, es personal y con fines que se alejan por completo del ejercicio de la libertad sindical previsto por el legislador” (Considerando Octavo Juzgado de Letras del Trabajo).

acceder a este fuero retroactivo, pero sin ejecutar ningún tipo de actividad sindical. Por lo tanto, trataban de ejercer un derecho reconduciendo el hecho al enunciado normativo, pero no a la razón de fondo de la norma en sí, lo que constituye un caso típico de abuso del derecho. Los fallos citados en el párrafo anterior dan cuenta de la visión de la jurisprudencia frente a este tipo de casos, que tendió a considerarlos un fraude a la ley o un caso de abuso del derecho. También la doctrina se pronunció al respecto considerando que la hipótesis podía reconducirse a un caso de abuso del derecho o de fraude a la ley.⁶⁶

“Se trata de sindicatos formados al amparo de las normas legales que regulan el derecho de constituir organizaciones sindicales, siendo los mismos prima facie admitidos, pero se vulnera el espíritu y sentido de tales normas como también los valores y principios contemplados en normas legales de naturaleza imperativa. Son los sindicatos constituidos con abuso del derecho o en fraude a la ley, los cuales si bien no han sido regulados por el legislador laboral y, menos su sanción, su existencia y castigo ha sido reconocida, fundándose en principios jurídicos que rigen en el Derecho del Trabajo, especialmente la libertad sindical, la buena fe y la primacía de la realidad, por estimarse que aquellos son un atentado a estos principios que imperan en el Derecho del Trabajo”.⁶⁷

Ahora bien, los sindicatos que eran constituidos fraudulentamente, tendían a recibir la denominación de sindicatos interempresa, pues eran constituidos por trabajadores de distintas empresas, a veces familiares del trabajador que pretende adquirir fuero con abuso del derecho. Por esa razón, la Ley N° 20.940, de 2017, que “Moderniza el sistema de relaciones laborales”, agregó un inciso cuarto al artículo 221 del CdT, que reza de la siguiente manera:

⁶⁶ Ambas instituciones deben, en todo caso, distinguirse. Según Irureta Uriarte, “Desde una perspectiva laboral, simulación ilícita, fraude o abuso de Derecho, aun cuando son figuras rigurosamente distintas, han sido tratadas de manera uniforme, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, en el entendido de que mediante ellas se busca eludir normas imperativas”, en Pedro Irureta Uriarte. Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, (2013), 246.

⁶⁷ Raúl Fernández Toledo. Problemas derivados de la constitución de sindicatos con fines ilícitos: cuatro cuestiones discutidas. *Revista Ius et Praxis*, 21, N° 1, 2015, 379.

“Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato interempresa gozarán de fuero laboral desde que se formule la solicitud reservada de ministro de fe para la asamblea constitutiva y hasta treinta días después de realizada esta. La asamblea deberá verificarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud de ministro de fe”.

Así, el legislador laboral trata de asegurar que el trabajador tenga un interés legítimo en ejercer actividad sindical, a través de la creación de un sindicato interempresa, para ello, lo obliga a formalizar dicha intención, a través de la solicitud de ministro de fe ante la Inspección del Trabajo. Aún se aplica un fuero retroactivo de máximo diez días, pero supeditado a la solicitud de ministro de fe. Por lo tanto, si se verifica un despido en el tiempo intermedio, el trabajador además de la constitución del sindicato interempresa, tiene que demostrar que ha solicitado el ministro de fe en una fecha anterior al despido. De esa forma, se evita que el trabajador incurra en abuso del derecho.

b) Norma que limita el fuero de elección a directorio sindical a dos veces por año.

De acuerdo al artículo 237 del CdT, en caso de la constitución de un sindicato, serán candidatos al directorio todos los trabajadores que concurran a la constitución del mismo. Luego, en las siguientes elecciones, los candidatos deberán presentarse en la forma señaladas en el estatuto, y si estos nada dicen, deberán presentarse las candidaturas por escrito ante el secretario del directorio sindical, no antes de quince días ni después de dos días a la fecha en que deba celebrarse la elección. Luego, el artículo 238 del CdT, señala que los candidatos al directorio sindical gozarán del fuero establecido en el artículo 243 del CdT, desde que el directorio comunique a la Inspección del Trabajo y al empleador la fecha en que deba celebrarse la elección. Dicha comunicación no podrá efectuarse con una anticipación superior a quince días a la fecha en que deba celebrarse la elección, y el fuero durará hasta la fecha de dicha elección. Si la elección se postergare, el fuero tendrá duración hasta la fecha en que originalmente debía celebrarse. Por otro lado, el inciso

tercero del artículo 238 del CdT señala, “En una misma empresa, los trabajadores podrán gozar del fuero a que se refiere este artículo, sólo dos veces durante cada año calendario”.

El objetivo de la norma recién señalada es evitar la multiplicación de elecciones sindicales en un mismo sindicato, sólo con el objeto de obtener fueros sindicales y evitar inminentes despidos, sin que dichas elecciones sean genuina actividad sindical. En efecto, el Dictamen de la Dirección del Trabajo, N° 3315/98, de 18 de agosto de 2003, señala al respecto que:

“el inciso final del artículo 238 del CdT que otorga fuero sólo dos veces durante cada año calendario a los trabajadores de los sindicatos de empresa, de establecimiento de empresa, interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales, que sean candidatos a directores.

Esta norma fue incorporada mediante la ley 19.630, precisamente para evitar el abuso de derecho que se conoció con el nombre de "bicicleta”.

En efecto, el llamado permanente a elecciones sindicales con objeto de generar fuero para los trabajadores, es un caso típico de abuso del derecho, pues la norma que otorga fuero a dichos trabajadores tiene por objeto resguardar el ejercicio de la libertad sindical de los mismos, y el llamado no genuino a elecciones sindicales, solo para evitar despidos, aparece fuera del contorno objetivo de la norma. Sin embargo, en la práctica es muy complejo determinar cuándo el llamado a elección es genuino ejercicio de libertad sindical o fraudulento, esto es, con el sólo objeto de obtener fueros. Por esa razón, la Ley N° 19.630, de 04 de septiembre de 1999, que “Modifica y adecúa disposiciones del CdT”, limitó el fuero de candidatos a elección sindical a sólo dos veces por año, con objeto de que los trabajadores puedan usar la prerrogativa de manera genuina y no fraudulenta. De esa manera, la norma limita objetivamente la obtención del fuero, sin necesidad de interpretar la intención del trabajador, en orden a usar el fuero de elección honestamente o en abuso de derecho.

No obstante, dado que sostenemos que el abuso del derecho supone que el titular del derecho usa la prerrogativa para casos no contemplados en la norma misma, es que afirmamos que siempre que se pueda verificar esta circunstancia, que el trabajador no está usando el fuero de elección sindical de manera legítima, el fuero no deberá aplicársele, ello

con independencia de si dicha elección no ha sobrepasado el límite del artículo 238 inciso tercero del CdT. Además, abona a ello lo establecido en el artículo 290 letra f) del CdT señala; “Serán consideradas prácticas antisindicales del trabajador, de las organizaciones sindicales, o de éstos y del empleador en su caso, las acciones que atenten contra la libertad sindical, entendiéndose por tales, entre otras, las siguientes: [...] f) Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece este Código de mala fe o con abuso del derecho”.

c) Limitación a los contratos de plazo fijo discontinuos.

De acuerdo al artículo 159 N° 4 del CdT, “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos; [...] 4.- Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.” A su vez, el inciso tercero y cuarto del artículo 159 N° 4 del CdT, señala que; “Tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años.

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.”

Por lo tanto, dependiendo el caso, el contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año o de dos años, pudiéndose renovarse sólo una vez más luego del primer contrato, y transformándose en indefinido en caso de seguir el trabajador en sus funciones, una vez vencido el plazo del contrato. Todo ello en función del principio de continuidad laboral, el cual posee como principal manifestación la preferencia de los contratos de duración indefinida.⁶⁸ Sin embargo, también en este caso puede ser subvertido el objetivo de la norma, de preferir la naturaleza indefinida del contrato de trabajo, al dejar de aplicar la regla de conversión de contrato de plazo fijo en uno indefinido, al dejar espacios de tiempo entre un contrato de plazo fijo y otro. En este caso, al no ser estrictamente hablando una renovación, no se pueden aplicar las hipótesis de conversión antes señaladas. Por eso, el

⁶⁸ Javier Arévalo Vela, *Tratado de Derecho Laboral, Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Penal del Trabajo*. Instituto Pacífico, s.f. 103; “El principio parte de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que no se agota con una sola prestación, sino que tiene vocación de continuidad en el tiempo. Este principio busca la conservación del vínculo laboral en beneficio del trabajador hasta surja una causal prevista en la ley que origine su extinción”

legislador, en el artículo 159 N° 4 inciso segundo del CdT, establece la siguiente regla; “[e]l trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida.” En este caso, aunque el empleador haya dejado espacios entre un contrato y otro, con objeto de dejar de aplicar de conversión, igualmente podrá aplicársele una regla de conversión si se da la hipótesis de la norma recién citada.

Ahora bien, esta norma recién presentada tiene un gran parecido de familia con la doctrina del abuso del derecho, pero parece más bien un caso de prohibición de fraude a la ley, pues en primer lugar el legislador busca que la renovación de los contratos de plazo fijo se efectúe dentro de ciertos márgenes de razonabilidad, estableciendo ciertos plazos máximos y cierto número máximo de renovaciones. Lo que la norma del inciso segundo del artículo 159 N° 4 busca, es que el empleador presente una realidad distinta a la que realmente se verifica, para que se dejen de aplicar las normas legales al hecho que se pretende velar, cual es la conversión del contrato de plazo fijo en uno indefinido. Por eso, ésta parece ser más bien una hipótesis de proscripción de fraude a la ley, y no de proscripción de abuso del derecho.

d) Prácticas antisindicales efectuadas por los trabajadores.

En los casos anteriores, hemos estudiado normas que proscriben el abuso del derecho, pero sin que éstas aludieran explícitamente a este objeto. La proscripción del abuso que se ve en ellas, es una interpretación que hacemos, atendido el objeto de cada una de estas normas, esto es, que el ejercicio de derecho se mantenga dentro de los cauces normales, de acuerdo a la intención del legislador al establecer la norma, y no pueda ser usado de manera tal que la hipótesis aparezca reconducirse a ella, pero contradiciendo o apartándose de su espíritu. Ahora bien, en el contexto de las prácticas antisindicales, existe otra norma que proscribe el abuso del derecho, pero lo dice explícitamente, estableciendo una hipótesis general de prohibición de abuso del derecho o mala fe, en el ejercicio de los derechos sindicales. En efecto, el artículo 290 letra f) del CdT proscribe explícitamente la mala fe o el abuso del derecho, señala; “Serán consideradas prácticas antisindicales del

trabajador, de las organizaciones sindicales, o de éstos y del empleador en su caso, las acciones que atenten contra la libertad sindical, entendiéndose por tales, entre otras, las siguientes: [...] f) Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece este Código de mala fe o con abuso del derecho”.

En los literales anteriores hemos discutido el caso de las normas de los artículos 221 inciso cuarto y artículo 238 del CdT, que establecen reglas que tienen por objeto evitar que los fueros de constitución sindical y de candidatura a la directiva sindical, sean usados con propósitos distintos a los del ejercicio de la libertad sindical. Sin embargo, no son esos los únicos casos en que los derechos de libertad sindical puedan ser usados con otros propósitos, de mala fe o con abuso del derecho, cualquier prerrogativa sindical que sea usada para un propósito distinto que el ejercicio de la libertad sindical, será ilegal o ha sido efectuado con abuso del derecho. Es más, inclusive en aquellos en que se han respetado las limitaciones establecidas en los artículos mencionados, esto es, la solicitud de ministro de fe para la constitución de un sindicato interempresa, o el límite de dos veces anuales para la aplicación de fuero por candidatura a elección de directorio, puede perfectamente verificarse un abuso de derecho, en cuyo caso, tampoco debería aplicarse el fuero.

1.2. Interpretación administrativa en base al abuso del derecho.

La Dirección del Trabajo también ha razonado en base a la doctrina del abuso del derecho, no mencionando derechamente dicha doctrina, pero sí haciéndolo de acuerdo a la hipótesis base de la doctrina del abuso del derecho, esto es, el ejercicio de una prerrogativa legal fuera de los contornos de la intención del legislador o de los principios legales que le sirven de base. En efecto, respecto del ya mencionado caso del sindicato del día después, la Dirección del Trabajo tuvo oportunidad de pronunciarse en el ordinario N° 5357/245, de 12 de diciembre de 2003, señalando que:

“La finalidad que tuvo en vista el legislador para establecer el fuero de que gozan los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, ha sido la de fomentar la actividad sindical, procurando la debida protección de los constituyentes de una

organización, otorgándoles estabilidad laboral durante los períodos previo e inmediatamente posterior a dicha constitución”. [...] “No obstante, lo expresado en párrafos que anteceden en caso alguno puede importar la utilización de dicha norma para amparar situaciones como las descritas por el recurrente, que implican una transgresión a los fundamentos que se tuvo en vista para su establecimiento”.

En consecuencia, para la jurisprudencia administrativa, explícitamente o implícitamente, es usada la doctrina del abuso del derecho para dejar de aplicar las normas a casos que pueden, *prima facie*, reconducirse a su tenor literal, pero que contrarían el espíritu de la misma.⁶⁹

1.3. El abuso del derecho en la jurisprudencia judicial.

a) El caso de la nulidad de despido interpuesta por gerente general.

Otro caso de abuso del derecho se ha verificado en el caso conocido por la jurisprudencia, en virtud del cual el gerente general de una empresa, ha demandado a su empleador, por nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, en virtud del artículo 162 inciso quinto del CdT. El problema que surge es que, en su calidad de gerente general, él era precisamente la persona encargada de pagar las cotizaciones previsionales, por lo tanto, la demanda por nulidad de despido que el ex trabajador interpuso, suponía que estaba en realidad aprovechándose de su propio dolo. En efecto, la CA de Santiago, Rol N° 1.766-2012, de 28 de enero de 2013:

⁶⁹ Ver Eduardo Yáñez Monje. *El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 (4), 2011, p. 199; “Concentrados ahora sobre este caso concreto, es evidente que las normas sobre fuero sindical es aplicable al caso normal, en que dirigentes y trabajadores afiliados usan el sindi-cato para los fines que naturalmente les corresponde [como aquellos enumerados en el artículo 220 del CdT u otra finalidad legítima en atención a que la enumeración no es taxativa], pero no es aplicable al caso extravagante, en que es usado como escudo contra el despido, pero sin la intención de llevar a cabo actividad sindical.”

“Que de lo anterior resulta que mientras el demandante, ejerció el cargo de gerente general, la sociedad anónima que gerentaba y dirigía y con la cual además estaba vinculado laboralmente, no pagó las cotizaciones previsionales de abril de 2012; responsabilidad que, de acuerdo a las normas legales citadas, se haría efectiva respecto de su persona en caso de ser requerido judicialmente. A saber, a él se le habría notificado la demanda y en caso de decretarse apremios personales, los habría sufrido en su persona. Que de lo anterior resulta que si el demandante era el responsable del pago de dichas cotizaciones, su no entero no puede beneficiarle a la hora de invocar que el despido que le afectó adolece de la sanción de nulidad de los incisos quintos al séptimo del artículo 162 del CdT, por cuanto al momento de no pagar, la responsabilidad legal por dicho incumplimiento caía directamente sobre él. Que así las cosas, resulta que la sanción de nulidad del despido, no ha sido prevista para estos casos en que el trabajador y el responsable del entero de la cotización, es la misma persona, como ocurre en esta situación. (Considerandos 10, 11 y 12 de la sentencia de la CA).

La CA de Santiago hace uso de un razonamiento que es el propio del abuso del derecho, esto es, el caso parece reconducirse al tenor literal de la norma, pero contradice su espíritu o intención, por lo tanto, se le deja de aplicar en función de la norma misma, constituyendo una excepción implícita. Pretender reconducir la hipótesis a la norma, constituye un caso de abuso del derecho. En efecto, la CA de Santiago señala; “la sanción de nulidad del despido, no ha sido prevista para estos casos en que el trabajador y el responsable del entero de la cotización, es la misma persona, como ocurre en esta situación”.

b) Aplicación extensiva del contrato de obra o faena.

La ley N° 21.122, de 28 de noviembre de 2018, señala qué debe entenderse por obra o faena, llenando un vacío en la legislación que permitía pactar contratos por obra o fana en hipótesis en que las labores no poseían la determinación o especificidad necesaria para ser

considerados propiamente contratos por obra o faena. Al respecto, define contrato por obra o faena de la siguiente manera:

“El contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquélla. Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.”

Esta reforma legal tiene por objeto resolver una discrepancia jurisprudencial en torno a qué debe entenderse por contrato por obra o faena, atendido que la legislación laboral no contemplaba un concepto de contrato por obra o faena. Sin embargo, no obstante la definición legal recién transcrita, sigue existiendo discrepancia en la jurisprudencia judicial respecto a qué hipótesis deben entenderse como un legítimo contrato por obra o faena y cuáles no. Aparentemente, la definición legal no fue suficiente para saldar la disyuntiva. La CS, en fallo de unificación de jurisprudencia Rol: 23011-2018, de 5 de diciembre de 2019, señala en el considerando quinto del fallo que acoge el recurso de unificación de jurisprudencia que;

“Que el contrato por obra o faena, que no se encuentra definido en el CdT, se caracteriza porque su objeto es la ejecución de una obra material o un servicio determinado que, por su naturaleza propia, tiene el carácter de transitorio o temporal. Son obras en que es posible reconocer un principio y un fin, el que viene dado por la conclusión de la obra que se ejecuta o del servicio que se presta, debidamente explicitada en el contrato. En consecuencia, concurriendo la especificación de las faenas, su transitoriedad y el conocimiento que el trabajador contratado para realizar tales faenas tenía de la naturaleza de los servicios que debía prestar y que el término de la relación laboral coincide con el término de la obra o faena por la cual se contrató al trabajador, la vinculación debe calificarse de contrato por obra o faena. En opinión de este tribunal, no es obstáculo para efectuar

tal calificación, la circunstancia de que los servicios para los cuales se contrata al trabajador estén insertos o se justifiquen por el desarrollo de una obra o servicio que el empleador se ha obligado a realizar para un tercero, en la medida que su transitoriedad esté debidamente explicitada en su contrato de trabajo, de manera que se pueda presumir el conocimiento del trabajador. En dicho evento, como la vinculación laboral tiene su fuente u origen en un servicio u obra específica convenida por el empleador con un tercero, no puede sino entenderse que la labor para la cual fue contratado el trabajador, cumplidas las condiciones ya expuestas, termina con la conclusión de dicha obra, faena o servicio.” (Considerando 5º sentencia que acoge el recurso de unificación de jurisprudencia, CS);

El contrato que fue calificado como obra o faena, decía relación con labores de asesoría prestado a un organismo del Estado, a través de un contrato que la empresa demandada se adjudicó. Así entonces, la adjudicación de un contrato es sin duda un hecho transitorio, y que podría calificar como contrato por obra o faena, pues es “una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella”. Sin embargo, el razonamiento no presta atención a si las labores propiamente tales son transitorias o específicas, sino si el contrato adjudicado tenía una fecha determinada de duración. Por esta razón, el voto disidente de la ministra Andrea Muñoz, señaló que el contrato de obra o faena para ser calificado como tal deben ser “necesariamente transitorios o de limitada duración”. Así, señala en el considerando cuarto de su voto disidente que:

“Que, las reflexiones anteriores permiten concluir que los servicios que pueden dar lugar a que opere la causal prevista en el N° 5 del artículo 159 del CdT, deben ser necesariamente transitorios o de limitada duración, de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de, o la conversión en, un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley. Dicha conclusión, implica dar el verdadero alcance a los contratos por obra o faena, ajustándolos al espíritu del legislador laboral, que los previó en forma excepcional y evitar que éstos puedan ser utilizados

para eludir las indemnizaciones previstas para los de duración indefinida, por la vía de invocar el conocimiento que tenía el trabajador de las condiciones en que se lo contrata o la temporalidad que pueda afectar al empleador en sus vinculaciones con terceros, desde que con ello se estaría permitiendo la renuncia a derechos que son irrenunciables”. (Considerando cuarto voto disidente Ministra Andrea Muñoz).

En efecto, si bien los considerandos citados no son explícitos en señalar cuál es el criterio que ayuda a calificar realmente como contrato por obra o faena, señalando criterios un tanto generales como “necesariamente transitorios o de limitada duración”, es nuestra opinión que el contrato por obra o faena es tal si la *naturaleza* del servicio es transitoria o de limitada duración. En cambio, si la naturaleza de los servicios es permanente, pero se hace depender su duración de un hecho externo limitado en el tiempo, como la adjudicación de un contrato, esto no lo torna necesariamente en un contrato por obra o faena, porque la naturaleza del servicio que se presta no es transitoria o específica. En consecuencia, si se aplica la figura del contrato por obra a una hipótesis que no corresponde a su sentido y alcance, entonces se está incurriendo en un abuso del derecho, en este caso, por parte del empleador, pues pretende valerse de una facultad legal, la posibilidad de celebrar un contrato por obra o faena, para un caso que parece estar comprendido en principio en dicha facultad legal, pero que en el fondo contraría su espíritu, evadiendo con ello la aplicación de normas legales, como las indemnizaciones por término de contrato aplicable a la finalización de un contrato indefinido.⁷⁰

⁷⁰ Ver Excma. Corte Suprema, Rol: 23011-2018, de 5 de diciembre de 2019, considerando tercero, voto disidente; “Que, como sostiene acertadamente una antigua sentencia de esta Corte, “el CdT, en relación con los contratos por obra o servicio determinado, no contempla, como en los a plazo, normas que regulen su transformación en contratos de duración indefinida. Pero la ausencia de tales normas no obsta para que el intérprete pueda establecer o desprender los racionales límites temporales de los contratos por obra o servicio determinado, o eventualmente, su transformación en contratos de duración indefinida”, que es lo que ha ocurrido en la especie. Continúa dicho fallo señalando, que “compete que se señalen tales límites racionales, pues doctrinariamente y también conforme a nuestro derecho positivo, el principio de la continuidad de la relación laboral muestra, como una de sus manifestaciones, la preferencia por los contratos de duración indefinida, los que otorgan una mayor protección al trabajador, especialmente en el difícil momento del despido e inicio de una situación de desempleo”. Tales límites racionales se fundamentan, nos recuerda la referida sentencia, citando al autor uruguayo Américo Plá, “en la convicción, cada vez más arraigada y generalizada, de que debe ser la duración real del trabajo, y no la voluntad de las partes, la determinante de la extensión en el tiempo del contrato” (Corte Suprema rol N° 1.256 2002)”.

CAPÍTULO IV.

El caso de la doctrina de los actos propios.

En términos generales, la doctrina de los actos propios prohíbe al agente ejecutar una acción contradictoria con una actuación anterior, si la actuación anterior es válida, eficaz y relevante para el derecho, y si es que ha generado una expectativa legítima en el otro contratante, de que actuará en lo sucesivo de manera consistente con dicha acción.⁷¹ En el caso del Derecho del Trabajo, normalmente se ha usado la doctrina de los actos propios para enervar la acción de declaración de relación laboral, por parte de supuestos trabajadores que, en principio, consistieron en que la calificación del contrato fuera de honorarios. En general, la doctrina laboralista se ha mostrado contraria a la aplicación de dicha doctrina, en función del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Según Toyama, “El ejercicio de la autonomía privada debe ser tal que no colisione con normas de carácter imperativo o, como señala la doctrina de orden público -el mismo que sólo se puede determinar en cada caso-. Uno de los límites del derecho laboral a la autonomía privada es el principio de irrenunciabilidad”.⁷² En opinión de quien escribe, los autores laboralistas usan la nueva terminología de los derechos fundamentales en sus razonamientos jurídicos, razón por la cual mencionan la palabra *colisión*, al hablar de dos instituciones que están aparentemente en conflicto en un caso determinado; así por ejemplo, se señala también que; “tenemos dos importantes principios jurídicos, derechos irrenunciables y prohibición de abuso del derecho, de equivalente rango que, en este caso, se contraponen entre sí, pero que a su vez para resolver la presente controversia ninguno de ellos debe ser excluido”.⁷³ En efecto, para resolver la controversia adecuadamente, sí debe llegarse a excluir la aplicación de uno u otro, pero es claro al mismo tiempo que, *prima facie*, al no tener claridad sobre cuál es el alcance de ambos *principios* jurídicos, hay una aparente contradicción que debe ser resuelta, debiendo fijarse para ello el respectivo ámbito

⁷¹ Eduardo Caamaño Rojo. “Otra vuelta de tuerca a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la doctrina de los actos propios en materia laboral”. Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo, 4, 2009, s.p.

⁷² Jorge Toyama Miyaguzuku. “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad”. *Ius et Veritas* 22, p. 165.

⁷³ *Ibíd.* 176.

objetivo de aplicación y determinar cuál debe ser excluida, pero, en principio, ambas instituciones deben entrar en el razonamiento, sin que ninguna de ellas sea excluida a priori, aunque sí a posteriori.

La aplicación de la doctrina de los actos propios en materia de derecho del trabajo, en particular cuando se trata de la calificación de la relación contractual, ha sido severamente criticada por la doctrina laboralista, en particular por dejar sin efecto el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, establecido en el artículo 5 inciso 2° del CdT; (“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”). Dicho principio de irrenunciabilidad se vería afectado, porque la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8° del CdT, constituye una presunción irrenunciable para el trabajador, (Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo), no pudiendo, por consiguiente, renunciar a dicha presunción de laboralidad. Por lo tanto, si se verifica una relación contractual con los elementos del artículo 7° del CdT (prestación de servicios, remuneración, subordinación y dependencia), no es lícito que el trabajador concurra a calificar la relación de manera distinta a la laboral, porque la presunción del artículo 8 del CdT se lo impide, pues no puede renunciar a dicha presunción de laboralidad. Luego, como la calificación errónea del vínculo no es jurídicamente eficaz, es posible que el trabajador actúe de manera contradictoria y exija la calificación laboral del vínculo. Pero al contrario, la CS ha razonado desde hace un tiempo que si el trabajador ha consentido durante mucho tiempo en la calificación del contrato como de honorarios, entonces no puede válidamente contradecir su anterior manifestación de voluntad, y requerir la calificación del vínculo como laboral. Así, la CS, en la causa rol N° 771-2005, de 25 de octubre de 2006, señala en su considerando décimo sexto:

“Que, finalmente, atendido el número de contratos celebrados entre las partes durante cuatro años y que denota la voluntad inequívoca de éstas de mantener en el tiempo el mismo tipo de vinculación, resulta procedente aplicar en autos, tal como lo ha hecho esta Corte en casos similares, los principios de la doctrina llamada de los actos propios, que asigna efectos ineludibles a determinadas conductas previas, y cuyo origen y objetivo, se explica precisamente en la primacía del principio de la

buena fe, del cual se encuentra imbuido no sólo la legislación laboral, sino que todo nuestro ordenamiento jurídico.”

Sin embargo en virtud de los argumentos revisados más arriba, la doctrina laboralista critica arduamente esta visión de la CS. Así Caamaño señala, al preguntarse si es posible que el acuerdo de la voluntad de las partes al calificar el vínculo como civil, pueda tener primacía sobre las normas irrenunciables del CdT:

“Desde una óptica iuslaboralista, la respuesta a esta pregunta debe ser siempre negativa, pues de conformidad al inciso 1º de la disposición mencionada: “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de una relación laboral”. Por lo tanto, establecido en los hechos que una persona presta servicios personales bajo dependencia y subordinación de otra, quien paga una remuneración por tales servicios, se presume legalmente la existencia de un vínculo laboral entre ellos. Esta norma que consagra la presunción de laboralidad es un presupuesto indispensable para asegurar la eficacia de la legislación laboral y, al mismo tiempo, es una consagración clara del principio de primacía de la realidad”.⁷⁴

En efecto, si revisamos los requisitos de aplicación de la teoría de los actos propios, es posible razonar que, efectivamente, su aplicación sin mayores distinciones ni matices, podría dejar sin efecto normas laborales irrenunciables. La doctrina civilista más autorizada establece los principales criterios y requisitos para aplicar o excluir la doctrina de los actos propios. En efecto, según Hernán Corral Talciani:

“para que pueda aplicarse la teoría como manifestación del principio de buena fe. Exigen los siguientes elementos:

- 1º) Que la primera conducta sea jurídicamente relevante, válida y voluntaria.
- 2º) Que ella produzca objetivamente un estado de hecho que permita generar confianza o expectativas legítimas.

⁷⁴ Eduardo Caamaño Rojo. “Doctrina de los Actos Propios en Materia Laboral”, p. 269.

3°) Que la segunda conducta sea contradictoria o incoherente con la primera y con ella se pretenda ejercer un derecho, facultad o pretensión.

4°) Que exista identidad entre el sujeto que desarrolló la primera conducta y el que ahora pretende desconocerla con un hecho contrario”.⁷⁵

En la hipótesis en análisis, en que el supuesto trabajador reclama la declaración de contrato de trabajo respecto de una relación contractual que en principio consintió como civil, se dan efectivamente varios de los elementos para la aplicación de la doctrina de los actos propios, reseñados por Corral Talciani. En concreto, existe una actitud contradictoria del trabajador respecto de la calificación primero como civil y luego como laboral, trabajador que es, desde luego, el mismo sujeto en uno y otro caso. Con ello se verifican los requisitos números tres y cuatro señalados más arriba. Sin embargo, la verdadera discusión gira en torno a la verificación del primer requisito, lo que redundará en el análisis sobre la verificación del segundo requisito. En efecto, si el artículo 8 CdT presume que la relación contractual es de carácter laboral, si se dan los elementos establecidos en el artículo 7 del CdT (servicios, remuneración y subordinación y dependencia), presunción a la que no puede renunciar en virtud del artículo 5° del CdT, entonces difícilmente puede concurrir a calificar válidamente el vínculo como civil, si se dan los elementos del artículo 7° del CdT. Luego, si dicha actuación no es válida, tampoco puede la contraparte tener la expectativa legítima de que el trabajador será consistente con su actuación anterior.

Se puede discutir qué tipo de presunción es la que establece el artículo 8 del CdT. Por ejemplo, en la hipótesis de que se trata de una presunción simplemente legal, eventualmente, el empleador puede ofrecer prueba en contrario, señalando que el trabajador realmente consistió en que la relación contractual se calificara como civil y no laboral. Si la presunción del artículo 8 del CdT fuera simplemente legal, entonces la doctrina de los actos propios tendría lugar en el contexto de la calificación de la relación contractual, pues el trabajador no puede contradecir su anterior manifestación de voluntad, la que sería válida, pues sería un hecho contrario a una presunción que es simplemente legal, destruyendo con ello la presunción. A su vez, si la presunción fuera simplemente legal, entonces se

⁷⁵ Hernán Corral Talciani. “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia”. *Cuadernos de extensión jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios* N° 18, 2010. Santiago: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, p. 106.

transformaría en renunciable, pues puede el empleador probar que el trabajador ha manifestado válidamente su voluntad en este sentido. Lo anterior sería contrario al mandato de irrenunciabilidad del artículo 5° inciso 2° del CdT.

Consistente con el carácter irrenunciable de los derechos laborales, sería pertinente considerar la presunción del artículo 8° del CdT como una presunción de derecho, esto es, que la calificación que las partes hacen del vínculo contractual, en tanto laboral, no admite ningún tipo de prueba en contrario. Sólo de esa manera no se contraría el carácter irrenunciable del artículo 8° del CdT. Otra manera, sería considerar el artículo 8° del CdT, como una ficción legal, esto es, en el evento de verificarse una relación contractual en que concurren remuneración y servicios prestados bajo subordinación y dependencia, el legislador no presume cuál sería la voluntad real de las partes en la calificación contractual en circunstancias ordinarias, sino que simplemente establece la ficción de que la calificación contractual se efectuará en ese sentido, aunque aquello no sea lo que ordinariamente ocurre. Tampoco en dicho caso se contraría el carácter irrenunciable del artículo 5° inciso 2 del CdT.

Por otro lado, existe la posibilidad de considerar la presunción (ficción) del artículo 8° del CdT, como una norma simplemente redundante, pues si el artículo 7° del CdT establece un concepto de contrato de trabajo, y el artículo 8° establece que si se dan los elementos de un contrato de trabajo nos encontramos precisamente ante un contrato de tal naturaleza, no parece existir una función real para el artículo 8°. Sin embargo, lo que el artículo 8° del CdT presume (o cuya ficción establece) es la calificación jurídica que le dan las partes, esto es, el artículo 7° del CdT establece un concepto de trabajo de trabajo, y adicionalmente, el artículo 8° señala que si se dan los elementos del concepto de trabajo de trabajo, las partes le han dado precisamente dicha calificación jurídica. Ese es el hecho desconocido que se deriva de los hechos conocidos (remuneración, servicios, subordinación y dependencia).

En consecuencia, pareciera más plausible la tesis de que la presunción del artículo 8° del CdT, constituye una presunción de derecho o una ficción legal, de manera tal que no es posible dejar sin efecto dicha presunción o ficción, bajo el argumento de que el trabajador ha manifestado una voluntad contraria a dicha presunción, dicha manifestación de voluntad no sería válida, ni eficaz, ni relevante.

En efecto, la jurisprudencia judicial especializada, en función del principio de irrenunciabilidad de los derechos, excluye en este caso la aplicación de la teoría de los actos propios, lo que redundaría en la imposibilidad de que el trabajador concorra a calificar el contrato de trabajo como uno de naturaleza distinta al que es. Así, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, rol O-549-2019, de 16 de abril de 2020:

“Por las mismas razones cualquier alegación en torno a la doctrina de los actos propios debe ser desestimada considerando que, no corresponde a las partes calificar jurídicamente los pactos celebrados entre ellas. Las cosas en derecho son lo que son y no lo que los contratantes expresan que son. Establecida la laboralidad de una relación, cualquier pacto que le dé una denominación diversa y no reconozca los mínimos legales es inválido, ineficaz a la luz del artículo 5 del CdT que consagra la irrenunciabilidad de los derechos laborales. La aplicación de la teoría de los actos propios en la instancia de develamiento de una relación laboral no resulta aplicable toda vez que, al ser una institución proveniente del derecho común, se construye sobre una base dogmática distinta: la de la igualdad jurídica de las partes. Cuestión que no ocurre con un trabajador que al contratar le afecta una reconocida inferioridad económica, durante su ejecución se agrega una inferioridad jurídica (derivada de su subordinación) y al término del mismo una inferioridad probatoria, al radicarse todos los documentos e instrumentos en la sede empresarial y siendo generados normalmente bajo los términos que el empleador impone” (Considerando décimo Juzgado de Letras del Trabajo).

La tesis de la jurisprudencia judicial recién reseñada, es la tesis predominante tanto en jurisprudencia como en la doctrina. Sin embargo, cabe hacer un análisis más detenido sobre su aplicación, tanto respecto de la tesis que la aplica al ámbito del derecho del trabajo, como de aquella que la excluye. Respecto de la doctrina que se ha ocupado seriamente del asunto, la aplicación de la doctrina de los actos propios ha tenido una aplicación concreta poco reflexiva por parte de la jurisprudencia, pues en todos los casos en que se aplica, se puede rechazar la pretensión del actor en virtud de otros argumentos, o derechamente no se dan los requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. Así

entonces, según Padilla Parot, en los casos en que se ha aplicado la doctrina de los actos propios, se pueden observar las siguientes características: “1) quién interpone la conducta contradictoria carece del derecho subjetivo para hacerlo; 2) existe una institución jurídica que resuelve la controversia, no siendo su aplicación una forma de residualidad o subsidiariedad; 3) no existe identidad de sujetos.”⁷⁶ Por lo tanto, es muy difícil encontrar casos en que la doctrina de los actos propios haya sido usada de manera fidedigna.

En el caso del Derecho del Trabajo, según López Oneto, los críticos de la aplicación de la doctrina de los actos propios no distinguen, en los casos que comentan, si la aplicación de la doctrina de los actos ha servido más bien como argumento *obiter dicta*, en circunstancias que la mayor parte del tiempo ese ha sido el caso.⁷⁷

Adicionalmente, López Oneto subraya que la doctrina laboral al argumentar en contra de la aplicación de la doctrina de los actos propios, absolutiza el carácter tutelar del Derecho del Trabajo, dejando sin aplicación el ordenamiento jurídico en general del que forma parte, excluyendo con ello, impropriamente, los principios de la buena fe y del abuso del derecho. En este punto, señala López, también la irrenunciabilidad de los derechos reconoce límites, en casos de evidente abuso del derecho en torno al principio de irrenunciabilidad.⁷⁸ Sin embargo, paralelamente, critica la doctrina que defiende la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues en dicho caso, no reconocen la eficacia real del principio de irrenunciabilidad de los derechos, pues suponen que el trabajador puede tomar válidamente la decisión de calificar el vínculo como civil a pesar de que concurre la subordinación y dependencia.⁷⁹

⁷⁶ Ricardo Andrés Padilla Parot. *Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios*. Revista Chilena de Derecho Privado 20, 176.

⁷⁷ Marcos López Oneto. “La Teoría de los Actos Propios en el Derecho del Trabajo Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, n° 2 (2016), 555; “Lo que caracteriza a estos casos, y es el motivo porque los clasificamos como *obiter dicta*, es que la Corte decide el asunto básicamente acudiendo a otros argumentos diferentes de la TAP; teoría de la cual podría prescindirse e igualmente arribarse a la misma conclusión. De ahí, por ejemplo, el uso de la fórmula verbal “corroborase”, dando a entender que ya tiene (o viene) decidido el caso por otras razones”.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 558.

⁷⁹ *Ibíd.* p. 559; López señala, objetando a Gajardo Harboe, que; “Nos parece que los argumentos de GAJARDO son objetables, al menos, por las siguientes razones: la irrenunciabilidad de los derechos laborales efectivamente significa legal y constitucionalmente que hay ciertas decisiones que los trabajadores y los empleadores, simplemente no pueden tomar. Pero no lo pueden hacer, no porque la Ley los considere incapaces o pretenda defenderlos de sí mismos, sino porque entiende que existe un interés público que impide el tráfico jurídico de ciertos bienes laborales protegidos.”

Existen casos, no obstante, en que la irrenunciabilidad de los derechos parece tener límites, límites que se encuentran en la buena fe y en la doctrina del abuso del derecho. López cita el caso del gerente general que solicita se declare que el contenido del contrato de trabajo es el declarado por él en su demanda, por aplicación del artículo 9 del CdT, pues su contrato no se encontraba escriturado. En dicho caso, sobre el propio trabajador demandante recaía la obligación de escriturar el contrato de trabajo, por lo tanto, difícilmente puede reclamar para sí la aplicación de una institución basada en un incumplimiento propio, pues dicha acción es contraria a la buena fe y efectuada con abuso de los derechos laborales.⁸⁰

Ahora bien, habría que analizar concretamente cuál es la relación entre la doctrina de los actos propios y la doctrina del abuso del derecho, pues parecen ser instituciones en apariencia complementaria, pero que abordan el fenómeno jurídico desde distintos ángulos. En efecto, la doctrina de los actos propios supone que existe una actuación jurídica válida, eficaz y relevante, y una acción contradictoria con ésta, igualmente válida, pero ilegítima pues se contrapone con las expectativas razonables de la contraparte contractual. En cambio en el caso del abuso del derecho, dado que se ejerce un derecho fuera de su motivación política, social y económica, entonces el derecho que se pretende ejercer no es válida, ni eficaz ni relevante, es el ejercicio aparente de un derecho, pero fuera de sus márgenes normativos. En este caso, el gerente general no cuenta con el derecho subjetivo para solicitar la presunción del artículo 9 del CdT, pues dicha presunción encuentra su excepción implícita en el caso de que el trabajador que solicita dicha presunción, era precisamente quien se encontraba en la obligación de escriturar dicho contrato de trabajo. Es exactamente el mismo caso comentado páginas más atrás respecto del gerente general que demandó la nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales; el artículo 162 inciso 5° del CdT también encuentra una excepción implícita en aquel trabajador que está en posición de pagar las cotizaciones previsionales. Por lo tanto, si se pretende ejercer un derecho sin tomar en consideración dichas excepciones implícitas, se estaría incurriendo en un abuso del derecho.

La presunción del artículo 8 del CdT puede tener excepciones implícitas. Por ejemplo, en algunos casos, puede probarse que los propios trabajadores son quienes buscan

⁸⁰ *Ibíd.* p. 562.

mantener la vinculación contractual fuera de los contornos del derecho del trabajo, por diversas razones de índole práctico. En dicho caso, nos parece que no aplica la presunción de la calificación contractual establecida en el artículo 8° del CdT, pues esta aplica al caso normal, en que los trabajadores por su falta de capacidad negociadora no tienen poder para calificar el vínculo contractual. El legislador parte de la base que toda persona que presta servicios bajo subordinación y dependencia, no tienen poder negociador para calificar el vínculo contractual, por lo tanto establece una presunción de derecho (o ficción legal) con efectos generales, calificando a priori la relación contractual como laboral, pero como toda norma, esta posee una excepción implícita, en aquellos casos en que los trabajadores muestran la necesidad de calificar el vínculo contractual de manera distinta a la laboral, siempre y cuando tal circunstancia se pueda probar fehacientemente. En dicho caso, al pretender el trabajador solicitar a posteriori la declaración judicial de la relación laboral, estaría incurriendo en abuso del derecho, pues si el propio trabajador propicia la huida del derecho del trabajo, no le es lícito pretender revertir a posteriori la calificación contractual. En dicho caso, dicha actuación previa sí sería válida, eficaz y relevante, y aplicable a su respecto la doctrina de los actos propios, no siendo entonces lícito ir contra sus propios actos. En este punto, la doctrina de los actos propios y la doctrina del abuso del derecho son confluente.

Sin embargo, si bien la doctrina de los actos propios y la doctrina del abuso del derecho, están basadas en la buena fe, y en ese sentido son confluente en su objetivo, son técnicas distintas. En el caso de los actos propios, se limita el derecho desde fuera, creando una excepción basada en un principio externo como el de la buena fe. En dicho caso, se limita desde fuera el derecho subjetivo del trabajador, porque es contradictorio con una actuación válida, eficaz y relevante previa, y contradice las expectativas legítimas del otro contratante. En cambio, en el caso del abuso del derecho, si bien dicha institución puede tener su basamento en la buena fe, pues esta exige ejecutar fielmente las obligaciones y ejercer los derechos conforme a su propósito, la limitación al derecho viene desde adentro, interpretando la verdadera finalidad del derecho subjetivo, y declarando que la acción del agente, queda fuera de los contornos de la norma, correctamente interpretada.

Para la doctrina, ambas instituciones están perfectamente relacionadas. Para López Oneto, en su razonamiento para defender la doctrina de los actos propios en el derecho del

trabajo, señala que "dicha irrenunciabilidad no es absoluta, porque todo derecho reconoce límites y porque, además, en nombre de la irrenunciabilidad, no pueden ampararse situaciones que evidentemente entrañan un abuso de derecho".⁸¹ Por lo tanto, la doctrina de los actos propios es una herramienta para combatir el abuso del derecho, pero si miramos de cerca el fenómeno del abuso del derecho, y vemos en él una forma de limitación interna del derecho subjetivo, resulta que la aplicación del abuso del derecho, excluye la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues, tal como vimos en la cita de Padilla Parot, en la jurisprudencia judicial se usa impropia mente la doctrina de los actos propios, pues "quién interpone la conducta contradictoria carece del derecho subjetivo para hacerlo",⁸² que es precisamente lo que ocurre cuando se ejerce un derecho con abuso del mismo. En nuestra opinión, ambas doctrinas confluyen entre sí, pero desde vertientes distintas de ver el fenómeno del derecho o de la interpretación jurídica, la doctrina de los actos propios proviene de un enfoque principialista, o si se quiere, moralizante de ver el derecho, imponiendo límites externos al ejercicio del derecho, en virtud razones éticas o morales. En cambio, la doctrina del abuso del derecho, vista como una limitación interna del derecho, develando las excepciones implícitas del mismo, proviene de una concepción positivista de ver el derecho, evitando imponer límites morales desde fuera, sino que interpretando los alcances de la norma en función de la norma en sí, esto es, en función de su finalidad político y social. Por lo tanto, proviniendo desde dos vertientes distintas, ambas confluyen en un mismo objetivo, evitar la mala fe en el ejercicio de los derechos.

Conclusiones.

1. El principio general de la buena fe posee una aplicación indubitable en el Derecho del Trabajo, en particular, la faz objetiva de la buena fe, proveniente del artículo 1546 del CC. En virtud de dicha aplicación, se exige que el empleador y el trabajador adopten una actitud de lealtad en su trato recíproco, con miras al cumplimiento efectivo de las obligaciones de ambas partes.

⁸¹ *Ibíd.* p. 558.

⁸² Ricardo Andrés Padilla Parot. Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de Derecho Privado* 20, 176.

2. En efecto, la legislación posee diversas instituciones basadas en la buena fe, en particular, la legislación relativa a las prácticas antisindicales o desleales, suponen que tanto empleador como trabajador actúen lealmente en sus negociaciones, sin desmejorar subrepticamente la posición negociadora del otro, tanto a nivel de los derechos consagrados a las organizaciones sindicales y a sus dirigentes, como en el proceso de negociación colectiva propiamente tal.

Otra aplicación de la buena se encuentra en el artículo 160 N° 2 del CdT, que permite poner término al contrato de trabajo, si el trabajador efectúa negociaciones por su cuenta y riesgo, que se encuentran dentro del giro del negocio del empleador, que podrían ponerlo en una posición de competencia. El legislador supone, implícitamente, que la ejecución de buena fe del contrato de trabajo, exige ejecutarlo de manera tal que evite ponerse en competencia con el propio empleador. La misma fundamentación poseen las cláusulas de confidencialidad que se imponen al trabajador, respecto de la información sensible a la que pudiera acceder en el desarrollo del contrato de trabajo. Adicionalmente, se considera que las cláusulas de no competencia una vez terminado el contrato de trabajo, poseen fundamentación en la buena fe, pues el trabajador se compromete a no ponerse en una posición de competencia en contrato de su anterior empleador. Aunque en este caso, la aplicación de la buena fe parece ser más discutible, pues no existe ningún contrato en ejecución, que es la hipótesis en que piensa el artículo 1546 del CC para dar aplicación a dicho principio (los contratos deben ejecutarse de buena fe), pareciera ser más bien que, en este caso, el principio de la legislación común aplicable es el de la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, también las cláusulas de exclusividad parecen estar sustentadas en el principio de la autonomía de la voluntad más que en el principio de la buena fe, pues, si bien dicha cláusula persigue evitar que el trabajador incurra en una competencia desleal, o que desempeñe sus labores de manera adecuada sin una sobrecarga de trabajo (proveniente de un doble empleo), el carácter general y absoluto de la cláusula de exclusividad parece ir mucho más allá de la ejecución leal del contrato, y sustentarse más bien en una mera voluntad de ambas partes de suscribir una prohibición de ese tipo.

3. Por otro lado, en materia procesal, el CdT consagra una serie de normas que, sin mencionar explícitamente la buena fe, están basadas en ella, como la imposibilidad de solicitar la nulidad de un acto procesal, por parte de quien ha originado el vicio o concurrido a su materialización (artículo 429 del CdT); la responsabilidad por los perjuicios ocasionados por interposición de medias cautelares (artículo 444 del CdT); el rechazo de demandas manifiestamente prescritas (artículo 447 del CdT); la exclusión de prueba obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos (artículo 453 N° 4 del CdT); o la facultad de dar por acreditados hechos ante conductas de las partes que obstaculizadores la rendición de la prueba (artículo 453 N° 5, 454 N° 3 del CdT).

4. En otro orden de ideas, dado que la buena fe supone un actuar leal en el tráfico jurídico ordinario, eso también supone utilizar de buena fe los derechos establecidos en las leyes laborales, esto es, sin desviación de sus fines y conforme a su propósito social o económico. Con ello desembarcamos directamente en la doctrina del abuso del derecho, en cuya virtud, se proscribe la utilización de un derecho establecido en la legislación, que aparentemente se puede reconducir a la intención de la misma, pero que sólo se condice con su tenor literal, sin tener conexión con la intención del legislador. En el caso del Derecho del Trabajo, existen muchos ejemplos en que la doctrina del abuso del derecho recibe, implícita o explícitamente aplicación, tanto en la legislación como en la jurisprudencia. Explícitamente, en el caso de las prácticas desleales en que pueden incurrir los trabajadores, establecidos en el artículo 290 letra f) del CdT, que sanciona como prácticas desleales o antisindicales, el ejercicio de derechos sindicales por parte de los trabajadores, con mala fe o abuso del derecho. En este mismo orden de ideas, la jurisprudencia judicial que no reconoció los fueros de constitución sindical, en los denominados sindicatos del día después, fundaron dicho no reconocimiento en la buena fe, y específicamente en la doctrina del abuso del derecho, pues la constitución de sindicatos tenían sólo por objeto servir de escudo para el despido, pero no para ejercer ningún tipo de actividad sindical. Por lo tanto, no se podían aplicar dichos fueros de constitución sindical, pues su invocación se efectuaba sobre una hipótesis que no correspondía a su finalidad político-social. Por la misma razón, la reforma establecida a la negociación colectiva, por parte de la Ley N° 20.940, introdujo

un nuevo inciso cuarto en el artículo 221 del CdT, señalando que el fuero de constitución sindical de sindicato de interempresa se cuenta únicamente desde la solicitud reservada de ministro de fe. Con ello, el legislador se asegura de que los trabajadores efectivamente estén ejerciendo algún tipo de actividad sindical antes del despido. Esta exigencia, entonces, se efectúa con objeto de que los trabajadores no usen el fuero de constitución sindical con abuso del derecho.

También el caso del artículo 237 del CdT, que limita el fuero de elección de directorio sindical, a tan sólo dos veces por año respecto de un mismo trabajador, también constituye una norma basada en la proscripción del abuso del derecho, pues también en este caso, se usaba el fuero de elección de directorio sindical, no con objeto de desempeñar actividad sindical genuina, sino sólo con finalidad de lograr subrepticamente permanencia en el empleo, apartándose de la finalidad político y social de la norma.

5. También en el caso del artículo 159 N° 4 inciso 2° del CdT, el legislador laboral establece una norma limitativa del número de contratos discontinuos que pueden celebrar tanto trabajador como empleador, con objeto de no burlar las limitaciones establecidas para los contratos de plazo fijo continuos. En efecto, el legislador laboral limita el contrato de plazo fijo a uno o dos años según sea el caso, y limita a su vez la posibilidad de renovar dicho contrato sólo una vez. Luego, con objeto de que el empleador no extienda la utilización de contrato de plazo fijo más allá de las hipótesis establecidas por el legislador, se antepone a la posibilidad de que el empleador pretenda, subrepticamente, burlar las limitaciones impuestas para el contrato de plazo fijo. Esto parece ser, de todas formas, un caso de proscripción de fraude a la ley y no un caso de proscripción de abuso del derecho.

6. Otro caso de proscripción de abuso del derecho, esta vez proveniente de la jurisprudencia judicial, es aquel que limita la aplicación de la nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, al gerente general, pues dicho trabajador, en virtud de su posición en la empresa, es precisamente quien está en posición de cumplir con la obligación de pagar las cotizaciones previsionales, por lo tanto, de aplicársele la sanción de nulidad de despido respecto de aquel, éste se estaría aprovechando de su propio dolo. Por lo tanto, la norma del artículo 162 inciso quinto del CdT no ha sido pensada para aquel trabajador cuya

responsabilidad es dar cumplimiento a la obligación cuya omisión la norma sanciona, por lo tanto, la pretensión de usar dicha norma constituye un abuso del derecho.

7. En el caso de los contratos por obra o faena, también la jurisprudencia judicial ha limitado su aplicación a casos en que los servicios prestados poseen una naturaleza estrictamente finable, excluyendo la validez de aquellos contratos que pretenden poseer una naturaleza transitoria, haciendo depender su duración de circunstancias exógenas, como la duración de un contrato licitado, pero cuyas labores poseen más bien una naturaleza permanente. En este caso, el razonamiento efectuado opera implícitamente sobre la base de la doctrina de la proscripción del abuso del derecho, pues operando la legislación laboral sobre la base de los contratos de naturaleza permanente, siendo los contratos transitorios o de plazo determinado excepcionales, desestima ciertos contratos en tanto contratos de obra, pues transgreden los límites impuestos para un contrato de dicha naturaleza. En este caso, dichos contratos aparentemente pueden reconducirse a la hipótesis que la doctrina y la jurisprudencia ha construido para el contrato por obra o faena, pero apartándose de la finalidad de dicha construcción dogmática, que es construir una excepción real y razonable para los contratos de naturaleza permanente.

8. La doctrina de los actos propios constituye también una herramienta contra el abuso del derecho, pues limita la posibilidad que el trabajador solicite la declaración de laboralidad del vínculo, en circunstancias en que el mismo trabajador propició la huida desde el contrato del trabajo hacia un vínculo contractual de naturaleza civil. De esta manera, la doctrina de los actos propios sanciona la actitud contradictoria del trabajador, que generó legítimas expectativas en la contraparte contractual –el empleador- de mantener el vínculo contractual en la calificación que originalmente se le otorgó.

Sin embargo, cabe hacer ciertas precisiones. Normalmente el uso que se ha hecho de la doctrina de los actos propios, es para apoyar argumentativamente la decisión del tribunal de rechazar del vínculo contractual en tanto laboral, pero dicha decisión puede tomarse sobre la base de la ausencia de elementos probatorios que nos permitan inferir la existencia de la subordinación y dependencia, por lo tanto, la doctrina de los actos propios opera como argumento *obiter dicta*. No obstante, el argumento de la doctrina puede ser usada en otras

hipótesis en que se discute la naturaleza del vínculo contractual. Por ejemplo, en algunos casos, puede probarse que los propios trabajadores son quienes buscarían mantener la vinculación contractual fuera de los contornos del derecho del trabajo, por diversas razones de índole práctico. En dicho caso, nos parece que no aplica la presunción de la calificación contractual establecida en el artículo 8° del CdT, pues esta aplica al caso normal, en que los trabajadores por su falta de capacidad negociadora no tienen poder para calificar el vínculo contractual.

Bibliografía.

Arévalo Vela, Javier. *Tratado de Derecho Laboral, Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo del Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Derecho Penal del Trabajo*. Instituto Pacífico, s.f. 10.

Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2006).

Becar Labraña, Emilio José. “El principio de la protección de la buena fe en el Derecho Civil chileno”. Serie Creación. Documento de Trabajo N° 21. Universidad San Sebastián. Centro de Investigación para la Educación Superior (CIES), Santiago, 2017.

Caamaño Rojo, Eduardo. “Doctrina de los Actos Propios en Materia Laboral”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, Primer Semestre, 2009, 261-280.

Caamaño Rojo, Eduardo. “Otra vuelta de tuerca a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la doctrina de los actos propios en materia laboral”. *Estudios Laborales de Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo*, 4, 2009, s.p.

Cajas Ulloa, Alejandra Vania. La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo, 22 páginas. Disponible en <https://www.islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/La-prohibicion-Alejandra-Cajas.pdf>.

Chapman, Charles. “El abuso del derecho de asociación en la creación de sindicatos”. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, n° 22, 2004, s.p.

Cifuentes, Pablo. “El deber de buena fe en los procedimientos laborales: noción, manifestación y problemática”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 1, 2 (2010), 91-108.

Corral Talciani, Hernán. “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia”. Cuadernos de extensión jurídica. Venire contra factum proprium. Escritos sobre fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios N° 18, 2010. Santiago: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

Fernández Toledo, Raúl. “Problemas derivados de la constitución de sindicatos con fines ilícitos: cuatro cuestiones discutidas”. *Revista Ius et Praxis*, 21, N° 1, 2015, 377-422.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos Instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó)”. *Rev. Derecho* (Valdivia), 21 (2), 2008, 251-271.

Gajardo Harboe, María Cristina. “Buena Fe y Derecho del Trabajo”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Vol. 1, N° 2 (2010), 15-31.

García Calvo, Roberto. *Consideraciones sobre el abuso del derecho*. p. 3-10. Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344055787?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1975_1015.pdf&blobheadervalue2=1288775774416.

García Viña, Jordi. “La vigencia del principio de la buena fe en las relaciones laborales”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 7, (2013): 43-71.

Guzmán Brito, Alejandro. “La buena fe en el CC de Chile”. *Revista Chilena de Derecho* 29, 1 (2002): 21 y ss. Disponible en <file:///C:/Users/Pavilion/Downloads/Dialnet-LaBuenaFeEnElCodigoCivilDeChile-2650240.pdf>.

Irureta Uriarte, Pedro. Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, (2013), 213-250.

“Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”. *Revista Ius et Praxis*, 17, N° 2 (2011), 133-188.

“La prohibición de competencia y buena fe contractual”. *Estudios Laborales*, N° 1, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. LexisNexis, Santiago de Chile. 2007.

La buena fe en el Derecho Colectivo del Trabajo. Disponible en http://reader.digitalbooks.pro/content/preview/books/30582/book/OEBPS/Text/03_chapter03.html.

López Oneto, Marcos. “La Teoría de los Actos Propios en el Derecho del Trabajo Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, n° 2 (2016), 549-573.

Lluis y Navas, Jaime. La obligación laboral de buena fe, 1. Disponible en «<https://bit.ly/2XXfMje>»

Miranda Reyes, Diego. “Hacia una delimitación del abuso del derecho a partir de sus fundamentos”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44, (2016), 31-40.

Neme Villarreal, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de Derecho Privado Externado* 17, (2009), 57 y ss.

Padilla Parot, Ricardo Andrés. Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de Derecho Privado* 20, 135-183.

Poquet Catalá, Raquel. “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”. *IUSLabor* 1, 2016, 1-22.

Pinaglia-Villalón y Gavira, Juan Ignacio. “Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del CC español”. *ADC*, LXIX, (2016), fasc. III, 925-949.

Quiroz Domingo, Felipe A. “Las manifestaciones del principio protector laboral sólo son aplicables a favor del trabajador”. *Derecho y Justicia*, N° 4 (2014), 145-146.

Romanik Foncea, Katy. La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales. Publicación del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, 2014, 1-82.

Romero Seguel, Alejandro. "El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios". *Revista Chilena de Derecho* 30, 1 (2003), 167-172.

Ruay Sáez, Francisco Alberto. Una crítica al juicio de ponderación de Alexy; a propósito del procedimiento de tutela laboral. *Revista de Derechos Fundamentales*. Universidad Viña del Mar, N° 12 (2014): 123-162.

Terrazas Ponce, Juan David. “Abuso del Derecho. Definiciones en torno a su origen”. *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*. Editorial Jurídica de Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 95-135.

Toyama Miyaguzuku, Jorge. “El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad”. *Ius et Veritas* 22, p. 165-179.

Ugarte Cataldo, José Luis. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, Primer Semestre, 2011, 141-164.

Vindel Espeche, Leandro Fretes. El abuso del derecho en las relaciones laborales, (2008), s.p. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc080114-fretes_vindel_espeche-abuso_derecho_en_las.htm.

Yáñez Monje, Eduardo. “El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2 (4), 2011, p. 195-200.