



**UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES  
ESCUELA DE DERECHO**

# **EL ABUSO DEL DERECHO EN LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO**

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas

Franco Esteban Martínez Carrasco

Profesor Guía: Alejandro Alarcón Quinteros

Santiago, Chile  
2017

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|  | <b>Página</b> |
|--|---------------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b>  | 1             |
| <b>CAPÍTULO I</b>  | 4             |
| <i>EL ABUSO DEL DERECHO . EVOLUCIÓN<br/>Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA.</i>  | 4             |
| 1.1 El abuso del derecho. Conceptualización.   | 4             |
| 1.2 Antecedentes históricos.   | 7             |
| 1.3 La conducta abusiva.   | 12            |
| 1.3.1 Ejercicio del derecho subjetivo.   | 12            |
| 1.3.2 Concepto de conducta abusiva.  | 13            |
| 1.3.3 Elementos de la conducta abusiva.  | 14            |
| <b>CAPÍTULO II</b>   |               |
| <i>POSTURAS DOCTRINARIAS SOBRE LA TEORÍA DEL<br/>ABUSO DEL DERECHO. ABSOLUTISMO Y RELATIVISMO DEL<br/>DERECHO SUBJETIVO.</i> | 17            |

|   |    |
|---|----|
| 2.1 Teoría clásica o absolutista de los derechos<br>subjetivos.   | 17 |
| 2.2 Relativismo de los derechos subjetivos. El abuso del derecho. | 18 |
| 2.3 Críticas a la noción de abuso del derecho.                    | 21 |
| 2.4 El principio de la buena fe.                                  | 22 |
| 2.5 Los derechos absolutos.                                       | 25 |
| 2.6 Sanción al abuso del derecho.                                 | 27 |

### **CAPÍTULO III**

|   |    |
|---|----|
| <i>NORMAS DE DERECHO POSITIVO EN MATERIA LABORAL QUE SE<br/>FUNDAN EN LA NOCIÓN DE “ABUSO DEL DERECHO”.</i> | 28 |
|---|----|

### **CAPÍTULO IV**

|  |    |
|--|----|
| <i>LA JURISPRUDENCIA LABORAL CHILENA Y EL ABUSO DEL DERECHO.</i> | 29 |
|--|----|

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 4.1 Análisis de jurisprudencia. | 29 |
|---------------------------------|----|

|                      |    |
|----------------------|----|
| <b>CONCLUSIONES.</b> | 39 |
|----------------------|----|



## INTRODUCCIÓN

El tema del abuso del derecho es un asunto que desde el origen de las instituciones en que se sustenta el Derecho occidental a captado el interés de los estudiosos del Derecho ya que se trata de un asunto que se relaciona directa e inmediatamente con el objeto y fin último de la ciencia jurídica: alcanzar la convivencia pacífica de los seres humanos, para lo cual se disciplina la conducta de los miembros de la sociedad, objetivo que lleva a tener que reconocer ciertas facultades de actuar a unos (derecho subjetivo) e impone la correlativa obligación a otros, produciéndose bajo ciertas circunstancias situaciones en que el legítimo ejercicio del derecho por parte de su titular redundaría en perjuicios para terceros, lo que lleva a cuestionarse si es legítimo que esto ocurra, si esta injuria es una consecuencia necesaria e inevitable del despliegue de una potestad que se nos reconoce, interrogante a la cual la teoría del abuso del derecho pretende dar respuesta.

La motivación que induce nuestra investigación consiste en que el abuso del derecho genera debates entre los autores y en que se trata de un tema que se revela como determinante a la hora de la aplicación de la norma jurídica al caso concreto, y en especial tratándose de la relación individual de trabajo en que las profundamente distintas circunstancias en que se encuentran las partes, es terreno fértil para los abusos de quienes se suponen son el motor de la economía de un país. El desarrollo de la teoría por parte de la doctrina nacional aparece como muy necesitado, lo que resulta evidente al descubrir la escases de

publicaciones y la jurisprudencia al respecto, sobre todo en el ámbito del Derecho del trabajo, en que la situación es aún más grave.

El tratamiento que hoy en día se le ha dado a la teoría del abuso del derecho, que se caracteriza por su escaso desarrollo a nivel doctrinario en nuestro país, lo que, como se dijo, genera una jurisprudencia muy pobre, lleva a que se sigan produciendo situaciones jurídicas en que el ejercicio de un derecho por parte de su titular acarrea perjuicios para terceros, viéndose estos últimos en la imposibilidad de lograr la correspondiente compensación, lo que se agudiza al considerar la asimetría de la relación individual de trabajo, la que puede repercutir con consecuencias nefastas en la vida del trabajador.

Es por lo anteriormente señalado que durante el desarrollo de este trabajo el proceso investigativo se centrará fundamentalmente en intentar encontrar la respuesta a la siguiente interrogante principal ¿cuál es el grado de recepción que la teoría del abuso del derecho ha tenido en nuestra legislación y jurisprudencia laborales?

De esta manera, nuestro objetivo general será analizar el nivel de acogida que la teoría del abuso del derecho ha tenido por parte de nuestro derecho positivo y jurisprudencia a propósito de la relación individual de trabajo.

Considerando la referida pregunta principal nos inclinamos por plantear como hipótesis lo siguiente: nuestra legislación y jurisprudencia laborales han considerado muy restringidamente la teoría del abuso del derecho, dado su pobre desarrollo por la doctrina nacional.

Por otra parte, y como objetivos secundarios, intentaremos conceptualizar de la manera más precisa posible la noción de abuso del derecho; determinar

cuáles son las visiones teóricas que a su respecto han planteado; identificar las normas jurídicas que en materia laboral se basan en ella; y, por último, identificar la postura doctrinaria de los Tribunales Superiores de Justicia a este respecto.

Es por lo anterior que hemos optado por que nuestra investigación sea del tipo documental, avocándonos al estudio de información contenida en documentos (libros, revistas, sentencias). En cuanto a los niveles de investigación, serán del tipo exploratorio y descriptivo, pues se buscará alcanzar una visión general aproximativa del tema, individualizar los elementos característicos del fenómeno, y como la teoría del abuso del derecho es aplicada, si es que lo es, por los tribunales de justicia. Para ello se utilizarán los métodos analítico e inductivo, ya que se identificarán y estudiarán los elementos que se refieren al abuso del derecho (normas jurídicas, sentencias judiciales, opiniones de los autores), y, establecer una tendencia de los tribunales.

La selección de este tema obedece, en el plano teórico, a que esta materia ha sido desde siempre controversial entre los estudiosos del Derecho, no logrando estos, aunar criterios al respecto, dividiéndose entre quienes apoyan teoría de los derechos subjetivos denominada absoluta, y quienes los consideran poderes relativos en cuanto a su ejercicio y oposición a terceros.

En cuanto a razones de orden práctico, la decisión de asumir el estudio de esta materia obedece a que en más de una ocasión he sido testigo de casos en que el ejercicio de un derecho por parte del empleador, no obstante ser inicialmente legítimo, ha provocado que el trabajador se vea en la necesidad de soportar una situación que a todas luces resulta abusiva e inaceptable, pero que su posición frente al empleador y la necesidad de conservar su puesto laboral lo

obligan a tolerar, lo que ha despertado en mí el interés por descubrir si existen fundamentos jurídicos que permitan a quienes se vean afectados en este sentido lograr evitar tener que someterse a los requerimientos de quien abusa de su derecho.

## **CAPÍTULO 1**

### **EL ABUSO DEL DERECHO. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA.**

#### **1.1. EL ABUSO DEL DERECHO. CONCEPTUALIZACIÓN.**

El mundo del Derecho gira impulsado por la constitución de relaciones intersubjetivas que el ordenamiento jurídico considera importante regular. En el marco de esta regulación, el legislador atribuye a uno de los sujetos de la relación un poder o facultad, que libremente podrá o no ejercer, y que le permite exigir del sujeto pasivo la realización de una prestación en su favor, bajo amenaza de ser objeto de sanción en caso de incumplimiento. Esta potestad que la norma jurídica confiere al sujeto es lo que se conoce con el nombre de **derecho subjetivo**, cuyo ejercicio, desde antiguo, ha dado lugar, entre otras, a la siguiente interrogante ¿puede el titular de un derecho subjetivo, por el hecho de ser tal, ejercerlo sin



ningún tipo de limitación, en forma caprichosa y arbitraria, sin obtener beneficio alguno, incluso culpable o dolosamente, infiriendo un daño a un tercero? Es esta pregunta fundamental, la que revela la esencia del problema del abuso del derecho.

Una célebre definición de abuso del derecho señala que “el ejercicio de los derechos subjetivos, a parte de sus límites legales, tiene otros que son de orden moral, teleológico y social, así que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspassa, en realidad, los límites impuestos al mismo por la **equidad y la buena fe**, con daños para terceros o para la sociedad”. De lo anterior se concluye que el derecho subjetivo solo habilitaría para procurarse un beneficio que debe estar comprendido en el cuadro de intereses que la ley reconoce al amparar su existencia. En un diccionario jurídico es posible encontrar dos conceptos de abuso del derecho: *“acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter de absoluto”*; *“es el hecho de una persona de ejercitar, con el fin de perjudicar a otra, y por lo tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular”*<sup>1</sup>. La perspectiva del “abuso” hace emerger la ilicitud de la lesión de un interés por parte del titular de un derecho o de un poder que actúa en aparente conformidad con una regla de Derecho. El abuso no consiste en la transgresión de los límites legales fijados por el ejercicio del derecho mismo, sino que se trata de una aparente conformidad del

---

<sup>1</sup> Valetta, María Laura, “*Diccionario Jurídico*”, Buenos Aires, Valetta Ediciones, quinta edición, año 2007, p. 16.

comportamiento del sujeto al contenido de su derecho, por lo que más bien, abusar del derecho debería significar cubrir de apariencia jurídica un acto que se tendría el deber de no realizar. En efecto, lo que caracteriza el abuso respecto a un simple exceso de los límites legales es la apariencia de legitimidad-legalidad del comportamiento del titular del derecho, lo que permite jurídicamente su tutela. En otras palabras, debe tratarse de una conducta lícita y no de una prohibida directa o indirectamente por otras reglas. He aquí la esencia misma de la teoría del abuso del derecho. Por su parte, el profesor Pablo Rodríguez Grez, discrepando absolutamente con lo que hasta aquí se ha planteado, sostiene que la noción tradicional de “abuso del derecho” es artificial y contradictoria, impregnada de conceptos extrajurídicos (solidaridad social, egoísmo individual, etc.), de una muy pobre construcción dogmática, plagada de imprecisiones y reduccionismos. Señala que “la terminología es equivocada e inductiva a error. Afirmar que puede abusarse de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, solo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites delineados en la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el marco de lo jurídico”<sup>2</sup>. En su opinión, el “abuso del derecho” consiste en exceder el interés jurídicamente protegido por el derecho positivo al instituirse la norma que lo consagra. Este sería el único límite jurídico a su ejercicio. Más allá del interés o fuera del interés protegido, se actúa al margen del derecho, infringiendo el ordenamiento positivo. Como es posible apreciar, el abuso del derecho es un

---

<sup>2</sup> Pablo Rodríguez Grez. 1998. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Pág. 87.

tema que lleva la resolución de los conflictos de interés más allá de lo estrictamente normativo, dejando en evidencia que muchas veces el escenario fáctico en que se desarrollan las relaciones jurídicas privadas genera situaciones que escapan al marco regulatorio abstracto establecido por el derecho objetivo y que, no obstante, deben ser dirimidas con objetividad y equidad, a fin de realizar el objetivo último del Derecho: el orden y la paz sociales con miras al bien común.

## 1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Resulta ser un asunto muy debatido entre los autores cuál es el antecedente histórico más pretérito de la teoría del abuso del derecho. Entre los romanistas no hay acuerdo acerca de si el abuso del derecho fue considerado por el Derecho romano o si esta noción le resultó extraña.

Según algunos autores<sup>3</sup>, en los textos jurídicos romanos se puede apreciar la consideración de la teoría en varias instituciones como, por ejemplo, en lo relativo a la protección de los esclavos frente a la conducta del amo, del hijo en relación a los padres, en la represión del fraude y en la introducción de la acción pauliana.

Otros<sup>4</sup> afirman que la ley romana establecía como máxima que **“quien usa su derecho no causa daño a nadie”**, citando al respecto el libro L, Título XVII, del Digesto, a través de los textos de Gallo y Paulo, además de otros fragmentos del

---

<sup>3</sup> Joseph Charmont, citado por Pablo Rodríguez Grez, ob. cit, Pág. 121.

<sup>4</sup> José Puig Brutau, citado por Pablo Rodríguez Grez, ob. cit, Pág. 121.

mismo cuerpo normativo que señalan, por ejemplo, “**Nadie hace daño a otro, sino aquel que hizo algo que no tenía derecho a hacer**” (fr. 151 cód. Paulis) o “No parece haga ofensa, daño, a nadie, quien usa de su derecho e intente o pruebe algo ordinario” (fr. 155 cód. Paulus). De estas citas es posible inferir que los romanos estimaban que quien ejerce un derecho no puede agraviar a nadie, es decir, que la noción de abuso del derecho era para ellos desconocida. Lo anterior no impidió que la **equidad** influyera poderosamente en la administración de justicia, especialmente en la labor del Pretor, que la consideró principio rector en la aplicación del Derecho, lo que, según un autor “atemperó la estricta, absoluta e ilimitada actuación del derecho subjetivo de parte del sujeto facultado. Esta actitud de los Pretores se traduce en algunas máximas que, a menudo, son puestas de manifiesto por quienes han estudiado con algún detenimiento la figura del abuso del derecho”<sup>5</sup>. Es aquí precisamente donde nace una máxima de Cicerón que sostiene que “la aplicación fría, textual y aislada de la norma, conduce, inevitablemente, a la injuria en cuanto daño y perjuicio a otra persona”. De esta manera, podemos concluir que en Roma la teoría del abuso del derecho nunca existió como tal, sino que, en la práctica, fue el Pretor la autoridad que se encargó de resolver las inequidades que generaba el ejercicio abusivo de un derecho por parte de su titular, haciendo prevalecer los principios de la equidad por sobre los mandatos del derecho positivo, sentando de alguna manera las bases de lo que varios siglos después se conocerá como la teoría del abuso del derecho.

---

<sup>5</sup> Carlos Fernández Sessarego, citado por Pablo Rodríguez Grez, ob. cit. Pág. 122.

Durante la edad media la situación no es muy diferente, en el sentido que el “abuso del derecho” sigue siendo una noción desconocida para el Derecho positivo. La ética cristiana comienza a influir en la vida social, imprimiéndole una concepción mucho más solidaria, surgiendo la llamada doctrina de los “**actos de emulación**”, sin duda, vinculada al “abuso del derecho”. **La emulación** consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a la persona o propiedad de otro. Lo importante aquí es la intención de perjudicar con el ejercicio del derecho. Esta teoría, como es posible apreciar, constituye el antecedente más directo e inmediato del “abuso del derecho”, como podremos constatar durante el curso de esta investigación.

Otros dos antecedentes importantes del “abuso del derecho” podemos encontrar en la edad media. Por una parte, en las siete partidas, Alfonso Décimo, El Sabio, restringe el ejercicio del derecho de propiedad (Ley XIX del Título XXXII de la partida III). Esta Ley prohíbe cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario y solo se ejecutare esta obra con el fin de dañar al propietario de la heredad vecina. Por otra parte, surge la **teoría de las “inmisiones”**. Según ella, y a diferencia de la teoría de los actos de emulación, lo que interesa no es la intención de quien ejerce el derecho, sino el resultado objetivo del mismo, es decir, el acto de inmisión deriva del ejercicio de la propiedad causando perjuicio al vecino, como por ejemplo, los malos olores, los ruidos, la humedad, el calor, etc. José Manuel Martín Bernal<sup>6</sup> funda esta doctrina en el Digesto, en el cual se afirma

---

<sup>6</sup> José Manuel Martín Bernal, 1982. *El abuso del derecho*, Madrid, España, Editorial Montecorvo S.A, Pág. 29.

que una persona puede gozar libremente de su fundo, siempre que con ello no se verifique una inmisión en el fundo vecino.

Esta doctrina está complementada por el concepto de **“tolerancia normal”**. Se invoca al respecto el artículo 844 del Código Civil italiano de 1942, según el cual “el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los humores, las sacudidas y similares propagaciones derivadas del fundo vecino, que no superen la **normal tolerancia**, teniendo también en cuenta las condiciones de los lugares”.<sup>7</sup>

De esta manera, ineludible resulta reconocer que la noción del “abuso del derecho” no tiene una expresión concreta y precisa en el Derecho Romano ni en el Derecho Medieval. No obstante, y como acabamos de ver, durante estos períodos surgen una serie de ideas y planteamientos que indiscutiblemente constituyen las raíces primitivas de esta teoría, como la **“equidad”** que inspiró a los Pretores romanos en la aplicación del Derecho; o la doctrina de los **“actos de emulación”** fundada en el ejercicio de un derecho con la intención de perjudicar a otro sin obtener un provecho necesario y legítimo; y por último, la **“teoría de las inmisiones”** que nace de confrontar los intereses del titular de un derecho subjetivo y de quien, por razones de vecindad, puede verse afectado por los actos ejecutados por aquel, lo que permite constatar que desde muy antiguo se advirtió que el ejercicio del derecho subjetivo presenta aspectos anómalos, que permiten la consumación de inequidades que repugnan la lógica jurídica.

La teoría del abuso del derecho, con su configuración actual, tiene origen jurisprudencial. Se invocan a este respecto dos sentencias pronunciadas por los

---

<sup>7</sup> Carlos Fernández Sessarego, citado por Pablo Rodríguez Grez, ob. cit. Pág. 127.

tribunales franceses, bajo la vigencia del Código Civil de 1804, que no contenía norma que regulara la materia.<sup>8</sup>

La primera de estas sentencias fue emitida por el Tribunal de Colmar, con fecha 2 de mayo de 1855. Al año siguiente, el Tribunal de Lyon pronunció otro fallo similar. En las decisiones de ambos tribunales se presentan los principales elementos de la doctrina del “abuso del derecho”, al especificarse que el ejercicio del derecho debe tener un límite y que éste no puede ser otro que la satisfacción de un **interés serio y legítimo**, de lo que se sigue que el derecho subjetivo sólo habilita para procurarse un provecho que debe quedar comprendido en el marco de los intereses que la norma reconoce al salvaguardar su existencia.

Frente a la concepción tradicional o absolutista que, como veíamos, predominaba en el Derecho Romano y medieval, y que se sintetiza en el aforismo “quien su derecho ejerce, a nadie ofende”, surge la **teoría del abuso del derecho**, que en la actualidad recogen algunos códigos europeos, como el alemán y el suizo, que subrayan el carácter relativo del derecho subjetivo. En el ámbito latinoamericano el Código Civil peruano sigue la misma línea<sup>9</sup>. En el caso de nuestro país podemos encontrar la consagración positiva de esta teoría en algunas normas del Código Civil, como los artículos 2210, 2211, 2212; artículo 56 del código de aguas; artículo 270 del Código de procedimiento Civil; artículo 45 de la ley de quiebras, y otras que se analizarán en su oportunidad.

Hoy en día, además del problema principal que envuelve el “abuso del derecho” y que consiste en determinar si es posible “abusar” del ejercicio de un

---

<sup>8</sup> Pablo Rodríguez Grez, ob. cit. Pág. 128.

<sup>9</sup> Carlos Ducci. ob. cit. Pág. 223.

derecho del cual se es titular, la doctrina intenta dar respuesta a otro problema, que consiste en establecer en qué momento el ejercicio de un derecho llega a ser abusivo, dividiéndose los autores entre aquellos que sostienen un criterio subjetivo, y que exigen que haya culpa o dolo en el ejercicio del derecho, y quienes sustentan un criterio objetivo, que estiman que hay abuso si el derecho no se ejerce de acuerdo a su función social<sup>10</sup>.

### **1.3. LA CONDUCTA ABUSIVA.**

#### **1.3.1 Ejercicio del derecho subjetivo.**

Al conceptualizar el abuso del derecho, se dijo que el legislador, al conceder a una persona un derecho subjetivo, le da una herramienta que le permite exigir del sujeto pasivo de la relación un comportamiento, que consiste en dar hacer o no hacer algo. El derecho subjetivo es entonces una potestad destinada a exigir un comportamiento, invocando en su apoyo la ayuda que proporciona el Estado. Este comportamiento a que está obligado el deudor busca lograr la satisfacción de un **interés**, el cual se tendrá por satisfecho si la prestación debida se realiza exactamente.

---

<sup>10</sup> Carlos Ducci. ob. cit. Pág. 224.



Por lo anteriormente señalado, se puede concluir que el derecho subjetivo se ejercerá legítimamente solo cuando con ello se busque la satisfacción del **interés reconocido y amparado por la norma** y nada más allá, lo cual supone que la obligación se cumpla de manera que se el acreedor logre ese interés y no menos. Esta situación ideal debiera darse en todos los casos si no fuera porque, en la práctica, los sujetos de la relación buscan muchas veces, por una parte, hacer valer su derecho con el propósito de alcanzar un provecho mayor, o cumplir la obligación con un gravamen menor, rompiendo de esta manera el equilibrio original. Esta situación es lo que el profesor Pablo Rodríguez Grez denomina “abuso circunstancial”<sup>11</sup>, concepto que constituye un aporte a la teoría clásica del abuso del derecho, y que más adelante se abordará en detalle. Pero también puede ocurrir que el titular de un derecho subjetivo decida ejercerlo en forma caprichosa y arbitraria, sin la intención de alcanzar con ello un beneficio determinado, incluso, el actuar del sujeto activo podría estar motivado solo por el afán de perjudicar a un tercero. Esta última situación es lo que tradicionalmente se ha considerado como “abuso del derecho”.

Es en este contexto que aparece la conducta abusiva.

### **1.3.2 Concepto de conducta abusiva.**

Para definir la conducta abusiva, utilizaremos el concepto que de ésta entrega el profesor Pablo Rodríguez Grez, ya que, a nuestro juicio, recoge la idea

---

<sup>11</sup> Pablo Rodríguez Grez, ob. cit. Pág. 76.

clásica sobre este tema, pero además considera la noción de “abuso circunstancial” que, como decíamos, representa un gran aporte de su parte a la teoría del abuso del derecho.

El autor citado conceptualiza el acto abusivo como **“aquel que consiste en ejercer un derecho subjetivo al margen de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo, u obteniendo un provecho que sobrepasa este interés, sea o no intencionalmente, como consecuencia de romper el equilibrio original que prevalecía entre el sujeto activo y el sujeto pasivo al momento de gestarse la relación jurídica subjetiva y en el cual se fundan los derechos y obligaciones en que ella se resuelve”**.<sup>12</sup>

Creemos que este concepto de la conducta abusiva es el que representa la versión más moderna de esta figura, ya que deja fuera factores como la intencionalidad (dolo civil), que antiguamente era condición necesaria para poder hablar de abuso del derecho, pero que para la doctrina contemporánea, en su mayoría, hoy resulta ajeno a esta noción.

### **1.3.3 Elementos de la conducta abusiva.**

Como consecuencia de lo anterior, y según la opinión de la doctrina mayoritaria, resulta que los elementos que configuran la conducta abusiva serían los siguientes:

- ❖ **Un derecho subjetivo:** Para que podamos afirmar que estamos frente a una situación que corresponde a un abuso de un

---

<sup>12</sup> Pablo Rodríguez Grez, ob. cit. Pág. 78.

derecho, se requiere, como primera condición, la existencia de una relación de Derecho entre al menos dos personas, encontrándose una de las partes (sujeto pasivo o deudor) en la necesidad de realizar en favor de la otra, una prestación determinada, y estando facultado el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación, incluso forzosamente. Cualquier otra situación, como por ejemplo, aquella en que una persona requiere de otra una conducta determinada, sin que el derecho positivo le reconozca tal facultad, queda fuera del ámbito del “abuso”.

- ❖ **Una prestación que se funde en el ejercicio de un derecho subjetivo:** La conducta abusiva supone también que el titular de la potestad reclame del sujeto pasivo de la relación el cumplimiento de una determinada prestación, es decir, la realización de una conducta, positiva o negativa. En el evento que quién demande la ejecución de la prestación no esté facultado para ello por el ordenamiento jurídico, no se podrá hablar de un abuso de derecho, pues, como la lógica indica, solo puede abusarse de aquello que se tiene y no de aquello de que se carece.
  
- ❖ **Que la prestación sobrepase el “interés jurídicamente protegido”:** Al definir la conducta abusiva dijimos que era aquella en que la pretensión que se reclama no corresponde o sobrepasa el

“interés” amparado por la norma. Esta situación implica que al ponerse en movimiento el derecho subjetivo, se rompe el equilibrio original sobre el cual se estableció la relación jurídica, permitiendo que el sujeto activo resulte beneficiado con una prestación no contemplada en la norma, o bien, que el provecho ganado vaya más allá de lo presupuestado por la ley, situación que obviamente sobrepasa los límites de la justicia y la equidad, y que en ningún caso puede ser amparada por el derecho objetivo.

- ❖ **Que no se trate de aquellos casos en que el interés protegido está enmarcado por la ley:** No cabe hablar de conducta abusiva en estos casos, puesto que es la propia ley la que ha determinado la extensión del interés protegido, o faculta a los sujetos de la relación para prescindir del equilibrio original (como en el caso de los contratos aleatorios, en que las partes libremente han acordado que las prestaciones recíprocas a que da origen la convención, sean medidas al momento en que se hagan exigibles, es decir, consistan en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. Lo anterior se concluye al considerar que no resulta coherente hablar de “abuso” tratándose de situaciones consentidas con anterioridad por la voluntad, ya sea legislativa o particular, en que los “límites” están determinados en abstracto y *a priori*.

- ❖ **Que el abusar del derecho cause un daño ilegítimo a un interés ajeno:** Esto porque el abuso es un acto calificado por el resultado,

por lo que no puede hablarse de una “actuación abusivo” meramente formal.

De lo anterior se deduce que el abuso del derecho es un problema que, en la práctica, se ha presentado desde siempre ya que la regulación establecida por el derecho positivo nunca ha sido suficiente para dar solución a los infinitos y muy variados conflictos de intereses que se presentan entre los miembros de un grupo social. Durante el desarrollo de este capítulo, hemos logrado formarnos ya una idea clara de lo que debemos entender por abuso del derecho y la noción de actuación abusiva y de los elementos que la constituyen.

## **CAPÍTULO 2**

### **POSTURAS DOCTRINARIAS SOBRE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO. ABSOLUTISMO Y RELATIVISMO DEL DERECHO SUBJETIVO.**

#### **2.1. TEORÍA CLÁSICA O ABSOLUTISTA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.**

La doctrina, clasifica los derechos subjetivos en dos categorías: absolutos o incausados y relativos o causados, considerando si estos pueden ejercerse en forma absolutamente discrecional, sin límite alguno, o deben ejercitarse considerando los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista clásico de los derechos subjetivos, estos son poderes que el legislador concede al sujeto para que este los ejercite con absoluta libertad, sin tener que dar cuenta a nadie de sus actos. Todo derecho ha sido creado para la satisfacción del interés jurídicamente protegido. Para la definición del interés protegido, la voluntad del titular juega un papel fundamental, ya que es esta y no la del legislador, la que determina ese interés y su alcance, sin otra consideración que su propia conveniencia, sin que nadie pueda cuestionar esa decisión, ni siquiera el juez. La ley no exige al titular del derecho subjetivo el deber de considerar, antes de ejercer el derecho, las consecuencias sociales que produzca.

Si como resultado del ejercicio del derecho, resultan dañados intereses de terceros, el titular del mismo ninguna culpa tiene, ya que está actuando protegido por su derecho. Si alguien tiene derecho a algo, el Estado no se lo puede desconocer. Los partidarios de esta postura afirman que no puede ser culpado aquel que ejerce su derecho. Se dice que un mismo acto no puede reunir en las calidades de lícito e ilícito. La esencia de esta visión podemos sintetizarla en el siguiente aforismo: **“Quien su derecho ejerce, a nadie ofende”**.

## **2.2. RELATIVISMO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. EL ABUSO DEL DERECHO.**

Ante la visión absolutista de los derechos, surge la teoría del abuso del derecho, que propone la relatividad de estos. Para los partidarios de esta idea, los derechos no se ejercen en un medio social y, en una comunidad realmente

organizada, los derechos de unos se encuentran frente a iguales derechos de otros, por lo que su ejercicio debe efectuarse respetando ciertos límites, que van más allá de lo estrictamente normativo y que, como anteriormente se señaló, se relacionan directamente con **la equidad y la buena fe**. Se afirma que los derechos tienen una misión social que cumplir, la cual su titular no puede olvidar. Ellos deben utilizarse no para un fin cualquiera, sino exclusivamente en función del papel social que están llamados a desempeñar. **Los derechos deben ejercitarse con miras de alcanzar un fin legítimo y por un motivo legítimo, no pueden ponerse al servicio de la malicia, de la mala fe, del deseo de perjudicar a otro, deben utilizarse con responsabilidad y conciencia social, debiendo sancionarse aquellos excesos que contravienen las aspiraciones humanas y sociales de la comunidad civil.** <sup>13</sup>

La mayoría de los autores sostiene que el ejercicio de los derechos subjetivos está condicionado por su finalidad social. Alberto Spota considera que: “La relatividad de los mismos (los derechos subjetivos) es la regla. Los derechos absolutos o “incausados” constituyen un conjunto tan reducido que el ámbito va siendo de más en más estrechado”.<sup>14</sup> Entre los autores nacionales, Arturo Alessandri Rodríguez plantea que: “El absolutismo jurídico, que llega a sacrificar el interés social al individual en nombre de una libertad mal entendida, está en franca decadencia. Es además jurídicamente inaceptable. Es cierto que los derechos son facultades que la ley otorga al individuo; pero no para que los utilice a su antojo, sino para realizar determinados fines. El objeto de la ley no es tanto reconocer o

---

<sup>13</sup> Campos Soto, Bernardo, *El Abuso del derecho en Materia Civil*, Memoria, Universidad Miguel De Cervantes, 2010.

<sup>14</sup> Alberto Spota, citado por Pablo Rodríguez Grez, ob. cit. Pág. 157.

resguardar la libertad humana como asegurar el orden social, permitir la convivencia en sociedad. Para lograrlo, confiere esas facultades a sus miembros como un medio de que puedan desarrollar sus actividades y satisfacer sus necesidades; pero dentro de los fines para que ellas han sido creadas”.<sup>15</sup>

Estas ideas muestran en una perspectiva general la **teoría de la relatividad de los derechos**, la cual tuvo un gran desarrollo durante la primera mitad del siglo pasado. Con respecto a la recepción de esta teoría por parte de la legislación, varios Códigos alrededor del mundo la han consagrado en sus disposiciones. Así, el Código Civil alemán, en su artículo 226 dispone: “El ejercicio de un derecho es inadmisibles si únicamente puede tener la finalidad de causar daño a otra persona”. El artículo 826 del mismo cuerpo normativo señala que en estos casos se configura un acto ilícito que da lugar a indemnización de perjuicios. Igualmente, el Código Civil Federal Suizo de 1912 establece en su artículo 2º que: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las normas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”.

El primer Código Civil de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que se dictó en 1923, decía: “Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que se ejercen contrariamente a su destinación económica y social”.

A nivel Latinoamericano, y siguiendo la misma línea, el Código Civil Paraguayo, que comenzó a regir en Enero de 1987, dispone en su artículo 372 que: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente

---

<sup>15</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, 1943. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Chile, Imprenta Universitaria, Pág. 252.



por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con la intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tubo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente”.

Por su parte, el Código Civil Peruano, que entro en vigencia el 14 de Noviembre de 1984, y que rige hasta la fecha, dice: “La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda” (Título Preliminar, artículo 2).<sup>16</sup>

El ordenamiento positivo nacional no contempla una norma general que consagre el abuso del derecho. Sin embargo, existen algunas disposiciones, que se refieren a casos específicos, que recogen este planteamiento. Por ejemplo: el artículo 2110 que dispone “No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente”, esto en el marco de la renuncia de uno de los socios a la sociedad; Los artículos 2111 y 2112 del mismo cuerpo legal que fijan los efectos que se siguen de esa renuncia; Los artículos 280 y 467 del Código de Procedimiento Civil, que autorizan sanciones indemnizatorias por el ejercicio de acciones judiciales temerarias; Artículo 51 inciso primero de la ley N° 6071; Artículo 45 de la ley 18.175 y otras que, junto con estas, se analizarán en detalle más adelante.

### **2.3. CRÍTICAS A LA NOCIÓN DE ABUSO DEL DERECHO**

---

<sup>16</sup> Campos Soto, Bernardo, ob. cit. Pág. 24 a 26.

Celebres juristas de la talla de Marcel Planiol, León Duguit, Baudry-Lacantinerie, etc rechazan tajantemente el concepto de abuso del derecho.

Planiol es de la idea de que no es posible referirse al abuso del derecho sin caer en una flagrante contradicción: o el acto es abusivo, y entonces no podemos hablar del ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, o está de acuerdo con este, y entonces no cabe hablar de abuso del derecho. Decía el notable jurista francés: *“el derecho cesa, donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho. Puede haber abuso en la conducta de los hombres, pero ello no ocurre cuando ejercen sus derechos, sino cuando los exceden”*

Louis Josserand, por su parte, cree que tal contradicción apuntada por Planiol no existe, pues es de la idea de que es perfectamente posible que un mismo acto sea a la vez conforme y contrario a derecho ya que esta expresión puede ser entendida en dos diferentes acepciones. Según una de ellas es el conjunto de reglas jurídicas -derecho objetivo-, y según otra, una facultad concedida al hombre para ejecutar actos determinados –derecho subjetivo. El acto abusivo sería aquel ejecutado en ejercicio de un derecho subjetivo, por ejemplo el de dominio, pero contradiciendo al derecho objetivo, es decir, al conjunto de reglas jurídicas. Entonces, el propietario que dentro de su heredad ejecuta un acto que daña a su vecino, podría actuar en conformidad a su derecho de propiedad, pero riñendo con el Derecho en general.

#### **2.4. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

La buena fe es un principio que viene a representar el telón de fondo de todas las instituciones, sin estar, sin embargo, expresado en ninguna fórmula general. En el ámbito del Derecho del Trabajo, la buena fe es una directriz que debe ser atendida en todas las etapas de la relación contractual, desde las tratativas preliminares, pasando por la realización de sus efectos y abarcando incluso la etapa post contractual.

El artículo 1546 del Código Civil contiene la declaración más directa referida a la buena fe en nuestro Derecho: “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo 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”. Esta es la norma general de la buena fe como conducta.

El ordenamiento jurídico parte de la base de que las personas están y actúan de buena fe al relacionarse jurídicamente y es por eso que el legislador civil ha establecido una presunción general de buena fe en el artículo 707 del Código del ramo, el cual indica que “la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse”

El concepto de buena fe, según la opinión de los autores, tiene una dimensión subjetiva y otra objetiva. La primera dice relación con la conciencia del individuo, con lo que la doctrina llama “estar de buena fe” lo que consiste en una actitud mental, en la conciencia de estar actuando ajustado a lo que el ordenamiento jurídico establece, no tener conciencia de estar conduciéndose contra Derecho, en ignorar que se está perjudicando ilegítimamente el interés del

prójimo. La buena fe objetiva se vincula con el actuar de buena, lo que conlleva el ajustar la conducta a ciertos estándares predeterminados de comportamiento, consistentes en adoptar un proceder que implique ser fiel a la palabra empeñada, al compromiso contraído y comportarse de tal manera de lograr cumplir la expectativa ajena, el interés que la otra parte del contrato pretendía satisfacer.

La profesora María Gajardo Harboe<sup>17</sup> refiere que son múltiples las funciones que la buena fe cumple como principio general del Derecho. En el ámbito del Derecho del Trabajo las funciones de la buena fe serían las siguientes:

- a) Tiene un rol informador, en el sentido que viene a ser la conexión entre lo jurídico y un conjunto de valores éticos y morales socialmente aceptado. En el ámbito del Derecho del Trabajo esta función aparece como muy relevante, desde que la relación del trabajador con su empleador va renovando sus efectos en el periodo que determinen las partes o la ley en subsidio, lo que hace muy difícil poder prever la infinidad de contingencias que pueden afectarla.
- b) Este principio general del Derecho cumple también una función de integración e interpretación. Tratándose del Derecho del Trabajo esta función de la buena fe aparece como determinante desde que el contrato de trabajo tiene el carácter de consensual, lo que implica que muchos de los derechos y obligaciones que engendre no constarán por escrito por lo que habrá que atender a la aplicación práctica que de su contenido hagan las partes, siendo la buena fe el faro que oriente el criterio del intérprete.

---

<sup>17</sup> 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, pp. 16-18

c) Finalmente, la buena fe representa una barrera que viene a impedir los excesos en que pudiere incurrir el empleador al ejercitar sus poderes. Hoy en día la legislación propende a equilibrar los intereses en juego. El artículo 5 inciso primero del Código del Trabajo establece que “El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos”. Lo anterior consagra el concepto llamado *ciudadanía en la empresa*.

El ejercicio del poder de dirección por parte del empleador hoy más que nunca exige que se considere la persona del trabajador, en el sentido de comprometer ésta en el cumplimiento del contrato de trabajo en la medida estrictamente necesaria, evitando exigir del empleado conductas que puedan exceder el radio de sus obligaciones.

## **2.5. LOS DERECHOS ABSOLUTOS.**

Al referirnos a la visión relativista o moderna de los derechos subjetivos, sin perjuicio de que hoy en día muchos autores son de la idea de que existen demarcaciones claras en el ejercicio de los derechos que trascienden lo estrictamente normativo, que van más allá de lo que indica el tenor literal de la ley, existe un grupo, aunque reducido, de derechos que escapan al abuso, que presentan un carácter absoluto, esto es, sus titulares pueden ejercerlos con cualquier intención y para el fin que mejor les plazca, aun doloso, sin el riesgo de comprometer con ello su responsabilidad.

Estos derechos, llamados “absolutos” son aquellos que su titular puede ejercer arbitrariamente, con cualquier propósito. Dada la naturaleza o carácter de tales derechos, el legislador a permitido que se ejerzan con total libertad. Su ejercicio, por tanto, no es susceptible de abuso, ni redunda en responsabilidad para su titular, cualquiera sea la intención con que se ejerza y aunque ese ejercicio sea doloso o culpable.

Entre las prerrogativas más representativas de esta especie podemos citar:

- 1) El derecho de adquirir la medianería de una cerca o pared divisoria (artículo 854 del Código Civil)
- 2) El derecho del dueño de una heredad para pedir que se corten las ramas y para cortar el mismo las raíces del árbol ajeno que penetran en ella (artículo 942 del Código Civil)
- 3) El derecho del hijo no matrimonial, para repudiar el reconocimiento de la paternidad o maternidad que haya operado en su favor (artículo 191 del Código Civil)
- 4) El derecho que tienen los ascendientes para oponerse al matrimonio del descendiente menor de dieciocho años. Dispone el artículo 112 del Código Civil que “Si la persona que debe presta este consentimiento (para contraer matrimonio) lo negare, **aunque sea sin expresar causa alguna**, no podrá procederse al matrimonio de los menores de dieciocho años”. Los ascendientes llamados a otorgar el asentimiento, pueden negarlo sin expresar causa, no pudiendo el Juez calificar la arbitrariedad del disenso. El padre o la madre pueden ejercerlo arbitrariamente, porque sí, por el simple hecho de resultarle antipática la persona con la

cual desea casarse el hijo o la hija; Por evitar que su familia establezca vínculos con otra determinada, etc.

- 5) El derecho de una persona, para disponer como mejor le plazca, de aquella parte de su herencia de libre disposición, o su derecho a dejar la cuarta de mejoras a cualquiera de sus legitimarios, pudiendo el testador tomar su decisión motivado por cualquier finalidad, incluso el propósito de lacerar a sus herederos abintestato, no pudiéndose realizar juicio de valor alguno a este respecto (Artículo 1195 del Código Civil).
- 6) El derecho del comunero a pedir la división de la cosa común, en cualquier tiempo. El artículo 1317 del Código Civil norma, en su inciso primero, lo siguiente: “Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario”. El comunero siempre podrá pedir la partición del haber comunitario, cualquiera sea el móvil que lo motive, sin temor de incurrir en responsabilidad.

Existen otras disposiciones legales en nuestro ordenamiento jurídico que establecen facultades que podrían caber dentro de la denominación de derechos absolutos, no obstante, creemos que con los ejemplos que acabamos de citar logramos el propósito de ilustrar la lógica que subyace detrás de esta categoría de derechos.

## **2.6. SANCIÓN AL ABUSO DEL DERECHO**

Por lo general, la sanción al abuso del derecho será, como a propósito de todo delito o cuasidelito, el resarcimiento de la injuria causada proporcionado al daño sufrido. En todo caso, esto no es obstáculo para que, sin perjuicio de ella, pudieran decretarse otras sanciones que se consideren más adecuadas para hacerlo cesar, como por ejemplo, la ineficacia del acto abusivo, tratándose de la renuncia hecha por un socio de mala fe o intempestivamente; la adopción de medidas que atenúen o aminoren el daño, si este no puede evitarse que se produzca, etc.

### **CAPÍTULO 3**

#### **NORMAS DE DERECHO POSITIVO EN MATERIA LABORAL QUE SE FUNDAN EN LA NOCIÓN DE “ABUSO DEL DERECHO”.**

En Chile el legislador civil se ha inspirado en la teoría del abuso del derecho en no pocas oportunidades, dictando normas que se fundan en esta idea. En el ámbito del Derecho del Trabajo el panorama resulta ser diametralmente opuesto. Con el propósito de dilucidar si el legislador nacional ha considerado en este plano el concepto de abuso del derecho, nos abocamos a la tarea de analizar una serie de disposiciones legales que directa o indirectamente pudieran estar



inspiradas en esta noción, constatando que entre la regulación que hace el estado de las relaciones que surgen entre trabajadores y empleadores no existe disposición alguna que evoque la figura del ejercicio abusivo de los derechos, escenario que resulta del todo preocupante considerando que en la relación individual de trabajo las posibilidades de que una de las partes, sobretudo el empleador, ejerza sus potestades de un modo que se aparte de aquellos límites que imponen principios y valores como el de la buena fe, y que por lo tanto contraría los fines del ordenamiento jurídico, son altas dada la posición preponderante de aquella.

## **CAPÍTULO 4**

### **LA JURISPRUDENCIA LABORAL CHILENA Y EL ABUSO DEL DERECHO**

#### **4.1. Análisis de jurisprudencia.**

Luego de darnos a la faena de examinar la normativa que regula la relación individual de trabajo, intentando determinar si nuestra legislación laboral recoge la teoría del abuso del derecho, nos abocaremos al estudio de sentencias que hayan sido pronunciadas en casos en que se ha estimado que la parte ha hecho un

ejercicio abusivo de su derecho, cuestionándose la legitimidad del despliegue de esa potestad.

- 1) Una sentencia que someteremos a análisis fue dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 30 de julio de 2009. Su texto es el que a continuación se transcribe:

Santiago, 30 de julio de 2009.- Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos sexto y séptimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente: 1º) Que son hechos de la causa, asentados en la resolución impugnada, los siguientes: a) el trabajador demandante ingresó a prestar servicios para el demandado el 4 /11/2004 y fue despedido por éste el 5/4/2007 por la causal del artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa; b) el demandante fue elegido Presidente del Sindicato de Empresa Andrés Schueftan Schwed el día 12/4/2007, sindicato constituido ese mismo día, esto es, siete días después del despido, sin que conste que dicha entidad gremial haya hecho ninguna comunicación al empleador ni del hecho de su constitución ni de la circunstancia de haber elegido a Guillermo Jorge Ávila Poblete como su Presidente; c) la demandada se enteró de la existencia del sindicato y de la persona de su presidente a través de la comunicación que le hizo un fiscalizador de la Inspección del Trabajo el día 30/4/2007; d) el 15/5/2008 la Inspección del Trabajo certificó que el referido Sindicato había perdido su personalidad jurídica por no reunir el quórum necesario para su constitución y que debía acreditarse de acuerdo con lo establecido en el

artículo 227 del Código del Trabajo. 2º) Que el inciso segundo del artículo 227 del Código del Trabajo establece que para constituir un sindicato en aquellas empresas en las cuales no exista uno, que es el caso de autos, "se requerirá al menos de ocho trabajadores, debiendo completarse el quórum exigido en el inciso anterior (veinticinco trabajadores en empresas con más de cincuenta operarios que representen a lo menos el 10% del total de los que prestan servicios), en el plazo máximo de un año, transcurrido el cual caducará su personalidad jurídica, por el solo ministerio de la ley, en el evento de no cumplirse con dicho requisito". A su turno, el inciso tercero del artículo 221 del Código Laboral expresa que "Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días". 3º) Que, en consecuencia, el demandante alega que habiendo sido elegido Presidente del sindicato constituido el 12/4/2007, su fuero se retrotrae diez días antes, de manera que el despido de que fue objeto el 5/4/2007 es nulo. 4º) **Que parece a esta Corte que tanto la constitución del sindicato como la elección como Presidente del demandante obedece a actos que no tienen sustento en la realidad y que cabe calificar como desplegados de mala fe por el demandante que no pueden ser amparados por la judicatura, pues la misión de ésta es precisamente la contraria:**

**proteger al que está de buena fe y sancionar al que obra de mala fe.**

En efecto, deben tenerse presente las siguientes circunstancias: a) el actor fue despedido el 5/4/2007 por necesidades de la empresa; b) el 12/4/2007 se constituye el aludido sindicato, sin que la empresa tome conocimiento de la existencia del mismo; c) recién el 30/4/2007 el empleador sabe de la aludida constitución de sindicato por medio de la Inspección del Trabajo; d) no hay evidencia alguna en el proceso que el sindicato constituido el 12/4/2007 haya realizado alguna gestión tendiente a defender los intereses de los asociados; e) el sindicato así constituido no cumplió con las exigencias del inciso segundo del artículo 227 del Código del Trabajo y su personalidad jurídica caducó por el solo ministerio de la ley el 12/4/2008. 5°) Que así, resulta palmario que el sindicato tantas veces mencionado fue constituido con la única y exclusiva finalidad de impedir un despido, esto es, no con la intención de organizarse sindicalmente y procurar defender los intereses de los trabajadores afiliados sino que sólo para trabar el poder de administración de la empresa, vedándole los despidos de los pretendidos dirigentes sindicales y, en lo que aquí interesa, del demandante señor Guillermo Jorge Ávila Poblete. El sindicato es comúnmente definido como una asociación de trabajadores que busca el progreso económico y social de sus miembros, especialmente para el mantenimiento y mejora de las condiciones de trabajo a través de una contratación colectiva. El sindicato tiene así una gran semejanza con el contrato de sociedad, incluyendo un animus especial -llamado en la

sociedad affectio societatis-, un animus colectivo. Así, aún cuando una organización supuestamente sindical haya cumplido con todos los requisitos que la ley ha previsto para su constitución, nunca será un sindicato si entre sus afiliados no existe, en realidad, el elemento subjetivo mencionado y su creación obedece sólo a un interés de evitar el despido de aquellos que se erigen en supuestos dirigentes sindicales.

6°) Que es un principio general del derecho que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son, lo que en materia laboral se traduce en el principio de la primacía de la realidad, por el cual debe preferirse la realidad de las cosas a la evidencia dada por la formalidad documental. Luego, sopesando todos los antecedentes vertidos precedentemente de conformidad con las reglas de la sana crítica, especialmente en lo que dice relación con la lógica y las máximas de la experiencia, se hace completa prueba para concluir que el tantas veces mencionado sindicato nunca fue tal, que nunca se constituyó con miras al beneficio de sus asociados frente a la parte patronal, que nunca existió el animus colectivo al que ya se hizo referencia, que **solamente se realizaron los trámites legales formales de constitución del sindicato para dotar de fuero al actor, lo que desde luego implica, sino un fraude a la ley, por lo menos un abuso del derecho, que, como se dijo, no puede ser amparado por el órgano jurisdiccional** y, por lo mismo, sus actos resultan inoponibles a la empresa. 7°) Que el profesor Enrique Barros Bourie en su obra "Tratado de Responsabilidad Extracontractual" (Editorial Jurídica, 2008, páginas 621 y siguientes)

señala que "Por mucho que el ejercicio de un derecho se enmarque en los límites externos que le fija la ley o el contrato, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo", o sea, **aún cuando el derecho sea ejercido dentro de los límites que señala el ordenamiento legal o contractual que lo establece, tal ejercicio puede resultar excesivo o anormal, "sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular (abuso del derecho en sentido subjetivo), sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio, según estándares mínimos de sociabilidad y de lealtad (abuso del derecho en sentido objetivo)",** según refiere el autor citado. En la especie, conforme a los datos ya expresados -a lo que hay que sumar que el testigo señor José Guillermo Correa Gutiérrez (fojas 70), conductor de la empresa demandada, afirma que lleva largo tiempo trabajando en ésta y que nunca ha habido sindicato- resulta de toda evidencia que el actor coadyuvó a la formación de un sindicato en los términos referidos, el que nunca operó como tal, jamás hizo presentación alguna a la empresa, nunca abogó por mejoras en los derechos de sus pretendidos asociados y, todavía, su personalidad jurídica caducó por el solo ministerio de la ley al año de su constitución por no cumplir con el quórum exigido por la ley, y **ello, sin lugar a dudas es, a lo menos, un abuso del derecho,** siendo la

sanción, en este caso, la ineficacia -por inoponibilidad- del acto jurídico de constitución del sindicato y, por lo mismo, del efecto del fuero con efecto retroactivo por diez días de que trata el inciso tercero del artículo 221 del Código del Trabajo, de suerte que la empresa no vulneró fuero laboral alguno al despedir al trabajador el 7/4/2007. 8°) Que, en consecuencia, fundándose toda la demanda en el hecho de haber sido despedido el actor en circunstancias que gozaba de fuero laboral, lo que no es efectivo, tal acción debe ser desestimada. Empero, como el actor fue despedido por la causal del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, el demandado, por mandato expreso del artículo 169 letra a) del Código Laboral, debe pagarle \$343.238 por indemnización sustitutiva del aviso previo y \$686.476 por indemnización por años de servicios. Cabe señalar que el demandante no ha dicho que su despido fue injustificado o improcedente, razón por la cual debe entenderse que no ha demandado el aumento del 30% a que se refiere la letra a) del artículo 168 del Código del Trabajo. Lo anterior es sin perjuicio del pago de la remuneración de los cinco días trabajados del mes de abril de 2007, que se ordenan pagar en el fallo recurrido, decisión no impugnada por el apelante. Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 463 del Código del Trabajo, se revoca, en lo apelado, la sentencia de 30/6/2008, escrita de fojas 90 a 102 y, consecuentemente, se rechaza la demanda de fojas 1 en aquella parte en que se solicitó la declaración de nulidad del despido y la reincorporación del actor a su antiguo empleo y el pago de las remuneraciones durante todo el tiempo

de separación o, subsidiariamente, el pago de las remuneraciones desde el despido hasta el término del fuero y en su lugar se decide que dicha acción queda desestimada. Sin perjuicio de lo anterior, la parte demandada deberá pagar al actor las sumas de \$343.238 y \$686.476 por indemnización sustitutiva del aviso previo y por indemnización por años de servicio, respectivamente, con los reajustes e intereses establecidos en el artículo 173 del Código del Trabajo. Acordada con el voto en contra de la Abogado Integrante señora Montt, quien fue del parecer de confirmar la sentencia de primer grado, con declaración que el pago de las remuneraciones al actor, por haber sido ilegalmente separado de sus funciones, procede sólo desde el 5/4/2007 y hasta el término del fuero, esto es, el 12/4/2008, fecha en que caducó la personalidad jurídica del Sindicato de Empresa Andrés Schueftan Schwed, sin que sea procedente extender el fuero por seis meses más a contar de esta última fecha. Tuvo presente para ello que, en su concepto, la sanción de caducidad de personalidad jurídica establecida en el inciso segundo del artículo 227 del Código del Trabajo equivale a la de censura que contempla el inciso primero del artículo 243 del mismo cuerpo legal, caso este último en que el fuero del dirigente sindical se extiende únicamente hasta la fecha en que cesa su carácter de tal.

Redacción del Ministro señor Mera. Regístrese y devuélvase. N° 8.465-2008. Dictada por la Décima Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e



integrada, además, por la Fiscal Judicial doña Loreto Gutiérrez Alvear y por la Abogado Integrante señora María Eugenia Montt Retamales.

Estimamos que el caso que recién se presentó corresponde a un escenario evidente de abuso del derecho. Trata la controversia acerca de una demanda de nulidad de despido incoada por un trabajador al haber sido despedido en condiciones que encontrarse gozando, a su juicio, de fuero laboral al haber sido elegido presidente de un sindicato. El recurrente plantea al impugnar la sentencia de primera instancia que resulta evidente que el aludido sindicato ha sido constituido con la única y exclusiva finalidad de impedir un despido de los dirigentes sindicales, y no con la intención de organizarse sindicalmente y procurar defender los intereses de los trabajadores afiliados, sino solo con el propósito de entorpecer el poder de administración de la empresa

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago indica que “cabe calificar el accionar desplegado por el demandante como de mala fe, obedeciendo a actos que no tienen sustento en la realidad”. Señala además que “aún cuando una organización supuestamente sindical haya cumplido con todos los requisitos que la ley ha previsto para su constitución, nunca será un sindicato si entre sus afiliados no existe, en realidad, el elemento subjetivo mencionado y su creación obedece sólo a un interés de evitar el despido de aquellos que se erigen en supuestos dirigentes sindicales, por tanto en la especie al no existir este elemento y quedando establecido que la constitución obedeció a una maniobra para dotar de fuero al actor, se configura en el caso de autos sino un fraude a la Ley, por lo menos un abuso del derecho que no puede ser amparado por el órgano

jurisdiccional...”. Lo razonado por la Corte, a nuestro juicio, deja de manifiesto que la demanda presentada por el trabajador es absolutamente improcedente e injustificada, toda vez que el daño que reclama haber sufrido es consecuencia del ejercicio abusivo de un derecho, por lo que al resolver el tribunal de alzada que el despido del presidente de una asociación gremial cuya constitución se produjo con el objeto de impedir la desvinculación de los devenidos en dirigentes sindicales aforados no es nulo, es lo que en derecho corresponde.

Creemos que, en la especie, nos encontramos ante una situación que encaja perfectamente en la figura que hemos descrito como abuso en el ejercicio de un derecho, pues el acto ejecutado por el demandante, al promover la formación de un sindicato con el único fin de evitar ser despedido, si bien en un principio aparentemente resulta legítimo, se torna ilícito cuando se centra en utilizar la recién nacida organización sindical para el solo efecto de guardarse las espaldas ante una inminente desvinculación de la empresa, lo que resulta manifiesto desde que la actividad sindical típica, esto es la promoción y protección de los derechos de los afiliados jamás existió, lo que, evidentemente, resulta contrario a la buena fe y excede largamente los límites de la prerrogativa, dado que el ejercicio de la misma jamás podrá autorizar un menoscabo de los intereses de terceros, debiendo responder el sujeto de los perjuicios que causa su acción.

Al cabo de un lato y acucioso trabajo investigativo, constatamos con inquietud que nuestros tribunales superiores de justicia en muy escasas oportunidades se han pronunciado respecto de asuntos sometidos a su

conocimiento y resolución considerando la figura del ejercicio abusivo de los derechos.

La resolución transcrita fue la única, de entre muchas que se revisaron, que se funda directamente en la teoría que motiva este trabajo. En no pocas oportunidades nos encontramos con sentencias emanadas de nuestras Cortes que si bien insinuaban que la conducta de la parte excedía los límites genéricos impuestos por la ley a la hora de ejercer una facultad, nunca hubo una referencia directa a la doctrina del abuso del derecho. Lo anterior resulta preocupante si consideramos los avances que ha presentado a nivel comparado el tema en análisis, tanto en la literatura jurídica como en la jurisprudencia, progreso que ha sido sistemáticamente obviado por nuestra judicatura.

## **CONCLUSIONES**

Como indicáramos al comenzar este trabajo, el abuso en el ejercicio de los derechos es un tema que desde los albores de la ciencia del Derecho a suscitado discrepancias entre los estudiosos del Derecho. Durante el transcurso de esta investigación pudimos constatar cómo a través de la historia las distintas sociedades han intentado, mediante diversas formulas, dar solución sin éxito a esta problemática, manteniéndose la disputa entre aquellos que defienden el individualismo ilimitado en el disfrute de los derechos y quienes reconocen límites a este vinculados con el interés social en el ejercicio de los mismos.

Las investigaciones realizadas con motivo del desarrollo de este trabajo, nos llevaron a interiorizarnos de las construcciones teóricas que los estudiosos del tema han elaborado en defensa de sus posturas, y a constatar hasta qué punto el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia nacionales han acogido unas y otras. Resultado de esas indagaciones es la comprobación de que la teoría del abuso del derecho a tenido una muy escasa, sino inexistente acogida en nuestro derecho positivo y jurisprudencia en lo que a la relación individual de trabajo se refiere, ya que durante el examen de normas jurídicas inspiradas en esta teoría y de sentencias que decidieron controversias relativas al tema, pudimos comprobar que el legislador no ha elaborado regulaciones que consideren y busquen prevenir el abuso que de sus derechos puedan hacer trabajadores y empleadores, lo que revela un cierto menosprecio de este asunto por parte del poder legislativo, debido seguramente al desconocimiento del mismo y de su importancia practica. Por otra parte, la investigación permitió constatar la indiferencia que a este respecto presenta nuestra jurisprudencia, que hasta el momento a ignorado casi por completo la figura en análisis sin lograr construir razonamientos que permitan dar soluciones de equidad a casos en que se ejercen de mala fe los derechos conferidos por las leyes y sentar el debido precedente.

De esta manera resulta que la interrogante principal planteada al inicio de este trabajo que planteaba ¿cuál es el grado de recepción que la teoría del abuso del derecho ha tenido en nuestra legislación y jurisprudencia laborales? Tiene como respuesta el que nuestra legislación y jurisprudencia laborales han recepcionado en un grado ínfimo la teoría del abuso del derecho.

Frente al escenario que acabamos de presentar, proponemos como posibles soluciones el estimular el estudio y desarrollo de este tema a nivel académico con el propósito de lograr posicionar al objeto de esta investigación como un tema de relevante importancia, que requiere de toda la atención del legislador, con el fin de alcanzar un desarrollo y fortalecimiento de la teoría que consiga echar profundas raíces en el ordenamiento jurídico nacional, como primer paso, y, como consecuencia, en el razonamiento de la jurisprudencia.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes bibliográficas

- Alessandri, Somarriva, Vodanovic. 1990. *“Derecho Civil. Parte preliminar y parte general”*. Santiago, Chile, Editorial Conosur, primer tomo. 628 Págs.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. 1943. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Chile, Imprenta Universitaria, 385 Págs.
- Campos Soto, Bernardo. 2010. *El Abuso del derecho en Materia Civil*, Memoria, Universidad Miguel De Cervantes. 91 Págs.
- Ducci Claro, Carlos. 1998. *Derecho Civil, Parte General*, Cuarta Edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 337 Págs.
- Fueyo Laneri, Fernando. 1990. *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 469 Págs.
- Martín Bernal, José Manuel, 1982. *El abuso del derecho*, Madrid, España, Editorial Montecorvo S.A, 391 Págs.
- Rodríguez Grez, Pablo. 1998. *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 408 Págs.
- Valetta, María Laura. 2007. *Diccionario Jurídico*, Buenos Aires, Valetta Ediciones, quinta edición, 167 Págs.