Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXIX, Número 273, Enero -Abril 2019
http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-1.68631

Narrativa laboral y principios del derecho del trabajo chileno

Labor Narrative and Principles of Chilean Labor Law

Sergio Gamonal C.*

Resumen: Este artículo se ocupa de la narrativa laboral y de los relatos que contextualizan la aplicación del derecho. Cada área del derecho tiene un relato fundacional, que es algunas veces implícito y que suele operar sin que nos demos cuenta. Este relato hegemónico va cambiando con el tiempo y en casos excepcionales puede ser desafiado por un relato radicalmente distinto. En este artículo analizaremos el relato laboral basado en la narrativa de los principios del derecho del trabajo, estudiando dos casos jurisprudenciales chilenos de los últimos quince años, en donde la Corte Suprema ha evolucionado desde una narrativa privatista a una laboral.

Palabras claves: Narrativa; principios; interpretación; derecho del trabajo chileno; Corte Suprema Chilena.

Abstract: This paper studies the labor narrative and the stories that contextualize the application of law. Each area of law has a foundational story, which is sometimes implicit and usually

* Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez. Contacto: <sergio.gamonal@uai.cl>. Fecha de recepción: 28/11/2018. Fecha de aprobación: 24/01/2019.

operates without us noticing. This hegemonic story is changing over time and in exceptional cases can be challenged by a radically different story. In this article we will analyze the labor narrative based on the narrative of the principles of labor law, studying two Chilean jurisprudential cases of the last fifteen years, in which the Supreme Court has evolved from a privatist to a labor narrative.

Keywords: Narrative; principles; interpretation; Chilean labor law; Chilean Supreme Court.

I. Introducción

El ser humano es una criatura de relatos, de narrativas, que permiten entender tanto la realidad que nos rodea como los misterios de nuestra existencia.

En buen ejemplo de lo anterior lo encontramos en los grandes relatos acerca del sentido de la vida, con héroes y villanos, conflictos y resoluciones, momentos culminantes y finales felices[1]. Los relatos religiosos, los relatos cósmicos y las ideologías de todo tipo, ya sean de carácter circular o lineal, nos explican la realidad y cuál es nuestro papel en ella, lo que nos integra a algo más grande que da sentido a nuestras experiencias y elecciones[2].

Los relatos acerca del sentido de la vida no deben ser necesariamente completos[3], basta con que nos den un papel dentro del mismo y, aunque no es necesario que se extiendan hasta el infinito, deben ir más allá de mis horizontes para otorgarme un sentido de pertenencia a algo más grande y trascendente[4]. Los relatos sobre el sentido de la vida que tienen mayor éxito son los de final abierto[5] y no tienen por qué ser ciertos[6].

¿Existe este tipo de relatos en el derecho? Por cierto, aunque con algunos matices como veremos en el párrafo siguiente.

---

1 Cfr. Harari, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Santiago, Debate, p. 295.

2 *Idem*.

3 El relato sionista, por ejemplo, no atribuye significado alguno a los imperios chinos, a las tribus de Nueva Guinea o a la galaxia de Andrómeda. Véase Harari, Yuval Noah, *op. cit*., p. 299.

4 Cfr. Harari, Yuval Noah, *op. cit*., p. 302.

5 *Idem*.

6 De hecho, para Harari, todos los relatos son inventados (p. 307), y en cuanto al sentido de la vida, para este autor (influenciado por el Budismo) no hay relato válido, véase Harari, Yuval Noah, *op. cit*., pp. 328 y ss.

En este artículo hablaremos de la narrativa laboral y estudiaremos dos casos jurisprudenciales chilenos de los últimos quince años, en donde la Corte Suprema ha evolucionado desde una narrativa privatista a una laboral. En el párrafo siguiente analizaremos el rol de las narrativas y relatos en el derecho. Luego, en los párrafos III y IV revisaremos un par de casos resueltos en forma diferente por la Corte Suprema chilena, primero desde una narrativa civil que descontextualiza la tutela laboral, y luego desde la narrativa laboral. En el párrafo V reflexionaremos acerca de la importancia de la narrativa en el derecho. Finalizaremos con algunas breves conclusiones.

II. Narrativa, relatos y contextos interpretativos

En el derecho operan relatos y narrativas que otorgan contexto y sentido al ordenamiento y a las normas jurídicas. Cuando los abogados, jueces y docentes hablan de que el ordenamiento jurídico es racional, lógico y objetivo, o de que el derecho se divide en público y privado, o del principio de autonomía de la voluntad, o del principio de inocencia, o de que todo lo no prohibido está permitido, o que todo lo no permitido está prohibido, estamos frente a relatos que intentan particularizar todo el derecho o una parte del mismo.

Estos relatos o narrativas, que en adelante denominaremos narrativas jurídicas, suelen ser de carácter hegemónico y son repetidas como mantras por los operadores del derecho, especialmente los académicos.

Estas narrativas jurídicas dan cuenta de la *ratio legis* de las normas y, en ciertos casos, de lo que podríamos denominar el *leit-*

motiv de un área del derecho tal o cual, cuando se trata del relato fundacional[7].

Estas narrativas jurídicas contextualizan las lecturas de las reglas, su aplicación e interpretación, la integración de los vacíos y la resolución de los casos difíciles.

Estas narrativas jurídicas suelen ser bastante flexibles, en el sentido de poseer un alto grado de generalidad, que permite abarcar numerosas situaciones y problemas.

Estas narrativas jurídicas operan muchas veces en forma implícita y su validez se da por descontada, aunque puedan ser sustituidas luego de mucho tiempo por otras narrativas jurídicas distintas e incluso completamente diferentes. Un buen ejemplo de lo anterior, fue la indemnización del daño moral en al responsabilidad extracontractual en el derecho chileno. En efecto, desde la dictación del Código Civil de Bello la doctrina consideraba que el daño moral no estaba comprendido dentro de sus nomas. Luego de varios decenios, a inicios del siglo XX, sin cambio alguno en las normas, la interpretación fue exactamente la contraria[8].

Y aunque parezca contra intuitivo, a veces el origen de estas narrativas jurídicas se basa en ideas o hechos errados o inexistentes. Por ejemplo, la narrativa del despido libre en Estados Unidos (employment at will) se basa y origina en 1877, cuando Horace Gray Wood publica el Tratado sobre Master-Servant donde postula la procedencia del despido libre. Aunque Wood en su libro defiende que el despido libre era la regla predominante que estaban ocupando los tribunales de la época, Jay Feinman ha hecho presente que no se trataba de una tendencia consolidada en 1877[9].

---

7 Por relato fundacional entendemos la narrativa esencial de un área o rama del derecho, por ejemplo, en derecho laboral, la protección de la parte débil del contrato de trabajo, es decir, el trabajador.

8 Cfr. Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 90-98.

9 Cfr. Feinman, Jay M. "The Development of the Employment at Will", *The American Journal of Legal History*, vol. XX, 1976, p. 130.

En efecto, Wood cita cuatro sentencias como casos líderes de despido libre. Sin embargo, ninguno de esos casos era sobre despido libre propiamente tal (salvo tangencialmente)[10]. Por otro lado había numerosos casos decididos en forma contraria, en base a la necesidad de justa causa para despedir[11]. En otras palabras, la tesis aún hegemónica del despido libre en Estados Unidos tiene un origen fraudulento, con casos citados en forma errónea. Y, más inverosímil aún, aunque el trabajo de Feinmann es de hace 42 años el despido libre en Estado Unidos continúa siendo la regla general, dado que su hegemonía le ha dado fuerza y vida propia.

Las narrativas jurídicas pueden ser explícitas, implícitas, estratégicas, y pre legislativas. Las narrativas jurídicas son más o menos informales. Su grado mayor de formalidad está dado cuando la narrativa forma parte de un relato fundacional de un área del derecho, lo que conlleva generalmente que se manifieste como un principio de esa área. Por ejemplo, en derecho de familia el principio del interés superior del niño y en el derecho laboral el principio de protección del trabajador.

Pero las narrativas pueden ser mucho más informales, a veces implícitas e incluso inconscientes. Por ejemplo, Catharine MacKinnon ha denunciado que las leyes antidiscriminatorias al definir la igualdad de género doctrinariamente por al diferencia[12], han terminado transformando a los hombres en la medida de todas las cosas, en otras palabras, las mujeres son medidas según su correspondencia con los hombres, su igualdad es juzgada de acuerdo con su proximidad a esa medida (el hombre), en definitiva, se las mide según su falta de correspondencia con los hombres[13].

---

10 Cfr. Shapiro, J. Peter y Tune, James F., "Notes. Implied Contract Right to Job Security", *Stanford Law Review*, vol. 26, 1974, p. 341.

11 Cfr. Feinman, Jay M., *op. cit.*, p. 130.

12 Cfr.MacKinnon, Catharine, «Diferencia y dominación: sobre la discriminación sexual», en *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 58.

13 Cfr.MacKinnon, Catharine, *op. cit*., pp. 59 y 60.

De esta forma, las leyes antidiscriminatorias basadas en "la diferencia" refuerzan una narrativa de dominación y de supremacía masculina[14].

Las narrativas implícitas operan informalmente, a veces inconscientemente, lo que conlleva una dificultad mayor para identificarlas. Con todo, las escuelas de estudios críticos en general, así como sus vertientes de estudios raciales y feministas, han avanzado enormemente en esta materia.

Las narrativas jurídicas pueden ser estratégicas, cuando se busca cumplir la ley sólo en forma aparente o desprestigiar algún tipo de legislación. Por ejemplo, muchas de las narrativas de los departamentos de personal que construyen todo un lenguaje y una misión de compañerismo y de estatus casi familiar, buscan en realidad potenciar hasta el límite la dominación y la subordinación del trabajador[15].

Otro ejemplo de narrativa estratégica es el expuesto por Laurent Edelman, Steven Abraham y Howard Erlanger, quienes hablan de la "construcción profesional de la ley"[16], a saber, la interpretación y narrativa explicativa que construyen los profesionales (muchas veces no abogados) acerca de tal o cual ley o decisión jurisdiccional, sobre todo para explicarle a sus clientes los alcances legales respectivos y las probables amenazas. Estos autores contrastaron, en Estados Unidos, los comentarios acerca de las excepciones al despido libre (wrongful discharge) en las revistas de management, en las revistas de personal y en las legales. Estas últimas, sobre todo las académicas, resultaron ser bastante

14 *Idem.*

15 Cfr. Gamonal C., Sergio, "La felicidad y el Contrato de Trabajo", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (Thomson Reuters Chile), vol. I, núm. 4, 2013, pp. 53-62. Disponible en: <http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2013-RDLSS-La-Felicidad-y-el-CT.pdf>.

16 Edelman, Lauren B., Abraham, Steven E. y Erlanger, Howard S., "Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge", *Law & Society Review*, vol. 26, 1992, pp. 68-74.

más imparciales en el tratamiento de las excepciones al despido a diferencia de las dos primeras, cuyos comentarios eran bastante alarmistas y negativos sobre el impacto de esta excepciones. Sobre todo las revistas de management[17].

Las narrativas jurídicas pueden ser pre jurídicas, cuando operan *ex ante*, a nivel de política legislativa. Un caso clásico es el de reconocimiento de derechos y la misión civilizadora del derecho. Por ejemplo, Bernard Edelman retrata este tipo de narrativas respecto de la regulación del derecho de huelga y su domesticación a través de la ley[18].

Las narrativas jurídicas pueden ser desafiadas por otra narrativa que pretende ser mejor. No se trata de que la hegemónica sea absolutamente falsa o errónea, sino que la nueva propuesta es más actual dado que logra dar cuenta de cambios legislativos o es más pertinente al proponer una interpretación distinta, más acorde con las fuentes históricas. Por ejemplo, es el caso de la propuesta de James Gordley quien sugiere que no es verdad que los redactores del Código Civil francés adhirieran a los principios individualistas. Por el contrario, según explica, lo que ocurrió fue que el Código Napoleónico fue reinterpretado en línea individualista desde mediados del siglo XIX[19].

Los creadores de las narrativas jurídicas suelen ser los académicos, los abogados y los jueces, aunque en algunos casos otras disciplinas pueden interceder en una percepción que termina fa-

---

17 Aunque puede haber muchas explicaciones para este fenómeno, estos autores resaltan el poder que ganan dentro de las organizaciones estos profesionales y sus relatos amenazantes acerca de las nuevas orientaciones legales, como en el caso de este estudio, el despido injustificado. Cfr. Edelman, Lauren *et al., op. cit.*, pp. 74-79.

18 Cfr. Edelman, Bernard, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann, 2007, pp. 141-158.

19 Cfr. Gordley, James, "Myths of the French Civil Code", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, pp. 459 y ss.

voreciendo una narrativa jurídica impregnada, por ejemplo, de pragmatismo económico[20].

Las narrativas jurídicas son muy importantes, dado que al igual que los relatos sobre el sentido de la vida de los que nos habla Harari, permiten simplificar muchos dilemas difíciles[21]. Pero también, pueden generar una ceguera en los operadores del derecho, sobre todo si operan en forma inconsciente. ¿Cuáles son las narrativas jurídicas del derecho laboral? ¿Encontramos un relato fundacional?

El relato fundacional está dado por la idea protectora del trabajador. Quizás el mejor ejemplo de este relato lo encontramos en las palabras de Hugo Sinzheimer, uno de los primeros laboralistas del siglo XX. Este autor nos dice: "El derecho fundamental del Derecho del Trabajo no es la libertad abstracta, sino una determinación tal de su existencia real que asegure la liberación de ciertas necesidades materiales del hombre"[22]. En otro artículo Sinzheimer enfatiza: "El desarrollo del Derecho del Trabajo es el desarrollo de la humanidad y de la libertad en la relación entre trabajo y propiedad"[23].

En América Latina el relato fundacional se basa en la idea de protección del trabajador. La relación entre empleador y traba-

---

20 Cfr. Gamonal C., Sergio, "Derecho laboral, economía y pseudociencia", *Derecho y Crítica Social* 3, núm. 1, 2017, pp. 1-44. Disponible en: <https://derechoycriticasocial.files.wordpress.com/2017/09/1-gamonal2.pdf>.

21 Por ejemplo, relatos como el Fascismo.Cfr. Harari, Yuval Noah, *op. cit*., p. 319.

22 Sinzheimer, Hugo; "El Problema del Hombre en el Derecho", en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajado y Seguridad Social, 1984, p. 114.

23 Sinzheimer, Hugo; "La Esencia del Derecho del Trabajo", en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajado y Seguridad Social, 1984, p. 77.

jador es asimétrica, caracterizada por ser una relación de poder, donde el trabajador se encuentra subordinado al empleador y por ello el derecho laboral protege con mínimos inderogables, salvo que se aumenten los beneficios para el trabajador. Este es el relato estándar en la doctrina[24]. Este relato fundacional también abarca al derecho colectivo del trabajo, el cual intenta equilibrar la carencia de poder de los trabajadores a través de la sindicalización y el derecho de huelga. Por esto la doctrina explica que el derecho colectivo es instrumental, en el sentido de que busca tutelar al asalariado individual y mejorar sus condiciones de trabajo[25].

La idea protectora constituye el relato fundacional hegemónico del derecho del trabajo. Con todo, existen otros relatos que desafían esta hegemonía y que escapan a los objetivos de este artículo[26].

---

[24] En Brasil, véase Marques de Lima, Francisco Meton, *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudencia*, 4ª ed., San Pablo, LTr, 2015, p. 62; por Uruguay consultar Plá, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 63; por Argentina véase Ackerman, Mario E., "Introducción. El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo I, Mario E. Ackerman Director y Diego M. Tosca Coordinador, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, en pp. 24 y 25; en Perú consultar Boza Pro, Guillermo, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, pp. 144 y 145; por México véase De Buen L., Néstor, *Derecho del Trabajo*, 21ª edición, México, Editorial Porrúa, 2015, pp. 12 y 13, y finalmente por Chile consultar Gamonal C., Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago, 1998, pp. 9-17. Disponible en: <http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/Introduccion-al-Derecho-del-Trabajo.pdf>.

[25] Gamonal C., Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª ed., Santiago, AbeledoPerrot, 2011, p. 25.

[26] Podemos advertir diversas ideologías detrás del derecho laboral y una rica discusión relativa a sus fines. Hay visiones altruistas de justicia social, otras de perspectiva económica basadas en la eficiencia, otras que enfatizan el rol político del derecho del trabajo y del sindicalismo (democracia industrial al inte-

La idea protectora, como relato fundacional, se expresa en los principios del derecho del trabajo como el de protección, continuidad, irrenunciabilidad y primacía de la realidad[27].

En los párrafos siguientes veremos dos casos que explicitan la operativa de las narraciones jurídicas en el derecho del trabajo chileno.

---

rior de la empresa y participación de los trabajadores en el sistema político), etc. Por ejemplo, Baylos, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato?*, Madrid, Catarata, 2012, p. 22; Stern, Andy, "Unions & Civic Engagement: How the Assault on Labor Endangers Civil Society", *Daedalus Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, Spring, 2013, pp. 120, Mizumachi, Yuichiro, "Métamorphose du Droit du Travail, Le Fondement Théorique et le cas Japonais", *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* COMPTRASEC, núm. 1, 2012, pp, 25-35; Rigaux, Marc, *Droit du Travail ou Droit de la Concurrence Sociale?*, Bruselas, Bruylant 2009; Tucker, Eric, "Renorming Labour Law: Can We escape Labour Law's Recurring Regulatory Dilemmas?", *Industrial Law Journal*, vol. 39, núm. 2, 2010, pp. 99-138; Davies, A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Davidov, Guy, "The (changing?) idea of labour law", *International Labour Review*, vol. 146, núms. 3-4, 2007, pp. 311-320; Spector, Horacio, "Philosophical Foundations of Labor Law", *Florida State University Law Review*, Vol. 33, 2006, pp. 1119-1148; Deakin, Simond y Wilkinson, Frank, "Rights vs Efficienty? The Economic Case for Transnational Labour Standards", *Industrial Law Journal*, vol. 23, núm. 4, 1994, pp. 289-310, y Collins, Hugh, "Labour Law is a Vocation", *Law Quarterly Review*, vol. 105, 1989, pp. 468-484.

[27] Cfr. Gamonal C., Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo op. cit.*, pp. 127 y ss.

III. La narrativa civil como descontextualización de la tutela laboral: dos casos jurisprudenciales

A inicios del nuevo milenio la sala laboral de la Corte Suprema chilena se caracterizaba por su jurisprudencia pro empleador, es decir resolvía los casos dudosos en favor del empleador e incluso inventaba teorías sin sustento para favorecer a los empleadores, neutralizando la tutela laboral. Revisaremos brevemente dos casos.

A) La doctrina del acto propio

Es una constante que intente disimularse un contrato de trabajo como un contrato civil de arrendamiento de servicios (a honorarios). Muchas veces este fraude se disfraza con la firma de un contrato civil a honorarios, aunque el trabajador esté claramente subordinado.

El código del trabajo chileno, en adelante CT, define el contrato individual de trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración (salario) determinada (art. 7º) y de forma complementaria el artículo 8º del mismo CT dispone, en forma perentoria, que toda prestación de servicios que reúna estos elementos constituye siempre una relación laboral de las reguladas por el CT.

En otras palabras, la determinación de la tipología contractual está fuera de la autonomía de las partes en el derecho chileno y la ley la determina en función a la realidad de los hechos (básicamente la subordinación del trabajador) y no por lo que se exprese en los acuerdos formales celebrados entre los contratantes. Si el empleador y el trabajador "pactan" un contrato a honorarios vulnerando el orden público laboral, no es posible argumentar en base a una supuesta doctrina del acto propio, dado que el derecho

irrenunciable por excelencia del derecho laboral consiste precisamente en que una relación se califique como tal si se cumplen los presupuestos legales para ello[28].

En consecuencia, la doctrina del acto propio no es pertinente en estos casos, dado que es el empleador el primer responsable de la calificación laboral de la relación y, por ello, no existe un comportamiento contradictorio por parte del trabajador (o sea, no existe una pretensión del trabajador que se oponga a una acción de él realizada con anterioridad), ni tampoco una conducta de mala fe por su parte, dado que la calificación laboral de un contrato obedece a los supuestos objetivos de los arts. 7º y 8º del CT[29]. Sin embargo, diversas sentencias de la Corte chilena reconocían la voluntad de las partes como soberana, entendiendo que no había asimetría contractual y que si el trabajador no había protestado aceptaba tácitamente que su contrato era civil (a honorarios) y no de trabajo.

Ejemplo de lo anterior es una sentencia que señala: "(…) en el caso, se ha traducido en la aceptación por parte del demandante 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".[30]

---

28 Cfr. Sierra, Alfredo, "La Teoría de los Actos Propios en el Ámbito Laboral", *Cuadernos de Extensión Jurídica,* núm. 18, U. de Los Andes, 2010, p. 143.

29 Cfr. Gamonal C., Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2005", Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 3, 2013, p. 607.

30 Cfr. CS Rol 2.450-2005 de 20 de diciembre de 2006, citada por Caamaño, Eduardo, "Otra vuelta de tuerca a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la Doctrina de los Actos Propios en Materia Laboral", *Estudios Laborales*, núm. 4, 2009, p. 42.

B) La eficacia constitutiva

El CT chileno establece que el empleador, al despedir al trabajador, debe estar al día en el pago de la contribuciones de seguridad social (pensiones y salud básicamente), las cuales fueron descontadas del salario del trabajador y deben ser pagadas por el empleador al organismo respectivo. Ocurre que algunos empleadores hacen el descuento del salario pero se apropian indebidamente del mismo, sin enterarlo en los organismos de seguridad social. Y por esto el CT chileno estatuye que si, al despedir, se deben contribuciones de seguridad social por parte del empleador, el contrato seguirá vigente sólo para efectos del pago de la remuneración (del salario) hasta que el empleador se ponga al día con lo adeudado (art. 162 inciso quinto y ss.). Esta sanción busca que los empleadores enteren oportunamente las contribuciones de seguridad social.

¿Qué ocurre si en juicio se determina que existía un contrato de trabajo aunque se había intentado simular un contrato civil a honorarios? Como en este caso la sentencia es declarativa, en el sentido de que hubo contrato de trabajo desde el inicio de los servicios, debiera aplicarse la sanción que hemos descrito, es decir, el empleador debería estar obligado a seguir pagando el salario hasta que cancele lo adeudado en contribuciones de seguridad social. Pero la Corte Suprema chilena en la primera década del siglo XXI creó una teoría especial de la "eficacia constitutiva" de la sentencia, sólo para los efectos de la sanción del art. 162 inciso quinto, es decir, si en el juicio se reconocía la existencia de un contrato de trabajo (vínculo de naturaleza laboral y no civil), la sentencia era declarativa según las reglas generales, salvo para efectos de la sanción del art. 162, en cuyo caso era "constitutiva" y operaba sólo a futuro[31].

[31] Cfr. Gamonal C., Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia Laboral de los años 2009 a 2011", Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 4, 2016, p. 708-711.

Esta tesis no tenía fundamento alguno. El empleador que había cumplido la ley contratando al trabajador, pero no había pagado las contribuciones de seguridad social era sancionado. Sin embargo, el empleador que desde el inicio estaba de mala fe, intentando simular una relación de naturaleza civil, al ser desenmascarado en juicio era premiado con esta eficacia constitutiva que operaba a futuro[32].

IV. La narrativa de los principios: el retorno de la práctica argumentativa del derecho laboral

La doctrina laboral criticó estas tendencias en favor del empleador de la Corte y denunció cómo la Corte Suprema chilena de la época dejaba inaplicables normas constitucionales, internacionales y legales en materia laboral, en base a argumentos civilistas descontextualizados y a creaciones jurídicas peregrinas como la eficacia constitutiva[33].

Desde el año 2014 la sala laboral de la Corte Suprema chilena ha vuelto a sostener el relato fundacional del derecho del trabajo y, en consecuencia, ha desestimado las tesis expuestas en el párrafo anterior. Desde ese año la sala laboral de la Corte ha reconocido en numerosas sentencias que la base del derecho del trabajo se encuentra en la idea de la protección del trabajador.

---

[32] Cfr. Gamonal C., Sergio, *op. cit...*, p. 711.

[33] Cfr. Gamonal C., Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2003", Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 1, 2004, pp. 745-807. Véase, además, el número de la revista *Estudios Laborales*, núm. 4, 2009 de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, dedicada en forma íntegra a criticar estas tendencias, con trabajos de los profesores César Toledo, Eduardo Caamaño, Daniela Marzi, José Luis Ugarte, Andrés Varela y Sergio Gamonal C.

La Corte en sus sentencias reconoce expresamente la procedencia de los principios del derecho del trabajo en el derecho chileno. Tanto el de protección[34], como el de irrenunciabilidad[35], continuidad[36] y primacía de la realidad[37].

Atrás ha quedado la doctrina del acto propio[38]. En palabras de la Corte: "En efecto, los principios tradicionales del derecho privado no son aplicables de modo absoluto en el campo del derecho laboral, desde que intervienen principios proteccionistas a favor del operario, entre ellos, la irrenunciabilidad de los derechos, como principio de carácter general, que impide que el trabajador por la vía del acuerdo renuncie a aquello que le beneficia, porque eso haría ineficaz el Derecho Laboral" (considerando undécimo).

La Corte ha desechado también en forma expresa la eficacia constitutiva[39], señalando que:

> (…) sobre la base de la existencia de una situación jurídica dada, en el caso de autos una relación laboral, se dedujo demanda con el objeto que se declarara además de la injustificación del despido, que este fue nulo e ineficaz porque las cotizaciones de seguridad social no habían sido "íntegramente pagadas" a lo cual se accedió. Se constató o declaró su existencia, pero en ningún caso se constituyó, puesto que ésta no registra su nacimiento desde que quede ejecutoriada la decisión en que el tribunal la reconoció, sino desde la fecha que en cada caso se indica, que corresponde a la oportunidad en que las partes la constituyeron" (considerando sexto de la sentencia de reemplazo).

---

34 Por ejemplo, CS Rol 34.371-2017 de 5 de marzo de 2018, y CS Rol 30.292-2017 de 22 de febrero de 2018.

35 Por ejemplo, CS Rol 18.304-2017 de 12 de abril de 2018.

36 Por ejemplo, CS Rol 10.187-2017 de 2 de enero de 2018.

37 Por ejemplo, CS Rol 34.530-2017 del 22 de enero de 2018, y CS Rol 37.144-2017 de 30 de enero de 2018.

38 CS Rol 24091-2014 de 4 de agosto de 2015.

39 CS Rol 8318-2014 de 3 de marzo de 2015.

Cabe agregar, finalmente, que el Tribunal Constitucional chileno también ha reconocido el rango constitucional de la idea protectora en el derecho laboral[40].

V La importancia de la narrativa

Podría pensarse que la perspectiva narrativa en el derecho es irrelevante, dado que en definitiva lo que importan son los principios explícitamente citados por los operadores y las interpretaciones jurídicas canónicas que operan en tal o cual ordenamiento.

Sin embargo, las narrativas sí importan, sobre todo en aquellas áreas del derecho cuya regulación suele ser estandarizada (con conceptos indeterminados) porque intentan limitar relaciones de poder (no suprimirlas), como ocurre con el derecho de familia[41] y sobre todo con el derecho del trabajo[42], donde, por ejemplo, la regulación del poder empresarial conlleva la imposibilidad de una reglamentación exhaustiva de las potestades del empleador. En otras palabras, podría limitarse este poder prohibiéndolo y de esta forma neutralizándolo, pero implicaría prohibir el contrato de trabajo. Y resulta imposible elaborar una regulación con tal detalle que estuvieran comprendidas todas las modalidades infinitas

---

40 Cfr. Gamonal C., Sergio, "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena", *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 11, núm. 1, 2013, pp. 425-458. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100011>.

41 Gendon, Mary Ann, "Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law", *Tulane Law Review*, vol. 60, 1986, p. 1166.

42 Cabrelli, David, "Rules and Standards in the workplace: a perspective from the field of labour law", *Legal Studies*, vol. 31 núm. 1, 2011, pp. 21 y ss.; y Gamonal C., Sergio, "De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana", *Latin American Legal Studies*, vol. 3, 2018, pp. 14 a 18. Disponible en: <http://lals.uai.cl/index.php/rld/issue/view/3>.

del trabajo. Por ello, el derecho laboral prefiere mantener el poder empresarial y limitarlo con estándares y deberes de conducta[43]. Y, en este contexto, las narrativas jurídicas y relatos fundacionales son esenciales.

Por otro lado, la mayoría de los conflictos laborales no son resueltos por jueces o por la administración del trabajo, sino por el sindicato y el empleador cuando existe libertad sindical real (excepcional en América Latina) y por los gerentes de personal que casi nunca son abogados. En muchos casos, los conflictos son decididos unilateralmente por el empleador. En consecuencia, la narrativa jurídica y los relatos fundaciones son claves.

Un buen ejemplo es dado por Frank Dobbin en su libro acerca de la invención de la igualdad de oportunidades[44], en el contexto de la orden ejecutiva del presidente Kennedy y luego del Presidente Johnson sobre las acciones afirmativas, por las que se obligaba a los empresarios beneficiados por el Gobierno norteamericano o con financiamiento público, a emprender planes de acción positiva contratando a sus trabajadores con criterios no discriminatorios, bajo pena de perder el contrato obtenido[45]. Dobbin explica que la amplitud e indeterminación de la noción de "acciones afirmativas", permitió a los gerentes de personal interpretar y llenar ese vacío creando procedimientos de queja al interior de las empresas. Estos procedimientos favorecieron a los trabajadores de color en la década de los sesenta, en los setenta a las mujeres y en los ochenta la participación multicultural de trabajadores dentro de las empresas[46].

---

43 Cfr. Gamonal C., Sergio, *De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana op. cit.*, pp. 14 a 18.

44 Cfr. Dobbin, Frank, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

45 Executive Order Nº 10.925 del Presidente Kennedy, en marzo de 1961, y con la Executive Order, núm. 11.246 del Presidente Johnson, en 1965.

46 Cfr. Dobbin, Frank, *op. cit.*

En consecuencia, las narrativas asumen un rol relevante dentro de áreas como el derecho del trabajo, y los mensajes de la jurisprudencia llegan no sólo a los abogados y académicos, sino también a los gerentes de personal.

Por otro lado, los académicos de derecho del trabajo no sólo debiéramos publicar para otros académicos o jueces, sino también para operadores no abogados, sobre todo dentro de las empresas.

El relato fundacional del derecho del trabajo, vinculado a la tutela del trabajador, suele ser desafiado en forma constante. Ya sea por la narrativa de la flexibilidad o la de las nuevas formas de organización empresarial, o por las nuevas tecnologías[47], etc., aunque en definitiva nada de lo anterior conlleve que el trabajador tenga más poder o más libertad. En otras palabras, el cambio económico o tecnológico no significa que ahora el trabajador no deba ser tutelado. Y esta falacia anti tutela goza de buena prensa y por ello los laboralistas debemos estar constantemente defendiendo los principios y la idea protectora del derecho laboral.

VI. Conclusión

En este artículo hemos abordado el rol de las narrativas y relatos en el derecho, refiriéndonos a los tipos de narrativas jurídicas y a los relatos fundacionales.

Además, hemos estudiado un par de casos resueltos por la Corte Suprema chilena, primero desde una narrativa civil y luego desde la narrativa laboral.

---

47 Por ejemplo, véase Hyde, Alan, "The Idea of Idea of Labour Law: A Parable", en *The Idea of Labour Law*, G. Davidov y B. Languille eds., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 88 a 97; Zatz, Noah (2011) "The Impossibility of Work Law" en *The Idea of Labour Law*, G. Davidov y B. Languille eds., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 234 a 255, y Languille, Brian, "Labour Law's Back Pages", en *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, G. Davidov y B. Languille eds., Portland, Hart, 2006, pp. 13 a 36.

Hemos intentado demostrar la importancia de las narrativas en el contexto del derecho. Las narrativas y relatos tiñen el color con que vemos la realidad. Cuando se aplica el derecho las narrativas y relatos operan como un pre juicio que incide tanto en el diagnóstico como en la solución del caso.

Los académicos no debemos menospreciar la fuerza de los relatos, sobre todo en áreas estandarizadas como el derecho del trabajo, con muchos conceptos indeterminados y donde la regulación de una relación de poder impide una reglamentación exhaustiva de las potestades del empleador. Lo que implica una mayor discrecionalidad de los jueces y sobre todo de los gerentes de personal y jefes que en definitiva administran las potestades contempladas en la ley en favor del empleador.

En este contexto, el relato fundacional de los principios del derecho del trabajo sigue estando vigente y operativo en el siglo XXI, y debe ser explicado y defendido no sólo dentro del estricto ámbito de los académicos, sino también de los operadores del derecho en general.

VII. Referencias bibliográficas

Ackerman, Mario E., "Introducción. El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. I, Mario E. Ackerman Director y Diego M. Tosca Coordinador, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005

Baylos, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato?*, Madrid, Catarata, 2012.

Boza Pro, Guillermo, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

Caamaño, Eduardo, "Otra vuelta de tuerca a la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la Doctrina de los Actos Propios en Materia Laboral", *Estudios Laborales,* núm. 4, 2009.

Cabrelli, David, "Rules and Standards in the workplace: a perspective from the field of labour law", *Legal Studies*, vol. 31 núm. 1, 2011.

Collins, Hugh, "Labour Law is a Vocation", *Law Quarterly Review*, vol. 105, 1989.

Davidov, Guy, "The (changing?) idea of labour law", *International Labour Review*, vol. 146, núms. 3-4, 2007.

Davies, A.C.L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

De Buen L., Néstor, *Derecho del Trabajo*, 21ª ed., México, Porrúa, 2015.

Deakin, Simond y Wilkinson, Frank, "Rights vs Efficienty? The Economic Case for Transnational Labour Standards", *Industrial Law Journal*, vol. 23, núm. 4, 1994.

Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Dobbin, Frank, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

Edelman, Bernard, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann, 2007.

Edelman, Lauren B., Abraham, Steven E. y Erlanger, Howard S., "Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge", *Law & Society Review*, vol. 26, 1992.

Feinman, Jay M. "The Development of the Employment at Will", *The American Journal of Legal History*, vol. XX, 1976.

Gamonal C., Sergio, "De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana", *Latin American Legal Studies*, vol. 3, 2018. Disponible en: <http://lals.uai.cl/index.php/rld/issue/view/3>.

Gamonal C., Sergio, "Derecho laboral, economía y pseudociencia", *Derecho y Crítica Social* 3, núm. 1, 2017. Disponible en: <https://derechoycriticasocial.files.wordpress.com/2017/09/1-gamonal2.pdf>.

Gamonal C., Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia Laboral de los años 2009 a 2011", Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 4, 2016.

Gamonal C., Sergio, "La felicidad y el Contrato de Trabajo", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (Thomson Reuters Chile), vol. I, núm. 4, 2013. Disponible en: <http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2013-RDLSS-La-Felicidad-y-el-CT.pdf>

Gamonal C., Sergio, "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena", *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 11, núm. 1, 2013. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100011>

Gamonal C., Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2005", Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 3, 2013.

Gamonal C., Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª ed., Santiago, Abeledo Perrot, 2011.

Gamonal C., Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia Laboral del año 2003", Corte Suprema, Tribunal Constitucional, *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, núm. 1, 2004.

Gamonal C., Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago, 1998. Disponible en: <http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/Introduccion-al-Derecho-del-Trabajo.pdf>.

Gendon, Mary Ann, "Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law", *Tulane Law Review*, vol. 60, 1986.

Gordley, James, "Myths of the French Civil Code", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.

Harari, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Santiago, Debate.

Hyde, Alan, "The Idea of Idea of Labour Law: A Parable", en *The Idea of Labour Law*, G. Davidov y B. Languille eds., Oxford, Oxford University Press, 2011.

Languille, Brian, "Labour Law's Back Pages", en *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, G. Davidov y B. Languille eds., Portland, Hart, 2006.

MacKinnon, Catharine, «Diferencia y dominación: sobre la discriminación sexual», en *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.

Marques de Lima, Francisco Meton, *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudencia*, 4ª ed., San Pablo, LTr, 2015.

Mizumachi, Yuichiro, "Métamorphose du Droit du Travail, Le Fondement Théorique et le cas Japonais", *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* COMPTRASEC, núm. 1, 2012.

Plá, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998.

Rigaux, Marc, *Droit du Travail ou Droit de la Concurrence Sociale?*, Bruselas, Bruylant 2009.

Shapiro, J. Peter y Tune, James F., "Notes. Implied Contract Right to Job Security", *Stanford Law Review*, vol. 26, 1974.

Sierra, Alfredo, "La Teoría de los Actos Propios en el Ámbito Laboral", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, núm. 18, U. de Los Andes, 2010.

Sinzheimer, Hugo; "El Problema del Hombre en el Derecho", en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajado y Seguridad Social, 1984.

Sinzheimer, Hugo; "La Esencia del Derecho del Trabajo", en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajado y Seguridad Social, 1984.

Spector, Horacio, "Philosophical Foundations of Labor Law", *Florida State University Law Review*, vol. 33, 2006.

Stern, Andy, "Unions & Civic Engagement: How the Assault on Labor Endangers Civil Society", *Daedalus Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, Spring, 2013.

Tucker, Eric, "Renorming Labour Law: Can We escape Labour Law's Recurring Regulatory Dilemmas?", *Industrial Law Journal*, vol. 39, núm. 2, 2010.

Zatz, Noah (2011) "The Impossibility of Work Law" en *The Idea of Labour Law*, G. Davidov y B. Languille eds., Oxford, Oxford University Press, 2011.