

Relación de trabajo sin contrato. Una incursión por su historia.

Claudio Palavecino Cáceres

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

“No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos e instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante”.

Francisco Tomás y Valiente.¹

“Pocos descubrimientos son tan exasperantes como los que revelan la genealogía de las ideas”.

Lord Acton.²

Es bien sabido que los alcances de la libertad de contratación del trabajo sólo amparan el origen de la relación laboral, lo que el profesor CARLOS POBLETE (siguiendo a Fernández Gil) denomina el “rol genético” del contrato de trabajo.³ El contenido mismo del contrato de trabajo está determinado, en gran parte, de manera heterónoma por normas de origen diverso, principalmente por la ley, que establece obligaciones para el empleador y derechos correlativos para el trabajador, con carácter irrenunciable (art. 5° CT). Por tanto, cada vez que celebra un contrato de trabajo, el empleador va a quedar necesariamente obligado por la

¹ Tomás y Valiente, F.: “Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales”, en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1996.

² “La Democracia en Europa”, *Ensayos sobre la libertad y el poder*, Unión Editorial, 1999, p. 295.

³ Poblete, C.: “Los roles genéticos y funcional y la crisis del contrato individual de trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 98, julio, 2001, pp. 85-91.

legislación laboral. La Constitución le asegura, cuando menos, la posibilidad de decidir si contrata o no contrata.⁴

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, incluso esta última hebra de libertad corre serio peligro de ser cortada por el legislador. En efecto, a algunos casos contenidos desde antaño en nuestra legislación laboral, que no pasaban de ser meras rarezas,⁵ la ley 20.123 (sobre subcontratación y

⁴ La libertad de contratación laboral del empleador aparece reconocida explícitamente, en el art. 19 N°16 CPR. El contenido de esta garantía fue definido con sencillez y claridad en el seno de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde se dijo que "en su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador". Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, pp. 13-17, citada en Evans, E.: *Los Derechos Constitucionales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, tomo III, p. 11.

⁵ El inciso primero del artículo 8º CT establece que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior –esto es, remunerada y bajo dependencia y subordinación del empleador- hace presumir la existencia de un contrato de trabajo. Es una presunción simplemente legal –*ius tantum*–, la cual, como se sabe, admite prueba en contrario. Al efecto señala el art. 47 CC que "se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley..." Sin embargo, en la práctica, probada que sea la prestación de servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia, la presunción del art. 8º CT viene siendo aplicada por los tribunales como una presunción *iure et de iure*, aun cuando la intención común de las partes hubiere sido celebrar un contrato distinto del contrato de trabajo, puesto que para estos efectos la expresión del consentimiento carece de toda relevancia para la calificación jurídica de la situación controvertida. Tal es lo que ocurre, frecuentemente, con la celebración del llamado "contrato de honorarios" en que las partes no han querido celebrar un contrato de trabajo, sino uno de naturaleza civil (técnicamente arrendamiento de servicios). Las partes han incurrido en un error que recae sobre la especie del contrato celebrado (error esencial u obstativo) que, de conformidad al art. 1453 CC vicia (en rigor, impide) el consentimiento y debería generar la nulidad absoluta (en rigor, inexistencia) del contrato y la declaración oficiosa de la misma por el juez, conforme los arts. 1.682 y 1.683 CC.

Una segunda hipótesis de relación de trabajo sin contrato, puede plantearse con ocasión de la norma contenida en el inciso primero del art. 4º CT, conforme a la cual "se presumirá de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica". Este presunción puede también dar lugar a situaciones en que el empleador resulta obligado sin, o contra, su voluntad, toda vez que en incluso en caso de extralimitación o violación de prohibición expresa de su gerente o administrador no podrá desligarse de los actos o contratos realizados por éste invocando una inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, puesto que la presunción de derecho establecida en la ley laboral torna inoperante para estos efectos la excepción del Derecho común *res inter alios acta*.

suministro de trabajadores) añadió una serie de nuevos supuestos en los cuales el contrato de trabajo surge con total prescindencia de la voluntad jurídico-negocial de las partes, por la mera ocurrencia de una situación de hecho predefinida en la ley.⁶ Se ha producido de esta manera la tardía

Finalmente, el CT contiene dos casos de cesión de contrato forzada, en que terceros pueden llegar a convertirse en empleadores sin que, necesariamente, hubieren consentido en ello y aun contra su voluntad. El art. 4º, inciso segundo, prescribe que "*las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores*". Por consiguiente, el tercero al cual se transfiere total o parcialmente el dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, se convierte por esa mera circunstancia en nuevo empleador de los trabajadores sin que sea menester alguna expresión de voluntad de parte de aquél ni de parte de éstos. No se me escapa, sin embargo, que, en general, si la empresa está dotada de personalidad jurídica –lo que ocurrirá siempre que se organice como sociedad o como corporación o fundación– no habrá propiamente cesión de contrato porque, no obstante el cambio de dominio, posesión o mera tenencia de los elementos materiales de la empresa, el empleador seguirá siendo el mismo, a saber, la persona jurídica con la cual originalmente contrataron los trabajadores. Con todo, en procesos de división, absorción, fusión societarios, producto de los cuales haya aparición de nuevas, o desaparición de antiguas, personas jurídicas, habrá propiamente cesión del contrato de trabajo entre ellas.

La otra situación la prevé el art. 184 CT, a propósito del contrato de trabajadores de casa particular. Dispone el precepto citado que "al fallecimiento del jefe de hogar, el contrato subsistirá con los parientes que hayan vivido en la casa de aquél y continúen viviendo en ella después de su muerte, los que serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato". Tal como en el caso anterior, la ley transfiere la situación obligacional de una de las partes de la relación jurídica a terceros, sin tener en cuenta, para nada, sus voluntades. Cabe advertir, sin embargo, que no habrá en rigor cesión forzada del contrato de trabajo cuando los parientes a que alude la norma sean, a la vez, herederos del empleador, puesto que, conforme a las reglas generales de la sucesión por causa de muerte, representan a la persona del causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Por consiguiente, en tal caso, la transmisión de la posición contractual será un efecto propio de la sucesión a título universal antes que de la norma analizada, como sucede, por cierto, en la generalidad de los casos cuando fallece el empleador, puesto que dicha circunstancia no es causal de término de la relación laboral. Un análisis detallado de la cesión de contrato en Ríos, S.: "Las cesiones legales de contrato. Una contribución al régimen de la cesión convencional de contrato", en Mantilla, F. y Pizarro, C. (coord.): *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago de Chile, 2008, pp. 169-197.

⁶ Así el trabajador transitorio pasará, *ipso iure*, a ser trabajador de la empresa usuaria cuando falte contrato escrito de puesta a disposición entre ésta y la EST; cuando celebre contrato de puesta a disposición por causales prohibidas; cuando el trabajador transitorio

recepción en el Derecho del trabajo chileno de una categoría jurídica harto inquietante. Me refiero al “contrato fáctico”.

Como nos recuerda HATTENAUER,⁷ la doctrina de la autonomía de la voluntad resultaba sospechosa tanto para los socialistas de Weimar como para los socialistas nacionalistas de la Alemania hitleriana.⁸ Debía, por tanto, quedar constreñida al espacio que le concediera provisoriamente el Estado antes de ser expulsada por completo del tráfico jurídico. En 1935, Karl Larenz definió el contrato como “una relación jurídica integrada en el orden general de la nación, cuya configuración dependía en primer término de dicho orden y, sólo después, de la determinación de las partes interesadas”.⁹ Por las mismas fechas y ante el incremento de negocios jurídicos decretados y configurados en su contenido por el Estado, precisamente un laboralista, Nipperdey introdujo la categoría del contrato forzoso.¹⁰ Sin embargo, el paso decisivo lo dio, en 1941, Günter Haupt, con su ensayo *Entorno a las relaciones contractuales fácticas*, observando que “éstas no se basan en la conclusión de un contrato, sino únicamente en precedentes factuales”.¹¹

En el ámbito del Derecho del trabajo, se produce una regresión al Derecho germánico, a la *Treudienst verhältnis*, *Treueverhältnis* o relación de servicio fiel existente entre el caudillo y su séquito. Esta relación no surgía de un acuerdo o pacto entre *Führer und Gefolgschaft* (conductor y conducidos)

continúe prestando servicios para ella expirado el plazo del contrato de puesta a disposición; cuando hubiere contratado al trabajador transitorio en supuestos distintos a los autorizados; cuando se determine que el contrato tenía por objeto encubrir relación laboral permanente o bien cuando contratare trabajador de servicios temporarios por intermedio de empresas no inscritas como EST.

⁷ Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Introducción histórico-dogmática*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 74. Véase también, del mismo autor, su *Los Fundamentos Histórico-Ideológicos del Derecho Alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1981.

⁸ Maravall, también ha observado que “el Derecho del trabajo alemán, tanto el que nace con la Constitución de Weimar como el que debió su origen a la Ordenanza del Trabajo nacional, tienen estrechas concomitancias que no se pueden negar, solamente difieren en el principio político inspirador, pero en sus lineamientos técnicos son muy parecidos”. Maravall, H.: “Aspectos de la problemática actual del derecho del trabajo en Europa”, p. 41 (sin fecha). Documento obtenido de: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/10/RPS_012_031.pdf

⁹ Citado por Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales...*, p. 74.

¹⁰ Idem.

¹¹ Citado por Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales...*, p. 73.

sino de un juramento del germano a los dioses (*Treue*). Como explica Hattenhauer:

El juramento no era un contrato. La estabilidad del orden jurídico no descansaba en las promesas de los usuarios del Derecho, sino en el poder de la divinidad. No importaba cómo ni por qué se había jurado; bastaba la mera ejecución de la fórmula mágica para que resultara una obligación legal. Las fórmulas y lo gestual eran decisivos por sí mismos. [...] Resultaba irrelevante jurar bajo coacción o erróneamente, o que el juramento provocase un resultado inmoral. Lo determinante para que se desencadenara el efecto automático del juramento era pronunciar textualmente la fórmula del juramento con el contenido gestual preestablecido.¹²

El Derecho germánico, al dar supremacía a lo externo, a lo fáctico, a “la realidad”, ofrecía a los juristas nazis presupuestos teóricos de irreprochable pureza a partir de los cuales desterrar por completo del ámbito laboral la autonomía de la voluntad, noción ésta demasiado meridional, demasiado francesa, demasiado “subjetiva” para el gusto de la época. Wolfgang Siebert elaboró su teoría de la *Arbeitsverhältnis* (relación de trabajo), cuyo nacimiento “se desligaba por completo de la voluntad de las partes, convirtiéndola en una situación fáctica social anterior a la voluntad privada”.¹³

...el pensamiento fundamental de la teoría de Siebert [...] es el de establecer la incorporación a la comunidad de producción –*Eingliederung in die Betriebs gemeinschaft*– como fundamento de la relación de trabajo. Siendo metodológicamente necesario destruir el contrato de trabajo tradicional para llegar a la plena formulación de la doctrina de la relación de trabajo, Siebert considera “que sería puramente formal y sin ningún valor práctico designar la relación de trabajo como un contrato en la acepción o sentido del término en el Derecho civil”¹⁴

Para Siebert, la relación de trabajo no es, pues, una relación obligacional nacida de un acuerdo de voluntades, sino una relación de ocupación o

¹² Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales... cit.*, p. 64.

¹³ Citado por Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales... cit.*, p. 92.

¹⁴ Suárez, F.: “El origen contractual de la relación jurídica de trabajo”, p. 74. Documento obtenido desde:

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/10/RPS_048_069.pdf

empleo en la que la situación se origina y determina por una situación de hecho, a saber, la incorporación del trabajador a la comunidad de trabajo, independientemente de que exista o no una obligación de prestar trabajo.

La teoría de la *Arbeitsverhältnis* tuvo un ardoroso defensor en el juslaboralista mexicano MARIO DE LA CUEVA, quien elaboró su particular versión de la misma, el “contrato-realidad” que “existe, no en el acuerdo de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia”.¹⁵

Pero, salvo esta excepción, tras la caída del nazismo la teoría de la relación de trabajo quedó desacreditada, cuando menos en el ámbito iberoamericano.¹⁶ No así el anticontractualismo, ni la mística corporativista de la “comunidad empresarial”, que hallaron nuevo cauce, esta vez, en una fórmula ideológica aparentemente más presentable que la de Siebert¹⁷ y, para mejor, francesa: la teoría de la institución de Maurice Hauriou. Fue Paul Durand quien proyectó la teoría institucionalista a la explicación de la naturaleza jurídica de la empresa, concibiendo ésta como una colectividad jerarquizada que conjuga solidariamente los intereses del jefe –empresario- y de los trabajadores. Bajo este enfoque, “los elementos humanos, sumados a los materiales, dan origen a un conjunto orgánico que busca alcanzar una finalidad, consistente en la obtención del provecho mediante el ejercicio de una actividad

¹⁵ De la Cueva, M.: *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, 11ª edición, 1969, tomo I, p. 459. Es interesante advertir la influencia de la teoría de De la Cueva en la configuración del llamado “principio de primacía de la realidad” por el jurista uruguayo Américo Pla. (véase, Pla, A.: *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313 y ss.).

¹⁶ En Alemania estas teorías sobrevivirían todavía 20 años al hundimiento del nacional-socialismo. Véase, Hattenhauer, H.: *Conceptos fundamentales... cit.*, p. 92.

¹⁷ Sólo aparentemente ya que como observa Maravall, por entonces “la ciencia jurídica francesa, en materia laboral, experimenta una recepción de doctrinas alemanas, lo que resulta de fácil observación al utilizar los manuales de Durand, Rouast, Durand-Vitu-Jaussaud, etcétera.; no es tan sólo la preferencia en el manejo de la literatura jurídica alemana, sino la germanización de sus ideas, especialmente las teorías de la empresa laboral, el poder disciplinario del empresario, la intervención estatal, su fundamentación, como una necesidad de la organización política moderna, etc.” Maravall, H.: *op. cit.*, p. 36. La misma poderosa influencia de las doctrinas laboristas alemanas observa en Durand, Birk, R.: “Labor law scholarship in France, Germany, and Italy: some remarks on a difficult question”, en *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 23, Nº 3, 2002, p.685.

económica determinada”.¹⁸ De forma parecida a la teoría alemana, la pertenencia a la institución se produce por la integración real, por la aceptación y ejercicio de los deberes y funciones propios de la colectividad. El propio DURAND observó la congruencia de la concepción de la relación de trabajo con su concepción de la empresa como institución, agregando que *“aucun obstacle grave n’empêche la transposition, en droit Française, des principes sur lesquels repose la théorie de la relation de travail”*.¹⁹

Me he permitido esta brevísima incursión por la genealogía del contrato de trabajo fáctico, para llamar la atención sobre el contexto en que surge la idea de relación de trabajo sin contrato y la pulsión ideológica, evidentemente totalitaria, a la que obedece y cómo, además, dicha teoría se vincula íntimamente con los conceptos organicistas-institucionalistas de la empresa, todavía defendidos por muchos profesores de Derecho del trabajo sudamericanos.

Finalmente quisiera advertir sobre la influencia directa de la teoría de De la Cueva (e indirecta de Siebert) en la configuración del llamado “principio de primacía de la realidad” por el jurista uruguayo AMÉRICO PLA, de frecuente invocación doctrinaria y jurisprudencial en nuestro país.²⁰

¹⁸ Garmendia, M.: *op. cit.*, p. 43.

¹⁹ Citado por Jeammaud, A.: “La centralite retrouvée du contrat de travail en Droit française.”, p. 417, nota 8. Documento obtenido desde: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/24.pdf>

²⁰ Véase, Pla, A.: *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313 y ss.).