



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento Derecho del Trabajo**

EL CONTRATO A HONORARIOS QUE ENCUBRE UN CONTRATO DE TRABAJO

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

Lorena Andrea Bruna Machuca y Macarena del Carmen Roa Pinto

Profesor Guía: Víctor Ricardo Juri Sabag

Santiago, Chile

2008

Indice

| | |
|--------------------|---|
| Introducción _____ | 1 |
|--------------------|---|

Capítulo I: El contrato de trabajo

| | |
|--|----|
| 1. Definición _____ | 3 |
| 2. Elementos _____ | 3 |
| 3. Perfeccionamiento _____ | 5 |
| 4. Cláusulas del contrato de trabajo _____ | 8 |
| 5. Sujetos del contrato de trabajo _____ | 11 |
| 6. Clasificación del contrato de trabajo _____ | 13 |
| 7. Derechos y obligaciones de las partes _____ | 16 |
| 8. Principios en materia laboral _____ | 21 |
| 9. Terminación del contrato de trabajo _____ | 28 |

Capítulo II: El contrato a honorarios

| | |
|--|----|
| 1. Definición y elementos _____ | 35 |
| 2. Regulación del contrato a honorarios _____ | 38 |
| 3. Sujetos del contrato a honorarios y capacidad _____ | 48 |
| 4. Principios que informan el contrato a honorarios _____ | 51 |
| 5. Derechos y obligaciones de las partes _____ | 55 |
| 6. Consecuencias de que el contrato a honorarios no se rija por el Código del trabajo _____ | 57 |
| 7. Análisis de un contrato a honorarios _____ | 62 |
| 8. Terminación del contrato a honorarios _____ | 66 |

Capítulo III: El problema del contrato a honorarios y soluciones posibles

| | |
|---|----|
| 1. Solución civil: Simulación o Fraude a la ley _____ | 69 |
| Simulación _____ | 69 |
| Fraude a la ley _____ | 74 |
| 2. Solución administrativa: Dirección del Trabajo _____ | 76 |
| 3. Solución judicial: jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia _ | 84 |
| Existe contrato de trabajo regulado por el Código del Trabajo _____ | 85 |
| No existe contrato de trabajo regulado por el Código del Trabajo ____ | 96 |

Capítulo IV: Otras perspectivas del contrato a honorarios

| | |
|---|-----|
| 1. Oficina Internacional del Trabajo _____ | 109 |
| 2. El contrato a honorarios en los servicios públicos _____ | 118 |
| 3. Reforma previsional _____ | 126 |
| 4. Visión de las memoristas _____ | 129 |
| Conclusión _____ | 136 |
| Bibliografía _____ | 139 |

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación, es realizar un estudio acerca del escasamente estudiado tema del contrato a honorarios y su regulación, ello desde una perspectiva jurídico-laboral y no necesariamente desde el prisma civil y sus implicancias sociales tanto a nivel nacional como internacional.

Buscamos dilucidar cuando el contrato de trabajo regulado en el Código del Trabajo está encubierto bajo un contrato a honorarios civil. Por lo que primeramente pretendemos clarificar la definición, características y regulación del contrato a honorarios, estableciendo si este tipo de contrato tiene una regulación propia o si en definitiva es aplicable la normativa de nuestro Código del Trabajo.

Nuestro trabajo se apoya en diversas opiniones de autores, que se encuentran diseminadas en textos de derecho laboral, además del uso de jurisprudencia judicial y administrativa que se refieren al tema.

En el capítulo I se conceptualiza el contrato de trabajo, pasando por sus elementos, clasificación, principios y terminación, todo ello bajo el enfoque de nuestro ordenamiento jurídico laboral vigente y sobretodo en atención a las normas del Código del Trabajo.

En el capítulo II se tratará exclusivamente el contrato a honorarios, en el que es preponderante la autonomía de la voluntad y que por lo demás, no ha sido regulado por el legislador. Nos referiremos a su definición, elementos, regulación, sujetos, principios, efectos, terminación, todo lo cual dependerá de si se trata efectivamente de un contrato a honorarios o se trata de un contrato de trabajo. Veremos que el principal criterio diferenciador es la subordinación y dependencia.

En el capítulo III abordaremos la problemática que surge en la práctica con el contrato a honorarios, en la que muchas veces, y cada vez con mayor frecuencia, se trata de encubrir una situación real en la que el trabajador cumple con todos los requisitos que

emanan de un contrato de trabajo y sin embargo, el empleador obviando esta situación celebra un contrato de prestación de servicios a honorarios con el trabajador para sustraerse de la aplicación de la normativa laboral vigente. Iniciaremos este capítulo con la posible solución civil al problema de la celebración de un contrato de trabajo encubierto por uno a honorarios los que nos llevará a estudiar la simulación y el fraude a la ley, posteriormente analizaremos las facultades de la Dirección del Trabajo, ello con la finalidad de determinar el real alcance de sus atribuciones y por último la solución dada por los tribunales de justicia, ejemplificándola a través de interesantes fallos emitidos por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema que determinan la naturaleza jurídica de diferentes tipos de prestación de servicios, ya sea, que éstas se ejecuten supeditadas al vínculo de subordinación o dependencia o en forma independiente.

Por último, en el capítulo IV haremos un breve análisis a la diversas aristas que surgen del estudio del contrato a honorarios, expondremos la situación de la Administración Pública, una mirada internacional del contrato a honorarios a través del estudio de textos publicados por la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) y terminaremos con el estudio de los cambios que trae la Reforma Previsional para el trabajador independiente, quien desde el 2012 estará obligado a afiliarse al sistema de pensiones y de salud.

Esperamos que esta memoria sirva para sistematizar la regulación del contrato a honorarios y esclarecer los criterios para identificar un verdadero contrato a honorarios de aquel que es sólo un velo que encubre un contrato de trabajo.

Capítulo I: El contrato de trabajo.

Esta parte tiene como objetivo identificar claramente lo que es un contrato de trabajo regulado por el Código del Trabajo con todas sus características, para poder así dar pautas acerca de los elementos que lo diferencian de un contrato a honorarios y podremos darnos cuenta a lo largo de esta memoria que muchas veces la gran diferencia resulta ser sólo el nombre.

1. Definición

Nuestro Código del Trabajo define el Contrato de Trabajo en el artículo 7: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. Por su parte, el artículo 8 del Código del Trabajo presume la existencia de un contrato de trabajo cuando en los hechos existe una prestación de servicios que reúne las exigencias del artículo 7. Dicha presunción constituye una manifestación expresa del principio de supremacía de la realidad.

2. Elementos del Contrato de Trabajo

De la definición de contrato de trabajo del artículo 7 del Código del Trabajo se desprende que éste tiene tres elementos esenciales:

a. Prestación de servicios: se refiere a la actividad laboral que se compromete a realizar el trabajador en virtud del contrato. Esta prestación de servicios (que podrá consistir en una o más actividades alternativas o complementarias) debe ser personal, por lo tanto el trabajador no puede delegarla en otra persona. Esta prestación de servicios debe ser continuada, de modo tal que los servicios que se efectúan en forma discontinua o esporádicamente no dan origen a un contrato de trabajo.

Lo anterior es independiente de la jornada de trabajo que se haya convenido.

b. Remuneración: el artículo 41 del Código del Trabajo establece que debe entenderse por remuneración “las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie

avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo". Tiene un monto mínimo que, por jornada completa, equivale a un ingreso mínimo mensual. De otra parte, el legislador ha establecido que elementos constituyen remuneración, entre otros:

- i. Sueldo: es el estipendio fijo, en dinero pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 10 del Código del Trabajo.
- ii. Sobresueldo: consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo.
- iii. Comisión: es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajo.
- iv. Participación: es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma.
- v. Gratificación: corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

c. Subordinación o dependencia: Este es el elemento que tipifica al contrato como de trabajo, en cuanto lo distingue de otros contratos (principalmente del contrato de arrendamiento de servicios).

Como precisión previa, debemos hacer presente que la jurisprudencia judicial ha entendido como sinónimas las expresiones subordinación y dependencia.

Ahora bien, pese a la relevancia de este elemento, no está definido expresamente por la ley, por lo que son los tribunales los que deben definir, en último término, y respecto de cada caso, que entienden por subordinación o dependencia. Se puede señalar que este requisito exige que el trabajador se inserte en la empresa, naciendo para el empleador el derecho de dirigir la actividad laboral del trabajador (facultades de dirección, organización, fiscalización y disciplina, ejercidas en conformidad a la ley). De esta manera, pueden desprenderse dos dimensiones del contenido de la subordinación:

1. El vínculo de sujeción personal por parte del trabajador, y la facultad correlativa de mando del empleador.
2. La inserción del trabajador en la empresa, que implica su sujeción a su estructura organizativa y a su dirección. La subordinación o dependencia podrá tener diversos niveles de intensidad, pero en definitiva se evidencia o manifiesta en ciertos elementos demostrativos, como por ejemplo, la obligación de asistencia, el cumplimiento de jornada

de trabajo, la subordinación a instrucciones y órdenes, la concurrencia al lugar de trabajo, el uso de oficinas en dependencias de la empresa, la obligación de rendir cuentas periódicas, la exclusividad en los servicios, entre otros.

El problema es que la relación tradicional o típica de trabajo está en crisis, por lo que no resulta tan sencillo en la actualidad determinar la concurrencia de este elemento. Es más, la exigencia de elementos demostrativos de este vínculo por parte de la jurisprudencia judicial tiene una doble limitación. Por una parte, no existe uniformidad respecto de la exigencia de alguno o algunos de estos signos demostrativos por lo que la calificación no puede hacerse en abstracto, sino que hay que analizar cada caso y, por otra parte, algunos de estos elementos demostrativos son cuestionados por la misma jurisprudencia, por lo que existe controversia acerca de su calidad de tales.

Este tema será tratado extensamente en los capítulos II y III de esta memoria.

3. Perfeccionamiento

Respecto de este punto, podemos señalar que el contrato de trabajo es consensual, toda vez que se perfecciona por el solo acuerdo de las partes (artículo 9 del Código del Trabajo). En otras palabras, para que exista un contrato de trabajo basta que el trabajador y el empleador estén de acuerdo en la voluntad de contratar y en las condiciones básicas de la prestación de servicios. No se requiere escrituración para que exista.

En cuanto a la forma del contrato de trabajo, pese a su carácter consensual, el legislador exige que se escriba para efectos de prueba. En efecto, debe firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante. Además, el empleador debe mantener una copia de los contratos de sus trabajadores en el lugar de trabajo. La obligación de escriturar el contrato corresponde al empleador, quien debe cumplirla dentro de los 15 días siguientes a la incorporación del trabajador, salvo los casos de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a 30 días, en los cuales el plazo de escrituración es de 5 días. Respecto del contrato de trabajadores agrícolas de temporada, el legislador ha establecido formalidades especiales (artículo 94 del Código del Trabajo):

1. Debe suscribirse en 4 ejemplares, dentro de los 5 días siguientes a la incorporación del trabajador.

2. Cuando la duración de la faena para la que se contrata es superior a 28 días, el empleador debe remitir una copia del contrato a la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los 5 días siguientes a su escrituración.

El artículo 9 de nuestro Código del Trabajo resume lo ya señalado: “El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso precedente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada parte contratante.

Por lo tanto, se perfecciona con el acuerdo de las partes, si bien se exige su escrituración en ningún caso se puede considerar que el hecho de que no exista un contrato escrito significa la inexistencia de la relación laboral.

El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal, de una a cinco UTM”.

También existen relaciones laborales excluidas que no configuran un contrato de trabajo, por expreso mandato legal (artículo 8 del Código del Trabajo), pese a estar dentro del ámbito de aplicación general definido en el artículo 1° del Código del Trabajo:

- a. Los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público.
- b. Los servicios que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio.
- c. Los servicios que prestan alumnos o egresados de instituciones de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional, durante un tiempo determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional. En este caso, sin embargo, la empresa se obliga a proporcionarles colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, sin que constituya remuneración.

Como vemos el contrato de trabajo se rige por el Código del Trabajo y por leyes laborales especiales. Sin embargo respecto de su función constitutiva, rigen supletoriamente las normas generales sobre contratación, establecidas en el Código Civil. Especial relevancia

adquieren estas últimas en la regulación de los requisitos de validez del contrato de trabajo, como son:

1.- Consentimiento exento de vicios: para que exista un contrato de trabajo, debe haber previamente un acuerdo de voluntades exento de error, fuerza o dolo.

Para que el error vicie el consentimiento debe ser sustancial. De esta forma, se podrá invalidar un contrato de trabajo por error cuando éste recaiga en la clase de trabajo o en las condiciones esenciales de la prestación de servicios. Respecto del error en la persona del trabajador, se ha sostenido que en atención a las normas generales, este error invalida el consentimiento sólo cuando se refiere a las aptitudes profesionales, toda vez que esa es una de las principales consideraciones por las cuales se le contrata.

Por otra parte, los casos de fuerza (física o moral) no son frecuentes en la configuración del contrato de trabajo. Es algo más común que ocurran durante la vigencia del contrato o en la etapa posterior a su término (presiones para firmar y/o ratificar el finiquito). Finalmente, podemos señalar que podría haber dolo en la celebración de un contrato de trabajo, siempre que exista una maquinación fraudulenta, en la simulación de competencias por parte del trabajador o cuando el empleador aparenta tener una empresa solvente y atrae al trabajador con falsas expectativas.

2.- Objeto lícito: el objeto del contrato de trabajo está constituido por los servicios personales prestados por el trabajador y la remuneración que paga el empleador. Este objeto debe ser lícito, es decir, no debe ser contrario a las leyes, al orden público ni a las buenas costumbres.

3.- Causa lícita: en el contrato de trabajo como contrato bilateral, la causa para de una de las partes es la obligación de la otra. Para determinar si la causa es lícita no será necesario indagar en el motivo que originó la celebración del contrato de trabajo.

4.- Capacidad: el contrato de trabajo está regulado en los artículos 13 a 18 del Código del Trabajo. Sobre el particular, es preciso señalar que el artículo 13 inciso 1° de este cuerpo legal establece la regla general sobre la capacidad laboral, según la cual se entiende que los mayores de dieciocho años se considerarán mayores de edad y, en consecuencia, pueden contratar libremente la prestación de sus servicios.

En el inciso 2° se señala que “los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen

su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, los guardadores, personas o instituciones que haya tomado a cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, el inspector del trabajo respectivo. Además, previamente, deberán acreditar haber culminado su Educación Media o encontrarse actualmente cursando ésta o la Educación Básica. En estos casos, las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación...”.

En ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de 8 horas diarias, además los artículos 14 y 15 establecen una serie de prohibiciones de ejecutar ciertas labores a los menores de dieciocho años. En tanto que el artículo 16 señala ciertos requisitos para que los menores de quince años puedan acceder a trabajos relacionados con el cine, teatro o televisión.

4. Cláusulas del contrato de trabajo

Las cláusulas de un contrato de trabajo pueden ser expresas o tácitas:

a. Cláusulas expresas: el contrato de trabajo debe contener expresamente las cláusulas mínimas exigidas por la ley. Estas cláusulas mínimas están establecidas en el artículo 10 del Código del Trabajo y son las siguientes:

1. Lugar y fecha del contrato: el lugar importa para saber qué tribunal será competente en caso de conflicto, y la fecha del contrato es relevante, por ejemplo, para computar el plazo de duración del mismo y generalmente para determinar la procedencia de la indemnización por años de servicio.

2. Individualización de las partes: deben indicarse los datos de individualización del trabajador y del empleador (nombre, cédula de identidad, domicilio, profesión u oficio, etc.).

Además, la ley exige que se señale la nacionalidad del trabajador y las fechas de su nacimiento e ingreso al trabajo. La nacionalidad es importante porque al menos un 85% de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador deben ser chilenos, salvo que el empleador no ocupe más de 25 trabajadores (artículo 19 del Código del Trabajo). Por su

parte, la fecha de nacimiento del trabajador es importante debido a las restricciones al trabajo de los menores.

3. Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse: pueden señalarse dos o más funciones específicas, alternativas o complementarias, es decir, se reconoce la poli funcionalidad del trabajador. Respecto del lugar o ciudad en que deban prestarse los servicios, cuando el trabajo exige el desplazamiento del trabajador, se entiende que dicho lugar de trabajo es toda la zona geográfica de desplazamiento.

4. Monto, forma y período de pago de la remuneración: esto implica que el contrato debe establecer la remuneración que se le pagará al trabajador, la forma como se efectuará el pago y el período, es decir si es semanal, mensual o quincenal.

Respecto a los pagos, es fundamental que lo que el contrato de trabajo establezca sea un reflejo de lo que recibe el trabajador. Esto implica que haya concordancia entre lo que este último percibe mensualmente -ya sea en términos de sueldo, salario, bonos, asignación, y lo que el contrato fija.

5. Duración y distribución de la jornada de trabajo.

6. Plazo del contrato. Debe señalarse si el contrato es a plazo fijo, indefinido o por obra o faena. Si nada se dice, se entiende que es a plazo indefinido.

7. Otras cláusulas. Las partes son libres para acordar otras cláusulas, respetando la legislación vigente.

b. Cláusulas tácitas: se configuran por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con el asentimiento de ambas partes.

Las cláusulas tácitas no están reconocidas expresamente en la legislación, pero se permiten principalmente en virtud de la naturaleza consensual del contrato de trabajo. Estas cláusulas, ideadas inicialmente por la Dirección del Trabajo, y recogidas luego por la jurisprudencia judicial, son otra manifestación del principio de supremacía de la realidad.

Los requisitos para entender que existe una cláusula tácita son los siguientes:

i. Reiteración en el tiempo de una determinada conducta: generalmente se exige que la reiteración dure al menos 3 meses, pero dicha exigencia no tiene base legal, por lo que debe estudiarse cada caso concreto.

- ii: Que la conducta consista en determinadas prácticas de trabajo o en el otorgamiento y goce de determinados beneficios.
- iii. Inexistencia de formalidades para entender existente la cláusula.

Con respecto a las modificaciones al contrato de trabajo, la regla general es que puede ser modificado de la misma manera como se genera, es decir, por acuerdo expreso o tácito de las partes.

Las modificaciones expresas al contrato deben consignarse por escrito y firmarse por las partes al dorso de los ejemplares del mismo contrato o en un documento anexo (artículo 11 del Código del Trabajo). El legislador agrega que “no será necesario modificar los contratos para consignar por escrito en ellos los aumentos derivados de reajustes de remuneraciones, ya sean legales o establecidos en contratos o convenios colectivos del trabajo o en fallos arbitrales. Sin embargo, aún en este caso, la remuneración del trabajador deberá aparecer actualizada en los contratos por lo menos una vez al año, incluyendo los referidos reajustes”.

La modificación unilateral del contrato de trabajo está contemplada en el artículo 12 del Código del Trabajo que consagra el llamado “ius variandi empresarial”, es decir, el derecho del empleador de modificar unilateralmente ciertas cláusulas del contrato de trabajo, justificado por su necesidad de gestión y dirección de la empresa en un sistema económico cada vez más competitivo.

¿Cuáles son las materias susceptibles de ser modificadas unilateralmente y cuáles son los requisitos que establece la ley en cada caso?:

1. Naturaleza de los servicios: debe tratarse de labores similares que no impliquen menoscabo al trabajador.
2. Sitio o recinto en que deben prestarse los servicios: el nuevo sitio o recinto debe quedar dentro del mismo lugar o ciudad y tampoco puede implicar un menoscabo al trabajador.
3. Distribución de la jornada de trabajo: la única modificación puede ser adelantar o postergar la hora de ingreso al trabajo hasta en una hora, por circunstancias que afecten a toda la empresa o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, dando aviso al trabajador con al menos treinta días de anticipación.

El trabajador afectado por el ejercicio abusivo del ius variandi puede reclamar ante la Inspección del Trabajo respectiva, en el plazo de 30 días hábiles desde la ocurrencia del hecho o notificación, según sea el caso, a fin de que ella se pronuncie sobre el cumplimiento de los requisitos legales. De su resolución puede recurrirse ante el juez competente, dentro del plazo de 5 días desde la notificación, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes. Otra opción es que el trabajador demande al empleador por despido indirecto, cumpliéndose los requisitos legales.

Por último, cabe señalar que el artículo 89 del Código del Trabajo establece una facultad adicional al empleador respecto de los contratos de trabajadores agrícolas, de manera que si éstos, por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que le encomiende el empleador, aún cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo.

5. Sujetos del contrato de trabajo

Son las personas naturales o jurídicas que intervienen en forma directa o indirecta en la relación laboral, pudiendo distinguirse sujetos individuales y colectivos.

Sujetos Individuales

Se encuentran definidos expresamente en el artículo 3 del Código del Trabajo.

a) Empleador: “La persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas, en virtud de un contrato de trabajo.”

Aún cuando en la mayoría de las ocasiones el empleador reviste la forma jurídica de una empresa, ello no ocurre, por ejemplo, en el caso del contrato de los trabajadores de casa particular, razón por la cual no cabe asimilar ambos conceptos, que además, a nuestro entender, atienden a dos cuestiones distintas, ya que nuestra legislación ha adoptado un concepto institucional de la empresa, entendiéndose que los trabajadores también forman parte de ella, ya que serían parte de los medios “personales”.

- b) **Trabajador:** “Toda persona natural que preste servicios personales, intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”

Sujetos Colectivos

- a) **La Empresa:** También se encuentra definida en el artículo 3 del Código, el que señala que “para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales o inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Respecto de la empresa, el Código en el artículo 4 consagra el Principio de la Continuidad, al señalar 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 él o los nuevos empleadores”.

- b) **Las Organizaciones Sindicales:** En una primera aproximación podemos decir que son agrupaciones permanentes de trabajadores que se unen para la defensa de sus intereses, siendo la organización base el sindicato, el cual no ha sido definido en nuestra legislación, la que se limita a señalar las clases de ellos que podrían conformar los trabajadores.

Pese a que en el Derecho Internacional del Trabajo se reconoce tanto a empleadores como a los trabajadores la posibilidad de conformar sindicatos, en nuestro derecho, sólo se regula el que es conformado por trabajadores.

A pesar que algunos autores incluyen al Estado dentro de los sujetos del Derecho del Trabajo por cuanto en virtud de su actividad legislativa dicta las normas laborales; con su actividad administrativa controla y fiscaliza la aplicación de la legislación laboral por medio de órganos especialmente creados para esta finalidad; y que por su acción jurisdiccional mediante tribunales especiales resuelve las contiendas laborales. Nosotros estimamos que el Estado no es propiamente un sujeto de la relación laboral, por cuanto no interviene directamente en la relación jurídica laboral.

6. Clasificaciones del contrato de trabajo

A. Según la normativa legal por la cual se rigen.

i. Contrato de trabajo general: es regulado por las normas comunes que da el Código del Trabajo.

ii. Contratos de trabajos especiales: se regulan por normas especiales, aunque subsidiariamente se aplican las normas generales. Su carácter especial está dado por la naturaleza de la prestación de servicios.

En el Código del Trabajo se regula entre otros el contrato de aprendizaje, el contrato de trabajadores agrícolas, el contrato de trabajadores embarcados o gente de mar, de trabajadores portuarios eventuales y el contrato de trabajadores de casa particular. Fuera del Código del Trabajo se regula, por ejemplo, el contrato de profesionales de la educación.

B. Según la duración del contrato.

Al momento de celebrarse el contrato de trabajo, las partes tienen tres alternativas respecto de la duración del mismo: de tiempo indefinido, de plazo fijo y de obra o faena. La elección no es neutra, toda vez que está en directa relación con dos intereses contrapuestos: la estabilidad en el empleo, por una parte, y la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos y la naturaleza de la prestación de los servicios, por otra. Además, esta elección tiene efectos en el ejercicio de otros derechos laborales, individuales y colectivos.

i. Contrato de trabajo a tiempo indefinido: este tipo de contrato no tiene una vigencia determinada en el tiempo, sea por que las partes así lo señalaron expresamente, sea porque nada dijeron sobre la duración del contrato. Entonces, para que este tipo de contrato termine deberá concurrir una causal legal de terminación, a lo que nos referiremos más adelante. Si no concurre ninguna causa legal, o la invocada por el empleador es declarada judicialmente injustificada, éste deberá pagar ciertas indemnizaciones.

ii. Contrato a plazo fijo: es aquel en que las partes definen la fecha de término del contrato al pactar el mismo. De ello se desprende que no procede su establecimiento por modificación de un contrato indefinido, toda vez que ese supuesto plantea una renuncia del derecho a la estabilidad laboral.

El contrato a plazo fijo tiene una duración máxima de un año, salvo respecto de determinadas categorías de trabajadores que señala la ley (gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por el Estado), en cuyo caso la duración máxima es de dos años. A este respecto, estamos a lo establecido en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo que señala que el contrato de trabajo terminará por...N° 4: “Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año...” este artículo establece en su inciso segundo y tercero respectivamente, el supuesto en que el contrato a plazo fijo se transforma en indefinido y la presunción de contrato de plazo indefinido.

iii. Contrato por obra o faena: la duración de esta modalidad de contrato de trabajo es incierta, toda vez que depende de la duración de la obra o faena para la cual es contratado el trabajador.

Al contrario de la regulación que se plantea respecto de los contratos a plazo fijo, la ley no establece limitaciones a la duración máxima de los contratos por obra o faena, ni a su renovación expresa, tácita o simulada.

En relación con el tema de esta memoria podemos señalar que el contrato a honorarios es una modalidad en la contratación y que supone que la prestación de servicios a que se ha obligado el trabajador tiene una fecha de expiración predeterminada ya sea con *un plazo* o con *la conclusión del servicio*, y es en este punto donde el contrato a honorarios se degenera ya que muchas veces el contrato a honorarios tiene una duración indefinida o se renueva tantas veces que más parece un contrato de trabajo indefinido que un contrato a honorarios.

C. Atendiendo al número de trabajadores.

i. Contrato individual: aquel que es celebrado entre un trabajador y un empleador.

ii. Contrato colectivo: aquel celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unen para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado.

D. Según su tipicidad en el ámbito de las relaciones laborales.

i. Contrato de trabajo típico: es el que propone la relación jurídica laboral tradicional. Este contrato típico supone la concurrencia de diversos elementos, entre ellos los siguientes: duración indefinida; existencia de un solo empleador perfectamente identificado, ya sea como persona natural o como persona jurídica; jornada de trabajo de tiempo completo; la prestación de servicios se realiza en el establecimiento del empleador; constituye la fuente exclusiva o principal de ingresos del trabajador.

ii. Contrato de trabajo atípico: se define por la falta de uno o más de los elementos que identifican al contrato de trabajo típico. Algunos de los trabajadores que tienen contratos de trabajo atípicos son los siguientes:

- Trabajadores subcontratados, tanto en régimen de subcontratación propiamente tal, como en el caso de suministro de trabajadores (contrato de puesta a disposición y contrato de trabajo de servicios transitorios).
- Trabajadores a tiempo parcial.
- Trabajadores estacionales o eventuales.
- Trabajadores con contratos a plazo fijo.
- Trabajadores con contratos por obra o faena.
- Trabajadores a domicilio.

iii. Contrato de trabajo precario: la doctrina plantea diferencias conceptuales respecto del contrato de trabajo precario. Una parte de la doctrina asimila el contrato de trabajo atípico al contrato de trabajo precario, mientras que otro sector los distingue, reconociendo en todo caso que el contrato de trabajo atípico presenta niveles de precariedad jurídicas superiores a un contrato de trabajo típico.

Más allá de la referida discusión, podemos señalar que el contrato de trabajo precario se caracteriza por:

- a. Inestabilidad: debido a que su duración no es indefinida.

- b. Inseguridad: puesto que no contempla o lo hace en forma mínima la debida protección en cuanto a la seguridad social.
- c. Insuficiencia de los ingresos del trabajador: no contempla el ingreso mínimo remuneracional establecido.

El contrato a honorarios comparte características tanto de los contratos atípicos como de los contratos precarios. De lo primeros ya que si bien constituye una prestación de servicios remunerada, ésta no se realiza de la manera clásica, ya que no se configura el vínculo de subordinación y dependencia con todas las consecuencias que esto implica y por otro lado, contiene características propias del contrato precario ya que genera para el trabajador inestabilidad en su empleo por lo fácil que resulta ponerle término, además de que no asegura de forma alguna que el empleador cumpla con los derechos establecidos en el Código del Trabajo y demás leyes complementarias, de lo que se concluye que tanto el vínculo contractual como su situación laboral son precarias.

7. Derechos y obligaciones de las partes

El contrato de trabajo engendra para las partes derechos y obligaciones de carácter jurídico, ético y patrimonial, por lo general el estudio se centra en los derechos del trabajador y la correlativa obligación del empleador, pero el trabajador también tiene obligaciones con el empleador es así como ciertos actos de éste autorizan al empleador a ponerle fin al contrato sin derecho a indemnización lo que refleja que el empleador tiene la prerrogativa de esperar ciertas conductas de su subordinado.

En esta parte analizaremos ciertos derechos que constituyen limitaciones a la hora de establecer una relación laboral, en virtud de ser el contrato de trabajo un contrato dirigido.

Durante la relación laboral

i. Jornada de trabajo: según el artículo 21 de nuestro Código del Trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato.

Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables.

La jornada de trabajo por regla general no puede exceder de 45 horas semanales, salvo las excepciones legales.

ii. Remuneración: constituye un elemento esencial de la relación laboral y se encuentra definida en el artículo 41 y en el artículo 42 se señalan otros elementos que constituyen remuneración como las gratificaciones que corresponden a la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador (artículo 42 letra e Código del Trabajo). Las empresas con utilidades tienen la obligación legal de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al 30% de dichas utilidades o excedentes. La utilidad será aquella que determine el Servicio de Impuestos Internos una vez al año. La remuneración no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual.

iii. Fuero : es una medida de protección para los trabajadores que se encuentran en situaciones especiales, que les impide cumplir sus deberes contractuales en forma normal, y estando en situación de vulnerabilidad, se le protege con 1) la conservación del cargo o puesto; 2) la suspensión del derecho del empleador de terminar el contrato; 3) la exigencia de obtener una autorización judicial previa para despedir; 4) la anulación de los despidos de hecho; 5) la reincorporación imperativa y retribuida del trabajador despedido¹. De esta forma se protegen otras instituciones como la maternidad y la libertad sindical.

iv. Horas extraordinarias: si bien no se trata de un derecho propiamente tal si lo relacionamos con la jornada de trabajo debemos concluir que se trata de un derecho del trabajador que surge a la hora de excederse la jornada ordinaria, se encuentra regulado en los artículos 30 a 32 del Código del Trabajo. En general podemos señalar que la jornada extraordinaria es aquella que excede el máximo legal o aquella que es pactada por las partes en el contrato si fuese menor. En aquellas faenas que no perjudiquen la salud del trabajador pueden pactarse horas extraordinarias de hasta un máximo de 2 horas por día, las que serán pagadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 del Código del Trabajo, esto es, con un recargo de hasta el 50 % sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria.

¹Guido Macchiavello, Derecho del Trabajo, tomo I, Fondo de Cultura Económica, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1986, p. 228.

v. Descansos: son de tres tipos; diarios, semanales y anuales. El primero tiene como objetivo que se le otorgue al trabajador un tiempo para colación, que no puede ser inferior a 30 minutos y no se considera como tiempo trabajado para computar la jornada de trabajo, salvo excepciones. El segundo tiene como objeto que el trabajador recupere energía, generalmente es el día domingo y los feriados. Y al tercero se le denomina vacaciones o feriado anual regulado en el artículo 67 que señala que los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo a las formalidades que establezca el reglamento, en tanto que el artículo 73 establece que el feriado al que aludimos anteriormente no podrá compensarse en dinero, señalando en el inciso 2º de dicho artículo una excepción en cuanto a la compensación del feriado.

Todos estos descansos buscan que el trabajador no sea explotado y tenga tiempo para reponerse y compartir con su familia.

vi. Libertad sindical y negociación colectiva: el sindicato es la organización formada por un grupo de trabajadores que se reúnen al efecto para la defensa y promoción de intereses comunes que los convoca, integrado por trabajadores del sector privado y de las empresas autónomas del Estado. La afiliación y desafiliación siempre será personal, voluntaria e indelegable. El derecho a formar sindicatos está reconocido y garantizado por la Constitución Política de la República y las leyes. En directa relación a la libertad sindical se encuentra el derecho a negociar colectivamente que está garantizado en la Constitución y en el Código del Trabajo y permite que los trabajadores organizados negocien con el empleador. Es un instrumento que da la ley para que trabajadores y empleadores mejoren de común acuerdo las condiciones laborales.

vii. Por su parte el trabajador debe tener una conducta de fidelidad y respeto hacia el empleador y si no tiene un comportamiento adecuado, el artículo 160 del Código del Trabajo ampara al empleador en el despido del trabajador.

Una vez finalizada la relación laboral

En general el término de la relación laboral extingue los derechos y obligaciones de carácter jurídico y patrimonial entre trabajador y empleador, siempre que la terminación del contrato se haya ajustado a la ley, pero suele ocurrir que ésta no se haya producido

en buenos términos y para estos casos la ley ha otorgado diversas acciones por las cuales se puede obtener el pago de las indemnizaciones que procedan.

i. Indemnización sustitutiva del aviso previo: el artículo 161 del Código del Trabajo señala que "...el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una *indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada*". Esta norma rige cuando se trate de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos y también procede cuando se invoque la causal del 161 inciso 1 "Necesidades de la empresa" ya que así lo establece el artículo 162 para los casos en que no se de el aviso al trabajador con copia a la Inspección con 30 días de anticipación.

ii. Indemnización por años de servicio: está tratada en el artículo 163 "Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración"

iii. Feriado anual y proporcional: el artículo 73 señala que el feriado no puede compensarse en dinero pero agrega las excepciones a esto, en primer lugar cuando el trabajador cumple con los requisitos del feriado anual y por cualquier circunstancia deja de pertenecer a la empresa, el empleador deberá compensar el tiempo que por concepto de feriado le hubiera correspondido y en segundo lugar, cuando el contrato termine antes de completar un año de servicio que da derecho a feriado se le pagará una indemnización equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que

medie entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.

iv. Cotizaciones adeudadas: Respecto de ellas el artículo 162 inciso cuarto y quinto mencionan “Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro pago de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.

Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago”.

Este artículo contiene la sanción al no pago de cotizaciones, que es la nulidad del despido que tiene como objetivo social que el empleador tenga las cotizaciones al día. Consiste en que si el empleador no acredita tener las cotizaciones pagadas hasta el último día del mes anterior al despido, éste no pone fin al contrato de trabajo por lo que el empleador debe seguir pagando las remuneraciones, beneficios y cotizaciones aun sin que el trabajador preste servicios, la práctica jurisprudencial ha limitado este tiempo a 6 meses.

El trabajador tiene un plazo de 60 días hábiles para reclamar si existe despido injustificado y 6 meses para reclamar de la nulidad del despido (artículo 480), el empleador puede convalidar el despido pagando las cotizaciones hasta la fecha de la convalidación.

Además de estas prestaciones procede el pago de otras, si se cumplen con los presupuestos para su procedencia, como gratificaciones adeudadas, saldos de remuneración, la indemnización sustitutiva a todo evento, incrementos legales, etc.

Por último debemos señalar, que con el término de la relación laboral se extinguen las obligaciones del trabajador pero creemos que este último tiene un deber ético que

subsiste a la extinción del vínculo, como por ejemplo no divulgar información que ha obtenido en virtud de la labor que desempeñaba.

8. Principios en materia laboral

El derecho del trabajo se sustenta, como disciplina jurídica, en ciertas bases fundamentales sobre las cuales erige su sistema normativo. Estas bases fundamentales son las que denominaremos principios del derecho y que el destacado jurista Américo Plá define como “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”, enfatiza Plá la triple función que cumplen los principios: informadores, en cuanto inspiran al legislador y sirven de fundamento del ordenamiento jurídico; normativa o integrativa, al actuar como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal; e interpretativa, al operar como criterio orientador del juez o del intérprete².

Los principios en materia procesal laboral corresponden básicamente a dos fuentes que los nutren, la primera dice relación con el derecho laboral y la segunda con el derecho procesal. Estos principios justifican su existencia independientemente de los principios procesales ordinarios y en atención a su finalidad armonizan con los derechos sustantivos en materia laboral, es decir, se trata de principios que informan una institución en particular, o sea, el derecho laboral.

Existen diversos autores que en doctrina han intentado crear un catálogo de principios a este respecto, y necesariamente incurrir en características típicas del proceso, por ello es que en este capítulo analizaremos aquellos principios que a nuestro juicio son los más relevantes en materia procesal laboral.

Los principios del derecho del trabajo son: a) el principio protector; b) el de irrenunciabilidad; c) el de continuidad; d) el de primacía de la realidad; y e) el de libertad sindical.

² Plá Rodríguez, Américo, “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”, Ediciones Depalma, 1990, Pagina 9.

1. El principio protector, también denominado principio tutelar o de tutela, se traduce en uno de los principios básicos del derecho laboral, situándose, por la doctrina nacional³ y comparada como “el primero de los principios del derecho del trabajo”, cuyo objetivo es atenuar las desigualdades entre las personas, aquellas desigualdades propias de la relación jurídica-laboral que existe entre el trabajador y el empleador.

Dentro de las desigualdades existentes entre empleador y trabajador podemos mencionar a modo de ejemplo la desigualdad jurídica, económica y probatoria, en ese sentido cobra importancia el principio protector o de tutela, que tiende a eliminar o disminuir el desequilibrio entre las partes originando una desigualdad en sentido inverso.

“El principio protector se plasma en tres formas de aplicación: *in dubio pro operario*, *de la norma más favorable* y *de la condición más beneficiosa*, que Plá (1978 p.40) define así:

- a) *La regla in dubio pro operario*: Criterio que debe utilizar el juez o el interprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquél que sea más favorable al trabajador. En la aplicación de este criterio se exige que exista duda respecto del alcance de una norma y que la solución a que se llegue no sea contraria a la voluntad del legislador, ello es así, porque la finalidad de esta regla es determinar el sentido de la norma estableciendo una interpretación coherente con la ratio legis.
- b) *La regla de la norma más favorable*: Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de normas.
- c) *La regla de la condición más beneficiosa*: Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador. Esta regla supone la existencia de una situación concreta previamente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. Se

³ Walker Errazuriz, Francisco, “*Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho Vivo*”.Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003

diferencia con la regla anterior en que se aplica a una situación concreta y determinada.

De esta exposición surge que son tres reglas distintas, resultantes del mismo principio general, sin que pueda considerarse una regla subordinada o derivada de la otra⁴.

Una interesante postura frente a este principio sostiene el profesor Sergio Gamonal Contreras⁵ quien primeramente no se refiere a principios sino a fines o lineamientos del derecho del trabajo pues advierte al lector el carácter polisémico del primer término. Este autor plantea que la protección del trabajador no es el único fin del derecho laboral y que “el derecho del trabajo busca la tutela del trabajador, pero no es una tutela obnubilada o excesiva sino que se equilibra entre los intereses del trabajador y también del empleador⁶”.

2. El principio de irrenunciabilidad, plantea la imposibilidad jurídica de que el trabajador, se prive voluntariamente de uno o más ventajas concedidos por la legislación laboral en beneficio propio. El ordenamiento jurídico laboral se aleja de los criterios civilistas, que recogen los principios contrarios, por un lado, de la renunciabilidad de los derechos consagrado en el artículo 12 del Código Civil que señala “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia” y de la autonomía de la voluntad en el artículo 1545 del Código Civil “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”.

A diferencia de lo establecido en el Código Civil el Código del Trabajo señala en su artículo 5 “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.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son **irrenunciables** mientras subsista el contrato de trabajo ...”.

⁴ PASCO Cosmópolis, Mario. Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo, editorial AELE, 1997 , pag. 59 y 60.

⁵ GAMONAL Contreras, Sergio. Lineamientos de derecho del trabajo. Editorial Lexis Nexis, 2006, pag. 12.

⁶ S. Gamonal Contreras, ob.cit. Pagina 12.

Este principio debe ser considerado como una privación de efectos al acto por el cual el trabajador renuncia a la ventaja o ventajas concedidas por el derecho laboral en su beneficio, ya que se trata de un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor.

3. El principio de continuidad: podemos señalar que es aquel que pretende otorgar al trabajador estabilidad y permanencia en el empleo. El contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de un acto, sino que perdura en el tiempo. Sin contar con una norma que consagre expresamente este principio, se observan como aplicación de éste en el Código del Trabajo, a modo de ejemplo, las siguientes normas:

A. **Artículo 4:** “Para los efectos previstos en este Código, se presume 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.

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 del trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”.

B. **Artículo 159:** éste señala las causales por las cuales se puede poner fin a la relación laboral por parte del empleador sin que el trabajador tenga derecho a indemnización alguna. Esta norma refleja el principio de la estabilidad en el empleo al señalar taxativamente las causales de las denominadas “por culpa” o “subjetivas”. Si el trabajador no incurre en alguna de estas causales el empleador no puede ponerle fin unilateralmente al contrato de trabajo sin pagar las indemnizaciones correspondientes, manteniéndose el trabajador en su lugar de trabajo.

4. El principio de la primacía de la realidad o de veracidad.

Se define como aquel en virtud del cual frente a un caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que emana de documentos o acuerdos se prefiere lo que sucede en el terreno de los hechos.

“Existe consenso, virtual unanimidad en la doctrina acerca de la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se dé primacía absoluta a la verdad real por sobre la aparente o formal, que se logre la <<materialidad de la verdad>>, que el proceso laboral sea un proceso de verdad”⁷.

La verdad real, en ese sentido, entonces, es aquella verdad percibida en el plano de los sentidos, y la verdad formal, es aquella que queda plasmada en los autos como consecuencia de las pruebas aportadas por las partes al proceso. Por lo tanto, el proceso cumple el objetivo cuando ambas verdades, tanto la real como la formal coinciden. Sin embargo, no siempre la verdad real coincide con la formal. No obstante que el proceso apunta a la verdad real, es la verdad formal la que va formando el convencimiento del sentenciador en la medida que se ciñe a la ley.

Diversas son las críticas planteadas en torno a este principio, ello porque algunos autores señalan que la verdad formal es susceptible de ser manipulada por la o las partes del proceso, por ejemplo, en base a testigos falsos, confesiones presuntas, rebeldías o en definitiva errados juzgamientos. Si bien es cierto que alcanzar la verdad real en el proceso a veces parece una difícil tarea, en la medida que se restrinjan los elementos de forma, se logrará llegar a la materialización de este principio de la veracidad.

El artículo 8 del Código del Trabajo relacionado con el artículo 7 inciso primero del mismo cuerpo legal receptionan el principio de la primacía de la realidad.

Artículo 7. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

⁷ PASCO Cosmópolis, Mario. Ob.cit. Pagina 40.

“Artículo 8. Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior **hace presumir** la existencia de un contrato de trabajo (inc.1)”.

5. El principio de libertad sindical. Este es un principio referido a la génesis, aplicación e interpretación del Derecho Colectivo del Trabajo. Su contenido ha sido dado principalmente por los Convenios 87 y 98 de la OIT.

El profesor Américo Plá define este principio indicando que es el conjunto de derechos que tienen los trabajadores y sus organizaciones para organizarse sindicalmente y para desarrollar actividades sindicales, entre ellas, la negociación colectiva y la huelga. De esta definición se desprende que la libertad sindical tiene dos dimensiones:

i. Dimensión individual: corresponde a cada trabajador. Puede subclasificarse en dimensión individual:

Positiva: Es el derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales o afiliarse a ellas.

Negativa: Es el derecho de los trabajadores a no concurrir a la formación de organizaciones sindicales ni afiliarse a ellas. Se discute si esta dimensión forma parte del contenido del principio en comento.

ii. Dimensión colectiva: corresponde a las organizaciones sindicales.

Existen también otras normas de protección, más relacionadas con el proceso laboral, que son manifestaciones del principio protector, tales como:

a) *Gratuidad*: consiste en que la administración de justicia debe ser gratuita para asegurar a todos los ciudadanos el libre acceso a la justicia sin que el resultado de las acciones entabladas se encuentren supeditadas al poder económico de cada uno.

b) *Defensa gratuita*: ligado al principio anterior, dice relación con que en la mayoría de los países se otorga al trabajador la posibilidad de ser representado en juicio por un letrado gratuito, organismos generalmente dependientes del Estado.

c) *Oralidad- Concentración –Inmediación y Celeridad*: conforman un conjunto de principios íntimamente ligados entre sí y virtualmente inseparables, conduce al proceso ideal en el cual el máximo de actos debe ser cumplido en un mínimo de diligencias, presididas personalmente por el propio juez y ejecutadas en forma prevalentemente oral, en pro de lograr una solución justa y equilibrada, que se explica por la urgencia social que se le reconoce a los derechos patrimoniales de los trabajadores. Más que principios, éstos constituyen caracteres típicos del principio protector, a las que numerosos autores han denominado principios, sin percibir que constituyen efectos y no causas del principio protector.

d) *Economía procesal*: siendo el proceso un medio, es inaceptable exigir un desembolso superior al fin que se pretende alcanzar. Debe existir una proporción entre el fin y los medios debe prevalecer la economía procesal. Con la economía procesal se persigue que en el menor tiempo y con un mínimo desgaste de la actividad jurisdiccional se llegue a resolver el conflicto de la forma más eficaz posible.

e) *Celeridad*: presenta estrecha relación con la economía procesal, y procura la mayor rapidez en el desarrollo del procedimiento debido al trasfondo social y económico que implica el conflicto de intereses de naturaleza laboral.

Los principios desarrollados anteriormente no deben ser considerados en un sentido aislado sino que se vinculan entre sí y más aún se compensan y limitan, procurando que la aplicación extrema de uno de ellos lesione a los otros.

El principio protector del trabajador no debe llevarnos a resultados contrarios a la verdad, ni debe ser aplicado en su sentido extremo ya que ello puede traer consecuencias inocuas.

Los principios del derecho del trabajo asumen un rol de vital importancia al momento de resolver los conflictos laborales. Sin perjuicio del derecho positivo protector, la aplicación práctica de los principios del derecho del trabajo, por parte de los tribunales, permite una eficaz tutela de los trabajadores por medio de una interpretación que vaya más allá de los formalismos o acuerdos aparentes.

9. Término del contrato de trabajo

El tema de la terminación del contrato de trabajo, que el actual Código del Trabajo regula en el Título V del Libro I, artículos 159 a 178, es sin lugar a duda una de las materias más importantes desde el punto de vista de los sujetos de la relación laboral, pues en ella se enfrenta, por una parte, el interés del empleador de disponer con libertad acerca del número de trabajadores en su empresa y la permanencia de éstos y, por otra parte, el interés del trabajador de gozar de estabilidad y seguridad sobre su fuente de empleo. Se puede producir exclusivamente invocando las causales legales establecidas en el artículo 159, 160 o 161 del Código del Trabajo.

Las causales de terminación las podemos clasificar en:

I. Causales de término sin derecho a indemnización.

Dentro de estas causales están las establecidas en el artículo 159, se trata de causales objetivas ya que no son imputables al trabajador, y son las siguientes :

- 1.- Mutuo acuerdo de las partes.
- 2.- Renuncia del trabajador
- 3.- Muerte del trabajador.
- 4.- Vencimiento del plazo convenido en el contrato.
- 5.- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.
- 6.- Caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 160 señala otras causales de terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna, se trata de causales subjetivas, es decir, que son imputables al trabajador, son las siguientes:

- 1.- Falta de probidad, vicios de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada.

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

3.- No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

4.- Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y

b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

6.- El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

II. Causales de término con derecho a indemnización.

El artículo 161 se refiere a otra causal de terminación señalando las necesidades de la empresa, “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades *de la empresa, establecimiento o servicio*, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”.

Además contempla el desahucio para cierto tipo de trabajadores, en general, de confianza o que tengan poder para representar al empleador.

Señalaremos algunos sistemas teóricos de terminación del contrato de trabajo.

1. Desahucio

Es el sistema propio del derecho civil, para regular la terminación del contrato de trabajo sucesivo. Habiendo nacido el contrato de trabajo del contrato civil de arrendamiento, se adopta, al inicio, la misma solución: el desahucio. Esto es, cualquiera de las partes puede poner término al contrato de trabajo (plazo indefinido) mediante el aviso dado, sin expresión de causa y unilateralmente. Normalmente, al desahucio dado por el trabajador se le denomina "renuncia", que no es sino un desahucio: aviso dado a la contraparte, de poner término al contrato, sin causa. La expresión "desahucio" se reserva al aviso unilateral de término de la relación laboral dado por el empleador.

2. Desahucio pagado

Como su nombre lo indica: por una parte es un sistema de desahucio: término unilateral sin expresión de causa, pero, ejercer tal facultad, implica que se debe pagar o indemnizar por la cantidad que estipule la ley. En este sistema de terminación del contrato se comprende, además, causas en que incurre el trabajador que ponen término al contrato, sin derecho a indemnización. Por lo tanto, es un sistema que por el hecho de indemnizar, es más proteccionista que el de simple desahucio pero, es inferior, como se verá, al sistema de estabilidad ya que éste requiere siempre de causa justificada

3. Estabilidad en el empleo

Este sistema consiste "en el derecho que se le reconoce al trabajador de permanecer en el cargo que se desempeña, a no ser despedido sin causa debidamente justificada por la autoridad competente y, en subsidio, en caso de despido injustificado a ser indemnizado adecuadamente" (Recomendación 119 OIT).

Es, por lo tanto, la antítesis de un sistema de desahucio. En un sistema de estabilidad, siempre se requiere de la existencia de una causa o motivo, pero, no solamente que exista una causa o motivo, sino que dicha causa esté en la ley como una conducta susceptible de hacer caducar el contrato y que, además, haya sido aplicada en forma justa.

3.1. Estabilidad absoluta

Al tratarse de un sistema de estabilidad, se requiere obviamente de la existencia de una causa legal y justa para poder proceder al término de la relación laboral. Sin embargo su característica esencial es que si el despido del trabajador es nulo por no concurrir una causa legal y justa, el empleador debe reintegrar al trabajador a la empresa y a su puesto de trabajo, pues debe volverse a la situación anterior al despido, careciendo el empleador de una opción distinta al reintegro.

Este sistema rige, por ejemplo, para los funcionarios públicos y se conoce como de inamovilidad en el empleo, por lo que, en definitiva, el funcionario tiene derecho a permanecer indefinidamente en su cargo, salvo que incurra en alguna causal atribuible a su conducta y que autorice el despido disciplinario, previa comprobación de esta conducta por la autoridad competente, tema que trataremos en el capítulo IV.

3.2. Estabilidad relativa

En este sistema de no concurrir una causa legal y justa que haga procedente el despido, el efecto es que debe pagarse una indemnización al trabajador. Por lo tanto no hay reincorporación a su cargo, sino que sólo el pago de una suma de dinero por concepto de indemnización, la cual es fijada por la ley. Algunos autores señalan a este sistema de estabilidad relativa como impropia, en oposición al calificado como de estabilidad relativa propia, en que frente a la calificación del despido como injustificado, el trabajador puede seguir considerándose como parte de la empresa y recibir su remuneración, incluso si el empleador no lo readmite.

Prescripción de los derechos laborales

El artículo 480 del Código del Trabajo contiene una norma especial sobre la prescripción y dispone en su inciso 1 que: "Los derechos regidos por este Código prescribirán en el plazo de 2 años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles." Por su parte, el inciso 2 de esta misma disposición establece que: "En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en 6 meses contados desde la terminación de los servicios."

De la lectura de la disposición citada se desprende que el ordenamiento jurídico laboral chileno distingue entre 2 situaciones distintas, que son, en primer lugar la prescripción de las acciones y en segundo lugar la prescripción de los derechos. La primera de estas prescripciones es generalmente aceptada por todas las legislaciones laborales y en el derecho del trabajo chileno ya se la consideraba en el Código del Trabajo de 1931. En cambio, la prescripción de los derechos mismos es una novedad en el derecho chileno y tiene su antecedente inmediato en el DL 2.200, siendo posteriormente incluida en el actual Código del Trabajo.

Esta es una norma nueva, pues por años los derechos del trabajo no prescribían mientras el contrato de trabajo estaba vigente. Sólo una vez terminado el contrato de trabajo, se reconocían 6 meses para poder demandar cualquier derecho durante todo el tiempo que duró el contrato. En la actualidad, la regla ha cambiado: a los 2 años desde que se devengaron, los derechos prescriben. La razón para la norma histórica era que el trabajador, durante la vigencia del contrato, no se atreve a demandar judicialmente al empleador por temor a perder el empleo. La norma actual, hace correr ese riesgo al trabajador, pues para que no prescriba el derecho, debe necesariamente exigir su cumplimiento o demandar.

Con todo, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 480 Código del Trabajo, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en 6 meses desde la terminación de los servicios, por lo tanto, hay que distinguir, siempre, en materia de prescripción laboral, dos situaciones:

Suspensión de la prescripción:

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 480 inciso 6 del Código del Trabajo, se suspenden los plazos de prescripción señalados en esta norma por la interposición de un reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo, debidamente notificado. De acuerdo a este inciso 6, las condiciones que permiten que proceda la suspensión de la prescripción son:

- 1.- Que el reclamo se interponga dentro de los plazos señalados en los incisos 1, 2, 3 y 4;
- 2.- Que la pretensión del reclamo sea igual a la de la demanda judicial;

3.- Que emane de los mismos hechos y;

4.- Que esté referida a las mismas personas.

Si se dan las 4 condiciones anteriores, se suspende el plazo de la prescripción, el que continuará corriendo desde el momento en que culmine el trámite de reclamación ante la Inspección del Trabajo. En todo caso, frente a esta situación, el plazo no podrá exceder, en definitiva, de un año contado desde el término de los servicios.

Interrupción de la prescripción:

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 480 inciso 5 del Código del Trabajo, los plazos de prescripción establecidos por el Código del Trabajo se interrumpirán en conformidad a las normas de los artículos 2523 y 2524 del Código Civil, esto es, desde:

- que interviene pagaré u obligación escrita o concesión de plazo por el acreedor, vale decir, cuando hay un reconocimiento escrito de la obligación o se otorga un nuevo plazo para cumplir la obligación y;
- desde que interviene el requerimiento: esto es, según la jurisprudencia judicial laboral, desde que se presenta la demanda, sin que sea necesario su notificación como ocurre en materia civil.

Caducidad en materia del ejercicio de los derechos laborales en el Código del Trabajo.

El efecto jurídico de la caducidad es la extinción total y automática del derecho o facultad procesal de que se trate.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral consagra un plazo de caducidad en el artículo 168 del Código del Trabajo. Esta norma establece que cuando un trabajador considera que la terminación de su contrato de trabajo ha sido injustificada, indebida o improcedente, o no se ha invocado ninguna causal legal, puede recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la separación, a fin de que el tribunal así lo declare. Dicho plazo se suspende cuando, dentro de él, el trabajador interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concurrido este trámite. En ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos 90 días hábiles desde la separación del trabajador.

Capítulo II: Contrato a honorarios.

Desde hace algunas décadas, y como consecuencia de las crisis económicas, han surgido presiones tanto del sector económico, que busca a toda costa ampliar el mercado y abaratar la mano de obra, y por otro lado del Estado que busca aumentar la inversión de las empresas y los niveles de empleo, generándose un fenómeno en el cual desde la protección al trabajador se ha pasado a la protección del trabajo.

Para cumplir con los objetivos que estas políticas implican se debe flexibilizar la forma de contratar, derogar las trabas que impone la ley para la contratación de mano de obra, es bajo este telón en el cual empiezan a aparecer figuras como el teletrabajo y la subcontratación que hoy son prácticas de común ocurrencia al igual que la contratación a honorarios.

A través de estos mecanismos es posible asegurar mano de obra para las empresas, a un bajo costo y que los niveles de empleo sean altos, es decir, que las personas tengan un empleo independiente de si las condiciones en las cuales está contratado cumplen con las condiciones mínimas exigidas por la ley.

Así, si a un trabajador se le presenta una oportunidad de trabajo y ésta está sujeta a la modalidad a honorarios, es preferible optar por esta alternativa que no tener un sustento económico para él y su familia.

Por lo que hoy muchos señalan que el derecho del trabajo debe sustituirse de ser “el derecho protector por el derecho promotor del trabajo”⁸.

Como consecuencia de este escenario económico y social, es frecuente que los empleadores utilicen mecanismos para evadir las responsabilidades que les impone celebrar un contrato de trabajo con las personas que les prestan servicios, es así como han surgido figuras que buscan encubrir una relación laboral a través de otros mecanismos, el “contrato a honorarios” viene desde un tiempo a esta parte a cumplir con esta función, ya que como veremos a lo largo de este capítulo este contrato innominado

⁸ Pla, Americo, “La actual coyuntura del Derecho del Trabajo”, en AAVV Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, MTAS, España, 2000 (El Nuevo Derecho del Trabajo, José Luis Ugarte Cataldo, Lexis Nexis, Chile, 2007, pag. 3) pag. 1173.

ha sido utilizado comúnmente tanto en el ámbito público como privado para encubrir un contrato de trabajo, con todas las consecuencias que tal situación implica. En este trabajo nos referiremos, por regla general, al contrato que ha sido celebrado como a honorarios pero que realmente no lo es, por las razones que revisaremos en lo sucesivo.

1. Definición y elementos.

El contrato a honorarios es una figura compleja y que se encuentra estrechamente vinculada al contrato de trabajo, estudiado en el capítulo I, ya que los límites entre uno y otro resultan muchas veces difíciles de establecer porque en la práctica se presentan situaciones en las cuales un trabajador realiza las mismas funciones y bajo las mismas condiciones que otro trabajador pero entre uno y otro existe una gran diferencia en el tratamiento, es decir, en los derechos y obligaciones que tienen las partes ya que uno presta servicio en virtud de un contrato de trabajo y el otro en virtud de un contrato a honorarios.

El contrato a honorarios surge como consecuencia de la autonomía de la voluntad, la cual permite a las partes crear los contratos que estimen convenientes a sus intereses, encontrándose limitadas sólo por la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Y así, como una necesaria respuesta a las crecientes necesidades del ámbito jurídico y económico ha surgido el denominado “contrato a honorarios”.

De acuerdo a las características de este contrato podemos señalar que se trata de un contrato innominado ya que “se denominan contratos nominados o típicos a los que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales; e innominados o atípicos a los que no lo han sido”⁹. El contrato a honorarios no se encuentra regulado por el legislador.

El gran problema que presentan los contratos atípicos es la determinación de la legislación supletoria aplicable, ya que si las partes preveen los problemas que se pueden presentar en lo sucesivo y su solución, no existirá dificultad alguna pero si éstas no lo han hecho habrá que buscar la legislación supletoria aplicable.

⁹López Santa María, Jorge. *Los contratos. Parte general. Tomo I*. Tercera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2001., pag.129.

En primer lugar, la solución debe ser buscada en lo que han establecido las partes en el respectivo contrato, luego en las normas relativas a las obligaciones y, por último se ha considerado que generalmente las normas relativas al arrendamiento de servicios constituyen la legislación supletoria aplicable, o por lo menos es la figura que más se asemeja al contrato a honorarios, se señala que “comúnmente, será la figura de arrendamiento de servicios la que se utilice, la regulación jurídica de la prestación de servicios independientes o autónomos solo se enmarcará dentro de los criterios propios de una legislación patrimonial de tipo decimonónica, que no tiene disposiciones de protección para el artífice o prestador de servicio”¹⁰.

Aunque también en algunos casos se asemeja al contrato de obra o al mandato y en muchas ocasiones al contrato de trabajo.

Como consecuencia de esta falta de regulación tampoco contamos con una definición legal del contrato a honorarios, por lo que deberemos extraer dicha definición de la regulación que se aplica en este caso, concretamente del arrendamiento de servicios inmateriales, regulado en el Código Civil.

El Código Civil al regular el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales nos entrega algunas herramientas que nos llevarán a la definición del contrato a honorarios.

El artículo 1915 del C. C. señala: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o *prestar un servicio*, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Por lo tanto el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales puede ser definido de la siguiente manera: “Contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a prestar un servicio, y la otra a pagar por este servicio un precio determinado”.

En virtud de las especiales características que examinaremos a lo largo de este trabajo, a la definición dada por el Código Civil debemos agregar otros elementos para dar una definición del contrato a honorarios, tales como que la prestación debe ser sólo por el tiempo determinado o que en esta relación jurídica no exista vínculo de subordinación y dependencia.

¹⁰El Nuevo Derecho del Trabajo, José Luis Ugarte Cataldo, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2007, pág. 55.

El Abogado del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, José Luis Ugarte comentó *"que el contrato o convenio a honorarios es una expresión genérica que se utiliza para designar cualquier contrato civil que, por no haber subordinación, no corresponde a un contrato de trabajo, pero donde hay prestación de servicios. Este tipo de contratos está pensado para personas que prestan servicios con cierta autonomía. En un principio eran los profesionales liberales, pero se ha extendido a cualquier persona que sea un trabajador independiente. Y – continúa – como están en calidad legal de contratos civiles no es necesario que se escrituren, es más, en el derecho civil las partes son autónomas de fijar los acuerdos que quieran en los términos y formas que estimen convenientes. El cambio en el derecho laboral es todo lo contrario"*¹¹.

Agregando estos nuevos elementos se señala en Economía y Negocios Online de El Mercurio, con fecha 20 de septiembre de 2006 que el contrato a honorario es "un acuerdo o convenio a través del cual una persona se compromete a prestar, por un tiempo determinado, un servicio específico a otra, la cual a su vez se obliga a pagar por el servicio prestado. Este contrato se configura cuando no existe relación de subordinación y dependencia y por lo tanto no corresponde vincular al trabajador y al empleador por medio de un contrato de trabajo".

Por lo tanto, podríamos definir el contrato a honorarios como "aquél en el que las dos partes se obligan recíprocamente la una a prestar un servicio por un tiempo determinado y la otra a pagar un honorario por este servicio, sin que la primera se encuentre respecto de la segunda bajo un vínculo de subordinación y dependencia".

De esta definición y del posterior análisis que haremos de los elementos, quedará de manifiesto la similitud entre el contrato a honorarios y el contrato de trabajo, ya que como se ve a simple vista solo se agregan a la definición de contrato de trabajo dos elementos, en primer lugar el tiempo que es determinado y la falta de subordinación y dependencia.

Con respecto al tiempo determinado este elemento no es suficiente para distinguirlo de un contrato de trabajo ya que como sabemos una de las clases de contrato de trabajo es aquel a plazo fijo el cual se celebra por un período de tiempo determinado, éste tiene un

¹¹ www.asimetcapacitacion.cl/contrato_honorarios.htm

plazo de duración independiente de la prestación de que se trate. Como ya señalamos anteriormente, se encuentra regulado en el artículo 159 del Código del Trabajo.

Por lo tanto, lo que distingue efectivamente a ambas figuras es el vínculo de subordinación y dependencia, elemento este último difícil de definir y de establecer su existencia, por lo que han sido la jurisprudencia judicial y administrativa las que han dado luces acerca del contenido de este vínculo.

Elementos:

i. Prestación de servicios: esta prestación debe ser ejecutada dentro de los términos del contrato, es decir, debe ser la misma prestación a la cual se obligó la parte. Es así como el arrendatario del servicio no puede obligar al arrendador a ejecutar una labor distinta a la que se acordó.

ii. Pago de honorarios: en este caso la remuneración recibe el nombre de honorario y es la contraprestación que recibe el arrendador por los servicios prestados por el arrendatario.

iii. No puede tener una duración superior a la necesaria para desarrollar la función específica: como se trata de una prestación específica el tiempo de duración del contrato a honorarios debe estar limitado al tiempo que se requiera para llevar a cabo la labor a que se obligó el arrendador.

iv. No debe existir entre las partes un vínculo de subordinación y dependencia: ya que de estar presente este vínculo a través de sus tantas manifestaciones nos encontraremos frente a un contrato de trabajo y no a honorarios, independiente de la designación dada por las partes, tema que trataremos más adelante.

2. Regulación del contrato a honorarios.

Como señalamos en el número anterior el contrato a honorarios no cuenta con una regulación propia por lo que en primer lugar debemos estar a lo que hayan estipulado las partes. En segundo lugar se regirá por las normas relativas a las obligaciones, pero si esta regulación resulta insuficiente no está claro qué norma se debe aplicar, el criterio que ha primado es asimilar el contrato atípico al contrato típico con el cual tenga más semejanza, y a través de esta operación poder aplicar al primer contrato las normas relativas al segundo. Para llegar a asimilar un contrato a otro se deberá calificar el

contrato y para calificarlo se deberá interpretar, estableciendo así que normas se aplicaran supletoriamente a la voluntad de las partes.

En el caso del contrato a honorarios y siguiendo las reglas recién expuestas, se ha considerado tanto por la jurisprudencia judicial como administrativa y la doctrina que la legislación aplicable a este tipo de contrato es la del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. La Dirección del Trabajo en ORDINARIO 858/47 señaló “ [...] Más aún si, esa forma de contratación, permite incorporar al sistema personal idóneo cuando no existen interesados en incorporarse al mismo en calidad de funcionarios, o resulte indispensable cubrir los puestos para atender las necesidades de un servicio asistencial de interés público y estratégico, como lo es la atención primaria de salud municipal, en cuyo caso **el mismo pronunciamiento se encarga de precisar que el personal sujeto a contrato de honorarios se rige por las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, que regula el Párrafo Noveno, Título XXVI, del Libro IV del Código Civil**”.

Esto sucede ya que si analizamos el contrato a honorarios se pueden detectar las similitudes que presenta con el contrato de arrendamiento de servicios porque de la definición del artículo 2006 del Código Civil y de la definición que entregaremos del contrato a honorarios podemos señalar (a grandes rasgos) que en ambas existe una prestación de servicios y una contraprestación en dinero como elementos esenciales.

Las normas del arrendamiento de servicios inmateriales regulado en el artículo 2006 y ss. del Código Civil distingue tres especies:

1. Contrato de arrendamiento de servicios aislados: se encuentra en el artículo 2006 y se rigen por las reglas de aquellos cuyo objeto es la confección de una obra material.

Artículo 2006 C.C.: Las obras inmateriales, en las que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetarán a las disposiciones especiales de los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002.

2. Contrato de arrendamiento de servicios que consisten en una larga serie de actos: Se rigen por las reglas de los artículos 2007 y siguientes.

Artículo 2007: los servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores, se sujetarán a las reglas especiales que siguen. Por lo tanto, está regulada por los artículos 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, que se refiere a la regulación de las obras parciales del servicio, al desahucio y lo que sucede si el que presta el servicio se debe mudar de residencia.

3. *Contrato de arrendamiento de servicios prestados por profesionales*: Se refieren a este tipo de arrendamiento las reglas del mandato.

Artículo 2012: Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2118 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieran de contrario a ellas.

De las normas anteriormente señaladas podemos darnos cuenta de lo escueto de la legislación con respecto a esta materia, regulación que resulta insuficiente debido a la masiva utilización del contrato a honorarios y a los problemas que este suscita tanto en la aplicación como en la interpretación, ya que del examen de estas disposiciones se concluye que regula limitadamente los efectos de este tipo de contrato, refiriéndose a la regulación del precio, forma de ponerle término al contrato, que pasa si la prestación obliga a una parte a mudarse de residencia, entre otras. Debido a esta escasa regulación es que respecto al contrato de honorarios han surgido problemas, ya que muchas veces este contrato se encuentra en el límite, no pudiendo diferenciarse nítidamente del contrato de trabajo.

Es por esto que el contrato a honorarios no siempre se rige por las normas del arrendamiento de servicios, ya que será el juez quien deberá establecer la regulación aplicable, ya sea civil o laboral y para dar más fuerza a esta idea se ha estimado en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema y Corte de Apelaciones que pese a la denominación de contrato a honorarios que se le ha dado por las partes se trata efectivamente de un contrato de trabajo, y esta calificación corresponde hacerla al órgano jurisdiccional y no a las partes.

Así en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5352-04 (Corte Suprema, rol 3583-2005), entre Tito Aldana y otros con Club Social y Deportivo Colo Colo señala que “[...] Aunque las partes suscriban un contrato a honorarios, su denominación no puede cambiar la naturaleza de los servicios ni se puede desconocer que la relación jurídica corresponda a un contrato de trabajo. Los honorarios tienen las características jurídicas

de sueldo, es decir, de un estipendio fijo, permanente, de acuerdo a lo establecido en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo”.

Y se reafirma en fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 4452-02 (Corte Suprema, rol 3582-2003), entre Claudio Correa Salinas con Empresa Alex Stewart Intercorp Chile y Cía Ltda. que indica “Que un principio que tuvo su origen precisamente en el derecho laboral es el de la primacía de la realidad y que se refiere a la existencia de una relación laboral como forma distinta del título que la rija y que tiene por objeto hacer prevalecer la verdad de los hechos, por encima de los acuerdos o nominaciones que las partes otorguen formalmente a la vinculación contractual. En el caso de autos, de los hechos establecidos precedentemente, aparece que ***si bien es cierto el contrato se denomina de prestación de servicios a honorarios, no lo es menos que se trata de un acuerdo de voluntades en el cual el empleador y el trabajador se han obligado recíprocamente, este último a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación y el otro, a pagar una remuneración determinada***”.

También en fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1605-05 (Corte Suprema, rol 563-2005), entre Ixía Alonso Arévalo con Juan Ahumada Contreras, en su considerando octavo señala “Que, de los hechos antes establecidos, unidos al principio de la primacía de la realidad, que gobierna en materia laboral, se ***concluye a juicio de la sentenciadora que la prestación de servicios realizada por la actora a favor de la demandada, aunque formalmente haya revestido la modalidad de un contrato a honorarios constituye sin embargo, un contrato de trabajo regido por el Código del ramo***, toda vez que se reúnen todos los requisitos que de acuerdo a los artículos 7 y 8 del cuerpo legal citado hace deducir o presumir su existencia, esto es, existió dependencia y subordinación , cumplimiento de un horario de trabajo, el que se cumplía en el local de la demandada y por ultimo, hubo una contraprestación en dinero por los servicios prestados”.

Que se trate de un contrato a honorarios y no de un contrato de trabajo trae una serie de consecuencia prácticas respecto de los efectos del tipo de contrato, como por ejemplo, que no es procedente descontar las cotizaciones previsionales y de seguridad social a una persona contratada a honorarios, tampoco está afecto a las normas relativas al

ingreso mínimo mensual, descansos, protección a la maternidad, negociación colectiva etc.

Criterio orientador: La subordinación y dependencia.

La fórmula que se ha utilizado por los tribunales para dilucidar si se trata o no de un contrato a honorarios ha sido la existencia o inexistencia de un vínculo de subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador. A modo de ejemplo a continuación se citan dos fallos en que este criterio es utilizado, y es la existencia de los elementos que configuran la subordinación y dependencia la que, en definitiva, sirva para establecer si existe un contrato civil a honorarios o un contrato de trabajo.

En fallos de la Corte Suprema, de fecha 15-06-1998, rol: 647-1998, entre Alvaro Castillo Morales con Dirección de Trabajo: “[...] forzoso es concluir que la relación jurídica que ha vinculado al actor con la Dirección del Trabajo durante el lapso en que se ha desempeñado como abogado a honorarios reúne todos los elementos que son propios de un contrato individual de trabajo, toda vez que aparece como una **prestación de servicios personales, remunerados y realizados en condiciones de subordinación y dependencia**, esto es, en los términos como se describe en el artículo 7 del Código del ramo”.

También en fallo de la Corte Suprema de fecha 22-09-1997, Rol 2952-97, caratulado “Fernandez Vera con Marntis Rallín”: “Corresponde rechazar la demanda laboral presentada por un asesor técnico aeronáutico, si de los antecedentes probatorios se desprende que el vínculo jurídico existente entre demandante y demandado **no fue un contrato de trabajo sino un contrato de prestación de servicios a honorarios**, lo que se concluye del hecho de existir entre las partes un contrato material denominado contrato a honorarios; de la naturaleza de los servicios que correspondía llevar a cabo, **la que revela la ausencia de subordinación y dependencia** [...]”.

El problema que presenta este criterio, que sin duda resulta ser de gran utilidad, es que no existe en el Código del Trabajo ni en otro cuerpo legal una definición del vínculo de subordinación y dependencia, es por esto que se han establecido ciertos criterios para establecer su existencia. Por lo que son los tribunales de justicia y la Dirección del Trabajo quienes nos han dado luces de los elementos que configuran el criterio orientador.

En el fallo que citaremos ahora se encuentra un resumen de lo que ha sido considerado por los tribunales superiores de justicia como constitutivo de subordinación y dependencia.

CORTE DE APELACIONES

Rol: 3165-1997

Partes: Karin Yanine Millas con Red de Televisión Chilevisión S.A.

SENTENCIA

“Santiago, 30 de diciembre de 1997.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, pero se eliminan sus considerandos 8, 11 y 12.

Y se tiene en su lugar presente:

1º) Que el problema básico que corresponde dilucidar en la especie es si entre las partes medió un contrato civil de prestación de servicios o uno laboral, regido por el Código del ramo no obstante que el instrumento jurídico formal que firmaron, en su cláusula primera disponía que por la naturaleza de los servicios a prestar, el presente contrato se regirá por lo dispuesto en los artículos 2006 y siguientes del Código Civil, en todo lo no estipulado por el presente contrato. La aludida normativa del Código Civil trata del arrendamiento de servicios inmateriales.

2º) Que se ha señalado que la subordinación jurídica, a la que alude el artículo 7º del Código del Trabajo, se materializa por la obligación del trabajador, estable y continua, de mantenerse a las órdenes del empleador, sin quebrantamiento de su libertad, a efectos de la realización del proceso productivo.

3º) Que tal subordinación, ha señalado nuestra jurisprudencia, no puede ser uniforme en todos los contratos de trabajo: puede ser mínima en unos casos y muy estricta en otros, según la circunstancia y condiciones en que se presta el servicio. En el mismo contrato de trabajo tal subordinación a veces es muy tenue, como en los vendedores comisionistas dependientes, en que ella se reduce a la necesidad o interés que tienen ambas partes en cumplir sus obligaciones correlativas.

4º) Que esta subordinación, según se ha sentenciado reiteradamente, se manifiesta en la realidad mediante diversos signos o expresiones externas, tales como la facultad de mando que tiene el empleador y la obligación del trabajador de acatar las instrucciones del empleador, la continuidad de los servicios, la supervigilancia por el empleador en el desarrollo de las funciones, la concurrencia diaria al lugar del trabajo, el cumplimiento de un horario de trabajo y otras análogas o similares.

5º) Que en el contrato civil de arrendamiento de servicios, quien los presta debe hacerlo también conforme a las instrucciones del acreedor de trabajo, pero en este contrato el prestador de servicios tiene la más amplia autonomía para imponerse su propio programa de trabajo, con la más amplia libertad”.

Y por su parte la Dirección del Trabajo ha usado un criterio similar al de los tribunales de justicia y reiteradamente en sus dictámenes ha dado luces de los elementos a considerar para configurar el mencionado vínculo.

La Dirección ha estimado que los requisitos para constituir un contrato de trabajo son:

- a. Una prestación de servicios personales;
- b. Una remuneración por dicha prestación; y
- c. Ejecución de esta prestación bajo subordinación y dependencia de la persona que se beneficia con la prestación de los servicios.

Estos elementos se desprenden de la definición de contrato individual de contrato de trabajo del Artículo 7º antes transcrita. Para determinar en la práctica estos requisitos, la Dirección del Trabajo estima que es necesario que se presenten ciertos hechos, tales como:

- a. La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.

- b. La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.
- c. Durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.
- d. El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.
- e. Por último, las labores, permanencia y vida en el establecimiento, durante la jornada de trabajo, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador". (ORD. N°1583 / 129)

Así también en ORD. N° 5393/357 señaló "...En relación con el requisito signado con la letra c), esta Dirección reiteradamente ha manifestado que la subordinación o dependencia se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como: la continuidad de los servicios prestados en el lugar de las faenas, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la obligación de ceñirse a las órdenes e instrucciones dadas por el empleador , la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a controles de diversa índole, la necesidad de rendir cuenta del trabajo realizado, etc, estimándose además que dicho vínculo está sujeto en su existencia a las particularidades y naturaleza de la prestación del trabajador".

Pasaremos a analizar los elementos más importantes que sirven para determinar la existencia o inexistencia del vínculo de subordinación y dependencia, ya que cada uno de ellos va a tener sus particulares características.

- i. Determinación de un horarios de trabajo: tal como lo ha señalado la Inspección del Trabajo y la Corte Suprema, la exigencia del cumplimiento de un horario de trabajo sirve como antecedente para presumir que existe el mencionado vínculo de subordinación y dependencia, pero se debe tener en cuenta que el hecho que exista una relativa flexibilidad en el horario de trabajo no anula la existencia de este vínculo de subordinación y, con mayor razón, si la flexibilidad depende de la voluntad del empleador. Sin

embargo, la inexistencia de la obligación de cumplir con una jornada de trabajo constituye un grave indicio de que no existe entre las partes un vínculo de subordinación y dependencia, así la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 1336-01 (Corte Suprema, rol 3.871-2002) entre María Angélica Rosas Torrens contra Turismo Latrach Ltda. se rechazó la demanda considerando que no existía relación laboral señalando "[...] probanzas conexas y suficientes para dar por establecido que los servicios prestados por la actora inequívocamente eran independientes y a honorarios y como la propia actora reconoce en la demanda de fojas 7 y siguientes, al señalar que *"no existió un horario rígido de ingreso y salida"* y que era remunerada sólo en base a comisiones por las ventas que efectuara de servicios aéreos y terrestres. Que por lo demás las partes celebraron contrato de prestación de servicios el 1 de abril de 1998, agregado a fojas 12 y 13, en cuya cláusula cuarta se establece claramente: "La agente comisionista en su calidad de independiente, *no cumplirá horario de trabajo* y realizará sus ventas sin vínculo de subordinación o dependencia, salvo obviamente, aquellos que dicen relación con tarifas, itinerarios y condiciones fijadas por la agencia" [...].

- ii. No hay un jefe directo: cuando existe un contrato a honorarios, el que presta el servicio es un trabajador independiente, por lo tanto, en su actividad no depende de empleador alguno, lo que se va a traducir en la práctica que la labor encomendada la puede realizar con plena autonomía y sin estar sujeto a las órdenes de sus superiores ya que no los tiene, aunque debe hacerlo conforme a las instrucciones del que encargó el servicio, el trabajador a honorario tiene la más amplia libertad para imponerse su propio programa de trabajo sin estar sujeto a la supervisión constante de un jefe.
- iii. Continuidad de los trabajos prestados: se debe en este punto distinguir la verdadera prestación de servicios a honorarios que es aquella en la cual la prestación de servicios es aislada y concluye con la realización de la labor de aquella en la cual existe una contratación de personal para funciones, permanentes bajo la modalidad del contrato a honorarios por extensos y

sucesivos períodos, que va a significar trabajadores prestando una labor permanente a honorarios y que debería corresponder estar vinculados por un contrato de trabajo.

- iv. Obligación de asistencia: muy vinculada a la obligación de cumplir un horario está la obligación de asistencia, ya que de existir ésta, el trabajador estaría sujeto a una jornada de trabajo, institución propia de los trabajadores vinculados por medio de un contrato de trabajo. A veces por la naturaleza de la prestación contratada el trabajador debe concurrir al lugar en que se encuentra la empresa para desempeñar su función, pero esto no puede constituir una obligación ya que la característica principal de una prestación a honorarios es la independencia que otorga para el desarrollo de la actividad e incluso permite desarrollar actividades paralelas con la obligación de cumplir con la obligación contraída. Así en causa rol 4091-2003 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, se considera como antecedente para determinar la existencia de una relación laboral cuando el empleador invocaba una a honorarios que "(...) en cuanto a la subordinación y dependencia, los testigos presentados por el demandante están contestes en que éste prestaba servicios como cobrador en terreno, señalando uno de ellos que **lo veía todos los días en la empresa y el otro expresa que lo veía en las mañanas y a veces en las tardes**. El testigo de la demandada Pier Pallini señala que no se le exigía concurrir diariamente, pero **el actor iba periódicamente**. Lo declarado por estos testigos guarda plena relación con la exigencia consignada en el documento que rola a fojas, 17 y cuyo tenor es el siguiente: "Don Luis Ossandón Jiménez, en calidad de "Cobrador", **deberá llegar al depósito diariamente todos los días en la mañana**, con sus planillas cuadradas, llenar de inmediato el formulario de recaudación por la cobranza efectuada, la que deberá ingresar a caja junto a los montos recaudados".Es decir, con el mérito de estos antecedentes, se puede concluir que el demandante **asistía a la empresa diariamente en cumplimiento de una obligación que se le impuso por el empleador (...)**.

v. Supervigilancia del empleador en el desempeño de sus funciones, instrucciones y controles.

Como señalamos anteriormente el trabajador contratado a honorarios es un trabajador independiente, lo que no obsta a que para la realización del encargo se le hayan dado ciertas especificaciones de cómo realizarlo, lo que no puede llegar a coartar su libertad en la realización de su trabajo. Así en causa rol 647-1998 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirma la sentencia de primera instancia que había establecido la existencia de una relación laboral se considera como antecedente para tal decisión: “Que en este sentido es necesario poner de relieve los testimonios de Manuel Antonio Jesús Chacón Silva y de Carmen Bernardita Opazo Weitzmann que deponen a fs. 67 y 70 respectivamente, de los cuales queda en evidencia que el actor estaba sujeto a una jornada de trabajo que *debía efectuar bajo la supervigilancia de un jefe superior, que además de controlar la calidad y entidad de sus servicios, fiscaliza su asistencia, puntualidad y extensión horaria de sus labores, elementos todos que se tenían en cuenta para los efectos de su calificación funcionaria*”. De lo señalado se deduce que para que exista subordinación y dependencia el control debe ser acerca de si la labor se realiza y como se realiza.

Por lo tanto, si concurren estos elementos en forma copulativa o solo algunos que lleguen a configurar la subordinación y dependencia nos encontraremos frente a un contrato de trabajo, de lo contrario, estaremos frente a un contrato a honorarios efectivo. Pero no existe una fórmula única para determinar la existencia de tal vínculo, será tarea de los jueces frente a cada caso evaluar las especiales características ya que ninguno de estos elementos es determinante en forma aislada, pero si concurren de forma de configurar el vínculo de subordinación podremos considerar que existe un contrato de trabajo, es una labor de que se debe realizar caso a caso a partir de las circunstancias establecidas en el proceso. También en el capítulo III veremos que papel juega la Dirección del Trabajo como ente fiscalizador y si puede por si sola, sin la intervención de un juez considerar que existe el vínculo de subordinación y dependencia y la consecuente relación laboral.

3. Sujetos del contrato a honorarios y capacidad.

La designación que se le da a las partes del contrato a honorarios va a depender del contrato al cual se asimile.

Si se trata de un contrato de arrendamiento de servicios, aquel que presta el servicio se le denominará “arrendador” y aquel que paga un honorario por este servicio “arrendatario”, en este caso el arrendatario lo es de las aptitudes y capacidades del arrendador.

Pero como los conceptos de arrendador y arrendatario generalmente se asimilan al arrendamiento de cosas, y por lo demás así también lo señala el artículo 1919 del Código Civil y, por otro lado, las características y obligaciones que genera el contrato a honorarios presentan tal similitud con el contrato de trabajo que parece más apegado a la realidad denominar a las partes como trabajador y empleador, sin perjuicio de que se debe tener presente que se trata de dos instituciones diferentes pero que muchas veces resultan ser iguales. En este caso se trataría de un trabajador independiente definido en el artículo 3º del Código del Trabajo como “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia”.

Las partes deben ser capaces a la hora de celebrar un contrato a honorarios, pero la capacidad (de ejercicio) que se exija será distinta si se trata efectivamente de un contrato a honorarios caso en el cual deberemos remitirnos a las reglas generales de capacidad del derecho civil o si se trata de un contrato de trabajo denominado por las partes como contrato a honorarios.

Si se trata de un contrato de trabajo debemos remitirnos a los artículos 13 y siguientes del Código del Trabajo que se refieren a esta materia, ya estudiados en el capítulo I.

Si se trata efectivamente de un contrato a honorarios debemos aplicar las normas del Código Civil que regulan esta materia, así el artículo 1447 señala que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por ningún medio y, por otro lado, son relativamente incapaces los menores adultos y los disipadores que se encuentren en interdicción de administrar lo suyo, en este último caso los actos de estas personas pueden tener valor en ciertas circunstancias

determinadas por la ley, en general estas personas deberán actuar autorizadas por quienes señale la ley.

De lo expuesto cabe preguntarse que ocurre con ciertas situaciones que podrían presentarse en la práctica. Por ejemplo el artículo 13 del Código del Trabajo en su inciso final señala que “en ningún caso los menores de dieciocho años podrán trabajar más de ocho horas diarias”, por su parte el artículo 1° del mismo cuerpo legal señala que las disposiciones de este Código se aplican a las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, si en el contrato a honorarios no existe una relación laboral sino una civil de arrendamiento de servicio ¿un menor de 18 años que presta un servicio en virtud de un contrato a honorarios podría trabajar más de ocho horas diarias?, así también el artículo 14 del Código del Trabajo inciso 1° señala que “los menores de dieciocho años de edad no serán admitidos en trabajos ni en faenas que requieran fuerzas excesivas, ni en actividades que puedan resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad” y relacionado igualmente con el artículo 1° del Código del Trabajo esta norma solo resulta aplicable cuando existe una relación laboral, por lo tanto, si un menor de dieciocho años ha celebrado un contrato a honorarios y se ha obligado a ejecutar una labor que requiere un esfuerzo excesivo ¿dicho contrato es lícito?, parece que en ambas situaciones resulta de plena justicia dar una respuesta negativa, pero en las normas del arrendamiento de servicios no se prohíben ni regulan este tipo de situaciones, pero creemos que existe una solución, dada por los principios del derecho civil, especialmente el de la buena fe que como veremos más adelante permite atenuar la autonomía de la voluntad y apartarse de la literalidad del contrato, permitiendo así equilibrar lo que las partes acuerdan con los requerimientos de la justicia.

Hay que hacer presente que para determinadas actividades además de los requisitos ya vistos se requiere de especiales cualidades ya que, por regla general, se trata de contratos *intuitu personae* por lo que el prestador del servicio debe cumplir con la preparación técnica, artística o el título profesional que requiera para llevar a cabo la labor encomendada.

4. Principios que informan el contrato a honorarios.

Los principios que informen el contrato a honorarios serán diversos si el tribunal concluye que efectivamente se trata de un contrato a honorarios o por el contrario un contrato de trabajo, en este segundo caso los principios aplicables al contrato serán los ya señalados en el capítulo I, en cambio si efectivamente nos encontramos frente a un contrato a honorarios, debemos volver a la regla general y aplicar los principios del derecho civil y más específicamente los principios aplicables a los contratos en esta materia.

La importancia de dilucidar si se trata de un contrato a honorarios orientado por los principios del derecho civil o si se trata en realidad de un verdadero contrato de trabajo orientado por los principios del derecho laboral son principalmente dos:

En primer lugar los principios sirven como criterios para interpretar reglas, es decir, si existen varios sentidos posibles a una misma norma los principios orientan acerca de cual es el sentido más razonable de ella ayudando a superar su vaguedad incluso apartándose del texto expreso de la ley.

En segundo lugar sirven para que los tribunales puedan cumplir con el imperativo constitucional del artículo 76, es decir, resolver el asunto sometido a su decisión aún cuando no exista norma que solucione el conflicto ya que el principio llena las lagunas legales, completa el ordenamiento, a falta de norma aplicable en el caso concreto serán los principios los que fundamenten la decisión tomada por el juez.

Si se trata de un contrato a honorarios serán aplicables los principios del derecho civil: la autonomía de la voluntad, la responsabilidad, la proscripción del enriquecimiento sin causa y la buena fe.

En este trabajo nos referiremos pormenorizadamente a los principios contractuales del derecho civil ya que resultan ser contingentes para el tema en desarrollo, se analizará la forma en que son aplicados en el contrato a honorarios y la importancia que tiene la distinción con los principios aplicables en el derecho del trabajo.

I. Libertad contractual: este es un sub-principio del principio de la autonomía de la voluntad y consiste en la posibilidad que otorga el ordenamiento jurídico a las personas

para que estas puedan crear derechos y obligaciones, este comprende la libertad para decidir si contratar o no y en caso afirmativo decidir con quien contratar, además de la libertad que tienen las partes para decidir cual será contenido que tendrá un determinado contrato y obligarse a lo que mejor les parezca. Para celebrar un contrato a honorarios las partes pueden acordar las cláusulas que estimen convenientes y estarán solo limitadas por la ley, el orden público y las buenas costumbres. Una manifestación de la autonomía de las partes en este tipo de contratos, es que se trata de un contrato consensual y no está sujeto a ninguna formalidad para tener validez.

Vamos a analizar este principio en dos puntos que resultan relevantes para esta memoria:

En primer lugar es en virtud de este principio que el contrato a honorarios puede existir ya que una de las manifestaciones del principio de la libertad contractual es la facultad de la cual inviste a las partes para crear contratos atípicos y poder de esta forma ir dando respuesta a las nuevas situaciones que se generan con el paso del tiempo.

En segundo lugar debemos señalar que este principio ha ido deteriorándose, ya que muchas veces la sola voluntad de las partes no es suficiente para obligarse, es así como han surgido instituciones como el contrato forzoso que anula la libertad de las partes para contratar. Es dentro de este contexto que encontramos al contrato de trabajo, que es un contrato dirigido ya que el legislador ha fijado cláusulas que imperativamente debe contener el contrato. Las partes han perdido la libertad para contratar no en la etapa del nacimiento del contrato sino que en relación a los efectos de este vínculo.

José Luis Ugarte Cataldo señala “Alterando la libre negociación de las partes, propio de esquemas mercantiles y civiles, el Derecho del Trabajo conduce a un resultado negociable, que de no ser por su intervención no se habrá producido: los efectos patrimoniales a favor del empresario, en posición de agente económico dominante, se ven reducidos a favor del resultado económico del trabajador, quien de ese modo recibe una suerte de asistencia o subsidio estatal, mediante una serie de reglas no negociables por las partes, excluidas de la autonomía de la voluntad bajo la técnica de la normativa irrenunciable del orden público laboral”¹².

¹² J. Ugarte Cataldo.ob.cit. pag. 16.

Para estos efectos resulta imperioso determinar si un contrato que se ha denominado a honorarios lo es efectivamente o se trata realmente de un contrato de trabajo.

¿Por qué es importante determinar si se trata de uno u otro?

Si se trata de un contrato a honorarios al ser un contrato libremente discutido en que las partes se encuentran en un plano de libertad e igualdad se regirá por lo que estas hayan pactado y por la legislación supletoria y no existirá, como ya señalamos, más limitaciones que la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Pero si se trata de un contrato de trabajo, entonces se tratará de un contrato dirigido que se encuentra regulado imperativamente por el legislador, tanto en el Código del Trabajo como en sus leyes complementarias. Lo que se traduce en una serie de limitaciones a la libertad para contratar que tienen que ver con materias tales como jornada de trabajo, remuneración, descansos, permisos, negociación colectiva, protección a la maternidad, entre otras.

Al tratarse de derechos irrenunciables, si el trabajador se obligó por medio de un contrato a honorarios pero el juez considera que se trata de una relación laboral, entonces las normas imperativas fijadas por el legislador serán aplicables a la relación contractual existente. Así lo ha reafirmado la Corte de Apelaciones de San Miguel en causa rol 538-04 (Corte Suprema en causa rol 3.535-2005), entre Patricia Contreras Guajardo contra Congregación Hermanas Hospitalarias del Sacratísimo Corazón de Jesús, al señalar “[...] toda vez que en el Derecho del Trabajo la autonomía de la voluntad no está sujeta a la libre decisión de las partes, y que para determinar la calidad jurídica que las une debe estarse a las labores que se realizan y en que condiciones se han prestado los servicios y no a los instrumentos que ellas pudieren haber otorgado o la denominación que a éstos se hubiere atribuido, incluso aún cuando la actora hubiese aceptado calificar como civil el vínculo que se examina, tal manifestación carece de todo valor jurídico ante lo irrenunciable de los derechos laborales [...]”.

II. Efecto relativo de los contratos: este principio se traduce en que el contrato solo produce efectos para las partes, es decir, genera derechos y obligaciones solo para las partes que han concurrido a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a terceros.

Una excepción a este principio, es el contrato colectivo que es aquel que crea obligaciones para personas que no concurrieron con su voluntad a la celebración del contrato, incluso pueden haberse opuesto.

Es en el ámbito laboral en el cual proliferan este tipo de contratos, en donde los derechos y obligaciones que se crean con el contrato colectivo laboral se hacen extensivos a trabajadores que no han concurrido a la celebración. Los derechos creados por este tipo de contratos no solo afectan a los trabajadores que participaron en la Comisión Negociadora sino a los demás trabajadores del sindicato o del grupo de trabajadores que se unen para negociar, inclusive el empleador puede hacerlo extensivo a trabajadores que ingresen a la empresa con posterioridad.

En el contrato a honorarios no se presenta este fenómeno, ya que los efectos solo son extensivos a las partes. Y al no existir una relación laboral con el empleador los trabajadores no se pueden organizar y negociar con éste mejores condiciones de trabajo y deberán conformarse con los beneficios que otorgue el respectivo contrato.

III. Fuerza obligatoria del contrato: tanto en materia civil como en laboral es aplicable este principio. Lo contiene el artículo 1545 al disponer que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, el señalar que es una ley le da fuerza a la idea de la obligatoriedad del contrato.

La fuerza obligatoria de las partes se agotará cuando se le ponga término al contrato por mutuo acuerdo de las partes o por causales legales. La forma de poner término al contrato de honorarios y al contrato de trabajo es distinta, por lo que dependerá de si se trata de uno u de otro el momento en que los efectos dejen de producirse.

IV. Buena fe: puede ser objetiva o subjetiva.

La buena fe subjetiva es la conciencia de estar actuando o haber actuado correctamente, es la convicción de encontrarse en una situación jurídica regular. Atiende a la conciencia personal e íntima del sujeto.

La buena fe objetiva es el deber de los contratantes de comportarse lealmente en sus relaciones mutuas, desde la etapa de negociación hasta momentos ulteriores al término del contrato.

La buena fe es un principio que orienta todo el derecho civil y al laboral como una rama del derecho privado, es por esto que en las relaciones laborales este principio es aplicable plenamente aunque en las leyes del ramo no se pronuncie expresamente respecto de él. Por lo que si un contrato resulta ser a honorarios o si resulta ser de trabajo no habrá diferencia en la aplicación de dicho principio orientador.

Y la jurisprudencia así lo ha reafirmado, en la Revista Laboral Chilena año 17 n° 153 Enero 2007 se señala que “el principio de buena fe irradia todo el ordenamiento jurídico a pesar de que la referencia a ella, en el Código Civil se hace en materias específicas como la posesión y el cumplimiento de los contratos, no escapando de lo expresado el Código Laboral y más específicamente la relación laboral”.

5. Derechos y obligaciones de las partes

Los derechos y obligaciones del arrendador de un servicio y el arrendatario no son otras que las establecidas en el respectivo contrato, al tratarse de un contrato bilateral ambas partes se obligan recíprocamente, aquí examinaremos las obligaciones esenciales de las partes como es la prestación de servicios y el pago en dinero por este servicio, además de algunas normas generales relativas a la responsabilidad de las partes por tratarse de un contrato civil:

1. Trabajador:

a. Prestar el servicio en el tiempo, lugar y forma convenidos: el trabajador se obliga a prestar un servicio determinado, el cual deberá realizarse en los términos establecidos en el respectivo contrato. Esta prestación puede consistir en una consulta médica, el arreglo de un electrodoméstico, la reparación de un auto, etc. En estos casos la prestación será transitoria y, al diagnosticar al enfermo, arreglar el artefacto eléctrico o un auto la prestación habrá concluido y con esto la relación contractual existente. Pero cuando el servicio consiste, por ejemplo, en los servicios prestados por una secretaria, un abogado o un ingeniero en un determinado lugar, de forma continuada, todos los días, en el horario establecido, la prestación pierde las características que debería tener si está siendo realizada en virtud de un contrato a honorarios.

b. Guardar secreto profesional: cuando corresponda, generalmente cuando se trata de profesionales como médicos o abogados.

c. Indemnizar los perjuicios: esta obligación nacerá en caso de incumplimiento de las obligaciones generadas por el contrato y junto con el derecho a exigir la ejecución forzada de la obligación. Si el arrendador del servicio no cumple con ellas siguiendo las reglas generales y lo señalado en los artículos 1999, 2002, 2010 y 2011 la parte que cause un daño a la otra en caso de incumplimiento o por otro concepto, deberá indemnizar, y para que proceda se debe cumplir con los requisitos exigidos por la ley, es decir, incumplimiento de la obligación imputable al deudor que genere perjuicio, que dicho perjuicio sea consecuencia directa del incumplimiento y que el deudor esté en mora, solo en este caso procederá el pago de la indemnización. Distinto será si el acreedor decide exigir el cumplimiento forzado de la obligación caso en el cual se regirá por el 1553 del Código Civil y en este caso también podrá conjuntamente exigir el pago de la indemnización moratoria.

2. Empleador:

a. Pagar el honorario: deberá ser en dinero y se regulará según lo convenido, lo que dependerá de la importancia del servicio, la reputación del prestador del servicio, la capacidad económica del empleador, etc. En la regulación del arrendamiento de servicio se refiere a este concepto y así el artículo 1997 señala que “si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste por el que se estimará equitativo a juicio de peritos” y también se ha referido a lo que ocurre en caso de muerte del tercero que fijaría el precio, en el artículo 1998, “Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muriere este antes de procederse a la ejecución de la obra, será nulo el contrato; si después de haberse procedido a ejecutar la obra, se fijará el precio por peritos”. Como se puede ver la regulación con respecto al honorario es breve y no tiene limitaciones con respecto a un honorario mínimo.

b. Indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento: nos remitimos a lo ya señalado.

6. Consecuencias de que el contrato a honorario no se rija por del Código del Trabajo.

Como ya hemos visto en el Capítulo I los derechos y obligaciones entre trabajador y empleador cuando existe un contrato de trabajo son múltiples y se encuentran reguladas imperativamente en el Código del Trabajo y sus leyes complementarias, se trata de derechos que tienen el carácter de irrenunciables y al tratarse de un contrato dirigido es el legislador quien ha establecido el contenido mínimo de éste, pero en contraposición a esta situación se encuentra el trabajador contratado a honorarios el cual no tiene mas derechos y obligaciones que los que hayan convenido en el respectivo contrato de prestación de servicios, examinados en el número anterior, es por esto que existen diversas materias que quedan sin respuesta y el trabajador queda absolutamente desprotegido ante tal o cual situación, analizaremos los temas más relevantes y las soluciones que se han dado a los distintos problemas:

- i. **Prestaciones de salud:*** el contrato a honorarios al ser un contrato civil no tiene regulación con respecto a este tema, es decir, la forma en que el prestador del servicio se provea de un sistema de salud es un asunto que debe resolver el mismo. Las cotizaciones de salud no serán descontadas del honorario como ocurre cuando existe un contrato de trabajo, es así como el trabajador deberá imponer, parte del honorario pagado, en el sistema de salud que elija para contar con los servicios que el sistema respectivo le otorgue o elegir no pertenecer a ninguno de estos y en caso de un problema de salud, tratarlo en forma particular. Las cotización de salud se deduce de la remuneración del trabajador y el empleador tiene la responsabilidad de que esta deducción se haga y se pague, por lo que creemos que con respecto a este tema no existe perjuicio para el trabajador ya que este solo deberá pagar las cotizaciones por si mismo. El gran problema se presenta con el seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulados en la ley 16.744, ya que una persona contratada a honorarios que sufre un accidente en el lugar del trabajo, producto del trabajo o camino a el, no queda cubierto por ningún tipo de seguro o beneficio. Por ejemplo si una persona contratada a honorarios para desempeñar la función de promotora en un supermercado y en este lugar se

le cae un electrodoméstico y sufre una fractura, ¿el empleador es responsable del accidente? o ¿se debe considerar que la prestadora de servicios no era trabajadora y al no existir contrato de trabajo es ella quien debe correr con los gastos que dicho accidente causare?, si no puede trabajar en meses y no tiene derecho a licencia ¿quién la indemniza por los daños sufridos?, tal vez la respuesta es que busque por medio de una acción la responsabilidad civil del dueño del supermercado y que poco importe que ella haya estado prestando un servicio y el responsable deba indemnizarla por la negligencia en el cuidado de sus productos, pero no por su irresponsabilidad como empleador.

Como veremos en el capítulo IV, con la Reforma previsional los trabajadores independientes estarán protegidos por el Seguro contra accidentes y enfermedades profesionales, bajo ciertas circunstancias.

ii. Cotización previsional: esta también se deduce de la remuneración del trabajador, por lo que el trabajador contratado a honorarios no se le deducirá esta cotización. Si bien es cierto que el prestador de servicio puede pagar por si mismo la cotización y así lo hacen muchas personas, también puede ocurrir que lo pagado como honorario no alcance a cubrir este ítem ya que como veremos más adelante en este tipo de contrato tampoco existe la obligación de pagar una remuneración mínima. Si una persona trabaja durante muchos años con la modalidad honorarios y no son pagadas las cotizaciones, no existe duda que en su vejez no contará con una pensión digna y resultará siendo un carga para el Estado, que admite que se encubra bajo la careta de un contrato civil un contrato de trabajo con todos sus beneficios y gravámenes. Con la Reforma Previsional los trabadores independientes estarán obligados a cotizar.

iii. Incertidumbre respecto al futuro laboral: el contrato a honorarios supuestamente debería tener como duración el tiempo necesario para llevar a cabo la obra, pero como hemos señalado, en reiteradas ocasiones esto no es así. Muchas veces los contratos a honorarios son efectivamente lo que suponen ser, es decir, el trabajador presta un servicio específico y con esto finaliza la relación contractual con su empleador y en estos casos hay que

reconocer que no es el arrendatario del servicio quien debe preocuparse del pago de las cotizaciones y de las demás exigencias de una relación laboral, pero cuando se utiliza mal la figura del contrato a honorarios, su duración no es por el tiempo que demore el trabajador en prestar el servicio ya que se trata de un servicio que se presta con permanencia y continuidad, en general es de un año y a cada vencimiento del contrato se examinan sus condiciones y la continuidad del trabajador lo que trae aparejada una gran incertidumbre año a año respecto del futuro laboral del trabajador, lo que puede provocar que la salud mental y ,como consecuencia de esta, la salud física del trabajador no sea la optima para realizar su función idóneamente.

- iv. Ingreso mínimo:** en virtud de la libertad contractual respecto de la configuración interna del acto que informa al contrato a honorario, las partes pueden pactar el honorario o remuneración que estimen conveniente ya que no existe la limitación como en el derecho laboral del ingreso mínimo mensual, por lo tanto ¿sería lícito que se le pagara al prestador de servicio un ingreso inferior al límite permitido?, es difícil llegar a una solución única para resolver este problema. Y deberemos como siempre realizar el ejercicio de distinguir entre el contrato a honorarios verdadero y el que oculta un contrato de trabajo, en el primer caso tendremos que llegar a la conclusión que como en el derecho civil los casos para anular un contrato por lesión son taxativos y la lesión en el arrendamiento de servicios no se contempla, por lo tanto, no procede examinar si el honorario pagado se ajusta a la ley o no, distinto será si el juez estima que existe un contrato de trabajo, caso en el cual se deberá respetar el ingreso mínimo mensual que corresponde pagar al trabajador, creemos que en este caso el empleador debería ser obligado a pagar la diferencia que hubiera entre el honorario pagado y el ingreso mínimo mensual en forma retroactiva, con la limitación de los plazos de prescripción de los derechos en materia laboral ya tratados en el capítulo I.
- v. Descansos:** dentro de la escasa regulación que tiene el arrendamiento de servicios no existe norma alguna que se refiera a este tema, por lo que debemos concluir que sólo de existir un contrato de trabajo el trabajador tendrá derecho a los descansos que señala la ley. Sin embargo en la práctica

sucede que los empleadores de personas contratadas a honorarios les otorgan descansos ya sea porque así se ha establecido en el contrato o por acuerdos de palabra. Al analizar la situación nos parece por lo menos extraña ya que no se condice con las características del contrato a honorarios el que sean otorgados descansos y más específicamente el feriado anual, ya que este tipo de contratos por un lado se supone que solo perduran por el tiempo que se demore el trabajador en prestar el servicio, por lo que se tratará generalmente de un tiempo limitado y en consecuencia, no demasiado extenso. Y por otro lado, resulta extraño que si una persona presta un servicio con independencia, disponiendo libremente de su tiempo le tengan que otorgar descanso si supuestamente el podría descansar cuando quiera y por el tiempo que estime conveniente con la única obligación de prestar el servicio en los plazos establecidos. Confirma esta afirmación lo señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 3165-97 (Corte Suprema, rol 527-1999) entre Karin Yanine Millas con Red de Televisión Chilevisión S.A. en su considerando 11º “Que la actora solicitó que se le pagaran las dos últimas vacaciones, petición a la que no accederá teniendo en cuenta que la propia demandante acompañó la carta de 22 de noviembre de 1993 en que productora de Chilevisión, comunica al coordinador general del canal, que la demandante hará uso de vacaciones durante el mes de febrero de 1994 y, además, el testigo de la demandada, doña Teresa Viviana Mantero Trincado, a fojas 80, declara que a la actora se le otorgaba vacaciones todos los años, lo que es corroborado por la otra testigo de la demandada, doña Elena Ingrid Hernández Burgos, quien a fojas 84 señala que la actora tenía vacaciones en forma anual.

En este punto las declaraciones de la señalada testigo, junto con **confirmar el tratamiento laboral que se otorgó a la actora, pues cuando media un arrendamiento de servicios, no hay derecho al beneficio de las vacaciones**, acreditaron que la actora gozó de él, lo que concuerda con la prueba instrumental producida por la demandante, a que se ha hecho referencia”.

- vi. Protección a la maternidad:** la protección a la maternidad es un tema de preocupación constante en el derecho laboral, siendo su principal

manifestación el fuero del cual se encuentra investida la mujer embarazada y con posterioridad al nacimiento, además de otros beneficios. Cuando existe contrato a honorarios no son aplicables estas normas protectoras. Se pueden presentar situaciones extremadamente delicadas ya que para que el empleador pueda poner término a la relación laboral con una trabajadora embarazada debe haber sido autorizado por el juez a través de un juicio de desafuero, si no ha sido así existirá nulidad del despido y el empleador será obligado a reincorporar a la trabajadora, pero si se trata de una trabajadora contratada a honorarios primero deberá probar que entre las partes existió una relación laboral y luego de establecida ésta podrá exigir que se le reincorpore y procederá que sea despedida previa autorización judicial. Situación que obviamente durará meses y tal vez para la trabajadora sea demasiado tarde.

- vii. *Negociación colectiva:*** tanto la formación de sindicatos como la consecuente negociación colectiva no es posible entre los trabajadores contratados a honorarios, ya que como hemos dicho reiteradamente no son trabajadores de la empresa y por otro lado si existiera algún signo de querer asociarse para negociar las condiciones de trabajo, el empleador podría poner fin al contrato sin ningún tipo de justificación ni indemnización.
- viii. *Jornada de trabajo:*** el tiempo que deba trabajar el prestador de servicio y la distribución de la jornada de trabajo, se regirá por lo establecido en el propio contrato y no existirá ningún tipo de limitación con respecto al tiempo máximo que el prestador deba estar a disposición del empleador, por lo que se podrían presentar situaciones desastrosas de explotación al trabajador por la falta de regulación. Es común que en las empresas o servicios públicos se exija al trabajador contratado a honorarios que cumpla un horario y se lleve algún tipo de control de asistencia y horas trabajadas, la duda es ¿este sistema es para controlar que el empleador cumpla con su obligación de respetar las jornadas de trabajos legales o para que el trabajador contratado a honorarios cumpla un horario tal como lo haría un trabajador vinculado con el empleador por un contrato de trabajo?.

- ix. Emisión de boleta y deducción del 10% del honorario:** si bien no se trata de una obligación que tenga directa relación con los servicios prestados si se trata de una obligación que se tiene con el Estado, específicamente se trata de la obligación de pagar el impuesto correspondiente. La prestación de servicios está gravada con el impuesto a la renta que es un 10% del honorario, y esta operación se hace a través de la deducción que hace el empleador o el trabajador luego de haber emitido la correspondiente boleta.

En resumen, atendida la normativa sobre la materia los beneficios señalados solo pueden ser ejercidos por los trabajadores con contrato de trabajo reglado por el Código del Trabajo, sin que sea posible extenderlos a los trabajadores contratados a honorarios, por lo tanto, la contratación a honorarios constituye una modalidad fuera del sistema de los contratos de trabajo y sus derechos, beneficios y obligaciones deben regirse por las reglas del respectivo contrato y supletoriamente por las normas del arrendamiento de servicios.

7 . Análisis de un contrato a honorarios.

A continuación, expondremos un contrato a honorarios en el cual podremos encontrar los elementos que hemos analizado a través de este capítulo, se trata de un contrato celebrado por una empresa con un profesional para prestar determinados servicios, haciendo presente que este contrato no sólo lo pueden celebrar profesionales sino también aquellos trabajadores que presten otro tipo de servicios ya sea técnico, artístico, etc. Se trata de un contrato con una formula generalmente utilizada para evadir las responsabilidades que generaría un contrato de trabajo.

**CONTRATO PRIVADO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PROFESIONALES A HONORARIOS**

En (lugar), a (fecha firma contrato), entre la Corporación de Desarrollo Social del Sector Rural, en adelante CODESSER, RUT 70.265.000-3, representada por (Representante legal de Codesser: Secretario General o Director Regional o Gerente Regional), RUT (Rut de quién representa a Codesser), ambos domiciliados en (Dirección institucional de quién firma) y Don (nombre del profesional que se contrata), RUT (Rut del profesional), domiciliado (dirección del profesional),

convienen el siguiente contrato de prestación de servicios profesionales a honorarios:

PRIMERO: Por el presente instrumento, CODESSER contrata los servicios profesionales a honorarios del señor (nombre del profesional) para realizar (especificar trabajo).

SEGUNDO: Por su parte Don (nombre del profesional) acepta el encargo profesional que le encomienda CODESSER, en los términos a que se refiere el presente contrato y las condiciones legales de este tipo de contratos.

TERCERO: El plazo de ejecución del trabajo encomendado será (fecha)

CUARTO: Los honorarios por el trabajo encomendado ascienden a la suma total de \$ (especificar un valor total si esta definido el monto. En caso contrario especificar la tarifa y condiciones), el cual será cancelado (en cuotas mensuales si existe un monto definido o de acuerdo a las características del trabajo. Dejar claramente establecido tanto el monto como la forma de pago) brutos, el cual será cancelado contra boletas de honorarios a la cual se le retendrá el impuesto legal correspondiente.

QUINTO: Queda claramente establecido que Don (nombre del profesional) no tendrá horarios, dependencia jerárquica de CODESSER, ni vinculación de empleador a trabajador. Como no existirá vinculación laboral entre las partes, CODESSER no tendrá obligaciones de efectuarle al profesional imposiciones previsionales ni de salud, ni tampoco responderá por enfermedades profesionales ni por accidentes del trabajo que se produzcan a causa o con ocasión de esta prestación de servicios profesionales.

SEXTO: El Profesional deberá dar cuenta de su labor al Gerente Regional de CODESSER o a su representante en el momento que le sea solicitado.

SEPTIMO: Las funciones podrán realizarse por el profesional en las oficinas de CODESSER o fuera de ellas, en cualquier parte del territorio nacional.

OCTAVO: Las partes convienen en que cualquiera de ellos podrá poner término anticipado a este contrato en el caso que se incurriere en faltas graves a los términos convenidos, debiendo quedar saldados los honorarios hasta el momento de la suspensión del contrato.

NOVENO: Para los efectos de la interpretación del presente contrato de prestación de servicios profesionales a honorarios, las partes establecen que la jurisdicción de los tribunales ordinarios corresponderá a los con asiento en la ciudad de (lugar firma del contrato)

DECIMO: Para constancia y en señal de plena conformidad de los acuerdos establecidos en el presente contrato, firman ambas partes en dos ejemplares quedando uno en poder de cada interesado.

CODESSER

PROFESIONAL

NOTA: Este tipo de contrato sirve para prestación de servicios a honorarios de personas no profesionales, debiéndose omitir la palabra profesional.

En primer lugar, se señala el lugar en que se celebra el acto, la fecha de éste, las partes y sus respectivos domicilios. Estos datos sirven para individualizar a las partes y también en caso de tener que recurrir a tribunales establecer cual será el competente para conocer del asunto y la fecha determina la ley aplicable, siempre y cuando las partes no se sometan a una judicatura especial.

En la cláusula primera se establece cual es el servicio que se debe prestar, es decir a que se obliga el prestador de servicio, por lo tanto, cláusula esencial.

En la segunda cláusula el prestador del servicio acepta el encargo y se somete a "*las condiciones legales de este tipo de contrato*", es decir, se obliga a lo que señale el contrato y en ausencia de regulación a la legislación supletoria que en este caso es la del arrendamiento de servicios, aceptando así los derechos y obligaciones señalados en la ley, pero también acepta la ausencia de beneficios que implica un contrato a honorarios.

En tercer lugar señala el plazo para la prestación del servicio.

En la cláusula cuarta se encuentra el otro elemento esencial, el precio, en este caso el honorario a pagar y la forma en que este se pagará. Estableciendo que se deberá entregar la respectiva boleta de honorarios y que será el empleador el que hará la retención, como vimos con anterioridad esto constituye el cumplimiento de la obligación de pagar el impuesto a la renta.

Es la cláusula quinta la que merece especial análisis ya que excluye la posibilidad de que entre las partes exista un vínculo de subordinación y dependencia, dejando en claro que el prestador del servicio no estará sujeto a horario y que entre las partes no hay relación de empleador y trabajador. Como vimos anteriormente el criterio que han utilizado los tribunales de justicia y la Dirección del Trabajo para dilucidar si existe o no un contrato de trabajo, independientemente de lo que hayan estipulado las partes, es el de la existencia del vínculo de subordinación y dependencia que se traduce en distintos aspectos y uno de ellos es la existencia de una jornada de trabajo, lo que trata de hacer el empleador en este caso es eximirse de cualquier tipo de obligación que podría traer consigo la existencia de una relación laboral. Esto es corroborado al señalar que el empleador "no

tendrá obligaciones de efectuarle al profesional imposiciones previsionales ni de salud, ni tampoco responderá por enfermedades profesionales ni por accidentes del trabajo que se produzcan a causa o con ocasión de esta prestación de servicios”. Con respecto a las imposiciones previsionales y de salud será el trabajador el encargado de pagarlas de forma independiente. El problema creemos que surge con la segunda parte de esta exención de responsabilidades ya que el empleador no responde por los accidentes que se produzcan con ocasión del trabajo, entonces ¿quién responde por estos accidentes?, la respuesta lógica es que el prestador de servicio, según lo que se señala literalmente en el contrato , pero ¿esta cláusula excluye totalmente de responsabilidad al empleador? creemos que no, que podrá ser indemnizado pero esto sólo lo podrá lograr a través de la responsabilidad civil del empleador, a menos que pruebe la existencia de un contrato de trabajo.

En la cláusula sexta señala a quien deberá dar cuenta el prestador del servicio, este elemento unido a otras condiciones que podría contener el contrato podría llevar a la conclusión que existe un contrato de trabajo. Pero en forma aislada no alcanza a configurar la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia y la consiguiente relación laboral.

En la cláusula séptima se señala donde el trabajador puede desarrollar su función, se le otorga libertad para realizarla en cualquier lugar del territorio nacional, creemos que en caso de existir dudas acerca de que tipo de contrato se trata esta cláusula llevaría a inclinarnos a creer que se trata efectivamente de un contrato a honorarios ya que la libertad otorgada permite deducir que el prestador no se encuentra permanentemente a disposición del empleador, que no existe una supervigilancia directa, que no tiene horario, todas características de una relación laboral, pero si existen antecedentes de que esto en la práctica no es así, entonces tendremos que aplicar el principio de la primacía de la realidad que nos llevará a una conclusión diversa.

En la octava, novena y décima se establece la forma de poner término anticipado al contrato, el tribunal competente y la aceptación de ambas partes de los términos del contrato, respectivamente.

En resumen, este contrato según las condiciones en que deba prestarse el servicio podrá o no ser efectiva la cláusula quinta, ya que independiente de lo que acuerden o señalen

las partes en el respectivo instrumento, si la relación cumple con los requisitos establecidos para considerar que existe una relación laboral de nada servirá haber incluido dicha cláusula.

8. Terminación del contrato a honorarios.

El contrato a honorarios al ser un contrato civil puede terminar, y así extinguir las obligaciones que había generado según las reglas generales, es decir, por mutuo disenso, el pago, llegada del plazo, etc.

Merecen especial mención las formas de terminar el contrato que son propias del contrato a honorarios, según las características que tenga y obligaciones que imponga.

Como se trata de una prestación de servicios, por regla general, va a ser un contrato *intuitu personae* el que tiene la particularidad de terminar con la **muerte**, en este caso del prestador de servicios ya que para contratar lo más probable es que se hayan tomado en cuenta las especiales características o habilidades de éste, por lo que al fallecer el prestador la obligación se habrá extinguido y no se transmitirá a sus sucesores a menos que el acreedor así lo quiera, en cambio si muere el acreedor o empleador no extingue la obligación de pagar el servicio prestado.

El contrato a honorarios puede ser de ejecución instantánea, diferida o de tracto sucesivo, nos referiremos a este último caso ya que es común que sea así, ya que este tipo de contrato puede durar horas como puede llegar a durar años y esta última situación no resulta excepcional, no es raro encontrar casos en que el trabajador lleva uno, cinco o diez años trabajando a honorarios desvirtuándose completamente la naturaleza de este tipo de contratos y por lo tanto termina con la resolución que se produce como consecuencia de la condición resolutoria tácita cumplida, que en este caso toma el nombre de **terminación** porque no es posible que se produzca el efecto retroactivo propio de la condición resolutoria, por lo tanto se produce un efecto hacia el futuro pero no hacia atrás.

Y por último, hay que hacer mención a la **llegada del plazo** o a la conclusión del servicio ya que supuestamente ésta es la forma más normal de terminación del contrato a

honorarios, pero de lo señalado a lo largo del capítulo sabemos que los plazos señalados en el contrato no son más que subterfugios utilizados para encubrir largas relaciones laborales y que a través de esta continua renovación permite que los derechos laborales sean obviados, todo dentro del marco legal.

Capítulo III: Problema del contrato a honorarios y soluciones posibles.

En el capítulo I hemos visto el concepto y la regulación del contrato de trabajo y en el capítulo II lo mismo con respecto al contrato a honorarios y se ha podido avizorar la problemática existente entre ambos, ya que bajo ciertas circunstancias es fácil confundir las dos instituciones ya expuestas, para solucionar este problema debemos identificar la

problemática y buscar las respuestas a ella, tarea que trataremos de realizar en este capítulo.

Con respecto al problema que se suscita, identificaremos cual es la figura que se presenta cuando el contrato a honorarios es en realidad un clásico contrato de trabajo.

Y para dar una solución a este problema debemos partir por referirnos al artículo 2 del Código del Trabajo que señala:

“Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan. [...]

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y ***velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios***”.

De este artículo se desprende que es el Estado quien debe proporcionar la solución al problema planteado y entregar las herramientas a nivel de instituciones para que el trabajador que se encuentra en una situación de vulneración de sus derechos laborales tenga donde recurrir y una autoridad que solucione el conflicto, en este caso que dilucide si el contrato respectivo es de trabajo o a honorarios.

Dentro de las posibles soluciones podemos señalar que esta podría encontrarse en la legislación civil, en las facultades de la Dirección del Trabajo o sentencias de los tribunales superiores de justicia, en que se establezca, que a pesar de que las partes formalmente hayan pactado un contrato a honorarios, se estime que existe relación laboral, y por lo tanto, el empleador se ha visto expuesto a sanciones por esta situación, pasando por multas, ser obligado a celebrar un contrato de trabajo, una vez finalizada la relación ha sido obligado a pagar indemnizaciones por años de servicio, incrementos, feriados, etc.

1. Solución Civil: Simulación y Fraude a la ley.

En esta parte buscaremos identificar la figura que se encuentra presente cuando existe un contrato de trabajo encubierto bajo la celebración de un contrato a honorarios, desde una

perspectiva civil ya que el contrato a honorarios es un contrato civil de prestación de servicios. Y una vez identificada señalar cual sería la sanción a dicho acto. Creemos que dos son las posibles figuras que podrían configurarse en este caso: la simulación y el fraude a la ley.

Simulación

Definición

La simulación es definida comúnmente como “la acción de simular” y simular es “representar alguna cosa, fingiendo lo que no es”¹³, por lo que si tomamos en cuenta esta definición podemos decir que la figura en estudio se encuentra perfectamente en ella ya que se representa la celebración de un contrato a honorarios, fingiendo la celebración de un contrato de trabajo. Pero debemos buscar una definición estrictamente jurídica.

Si bien el legislador no la ha definido podemos señalar que es *“la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”*¹⁴.

Requisitos

De la definición señalada podemos extraer los requisitos de la simulación:

1. Existencia de una declaración que deliberadamente no se conforma con la intención de las partes.
2. Dicha declaración ha de ser concertada de común acuerdo entre las partes.
3. El propósito perseguido por las partes es engañar a terceros.

Clasificación

¹³ Diccionario Occidente, “Diccionario Ilustrado de la Lengua Española”, Ediciones Occidente S. A.,

¹⁴ Ferrada, Francisco: La Simulación de los Negocios Jurídicos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1º Edición, 1960(Teoría General del Acto Jurídico, volumen I, Cuarta Edición, Victor Vial del Río, cita a Ferrara, pagina 105.), pág. 56.

La simulación admite diversas clasificaciones que aquí las trataremos someramente para determinar, en definitiva, aquellas que sean de utilidad para el objeto de nuestro estudio:

1º *Simulación lícita*: es aquella en que las partes no persiguen el perjuicio de terceros, aunque si permanece en ella el ánimo de inducir a error a terceros o de engañarlos, sin existir, en cambio, la intención de perjudicarlos.

La *simulación ilícita*, a diferencia de la anterior, persigue el perjuicio de terceros o la violación de la ley.

2º *Simulación absoluta* se manifiesta cuando se celebra un acto jurídico que no tiene nada de real siendo ficticio en su totalidad. En este caso las partes celebran un acto jurídico que en realidad no han querido celebrar y que no produce efecto alguno.

La *simulación relativa* se produce cuando se realiza un acto diferente del manifestado, ya sea totalmente o en forma parcial.

Las formas principales de simulación se refieren a la existencia del acto jurídico, a su naturaleza o a las personas de los contratantes, en el primer caso verdaderamente no existe ningún acto, en el segundo se trata de un acto distinto al celebrado y en el tercer caso las personas que aparecen como contratantes realmente no lo son.

Momento desde el cual existe simulación

Existen 2 alternativas:

1. Desde que las partes pretendan oponerlo a terceros; o
2. Desde el momento mismo de la celebración del contrato simulado.

Efectos de la simulación

Debemos analizar los efectos con respecto a las partes y con respecto a terceros:

1. Las partes: como la simulación tiene como objetivo engañar a terceros entre las partes prima la voluntad real ya que el acto simulado entre las partes no existe. Esto se funda en el artículo 1707 del Código Civil, ya que de éste se desprende que siempre primará entre las partes la voluntad real.
2. Terceros: para éstos existe el acto que da cuenta de la voluntad declarada, ya que la voluntad real no los afecta, pero pueden existir terceros que quieran prevalerse de la voluntad real, por lo que deben acreditarla.

Para obtener que el juez declare la voluntad real de las partes, ya que la simulación los perjudica existe la “acción de simulación” cuyo legitimado activo debe ser titular de un derecho subjetivo amenazado con el contrato simulado y probar el daño sufrido como consecuencia de este acto, acción que no se encuentra regulada por el Código Civil.

La Simulación en el Contrato a Honorarios

Ahora pasaremos a analizar la simulación en relación al tema que nos convoca, que es el supuesto en el cual trabajador y empleador celebran un contrato a honorarios, pero que en virtud de la forma en que el servicio se presta se puede, o no, configurar un contrato de trabajo.

Vamos a pasar revista a los requisitos de la simulación.

En *primer lugar*, en la simulación existe una declaración que deliberadamente no se conforma con la intención de las partes, lo que supone que éstas a sabiendas del acto que realmente quieren celebrar, celebran uno distinto. En el caso en análisis el empleador generalmente quiere celebrar el acto que efectivamente se lleva a cabo porque esto le reporta una disminución en las obligaciones para con el trabajador y las menos veces también el trabajador quiere celebrar un contrato a honorarios, generalmente cuando se trate efectivamente de una prestación de servicios a honorarios, es decir, que se trate de un servicio específico y sin vínculo de subordinación y dependencia.

En *segundo lugar*, la declaración ha de ser concertada de común acuerdo. Es difícil que la declaración de celebrar un contrato a honorarios se haga de común acuerdo, ya que como señalamos anteriormente es el empleador el que quiere celebrar este tipo de contrato y el trabajador en realidad lo que quiere es trabajar y en su afán por conseguir un empleo acepta las condiciones que se le imponen, si bien es cierto que concurre su voluntad en la celebración del acto no es efectivo que dicha declaración sea concertada sino la única forma en que el empleador lo contrate.

En *tercer lugar*, el propósito perseguido por las partes es engañar a terceros. Si trasladamos este requisito al tema que nos convoca, no identificamos fácilmente a un

tercero al cual se quiera engañar, tal vez podríamos considerar que el tercero está constituido por el Estado, que es el encargado de velar porque la ley laboral se cumpla en virtud del artículo 2 inciso tercero del Código del Trabajo.

La importancia de los terceros radica en que si la simulación los perjudica pueden tener interés en que se declare cuál fue la voluntad real de las partes y que se apliquen al acto jurídico realmente querido las sanciones que eventualmente lo podrían afectar.

Respecto del trabajador no tendría sentido pensar que su voluntad va dirigida a engañar a terceros renunciando a todos sus derechos laborales, y como señalamos con anterioridad, el objetivo del trabajador es conseguir el empleo.

De estimar que existe simulación se trataría de una simulación ilícita ya que persigue la violación de la ley laboral, y relativa ya que existe un contrato que sirve para esconder o disimular otro que efectivamente existe.

Es importante determinar el momento desde el cual existe simulación puesto que para el caso de nuestro análisis podríamos señalar que si se celebró un contrato de prestación de servicios a honorarios, encubriendo realmente uno de trabajo, y posteriormente se quisiera hacer valer la voluntad real, es decir, el contrato de trabajo, para efectos de cómputos de plazo y todas las obligaciones que emanan de este contrato se inician desde la fecha en que se celebró el contrato primitivo. Por supuesto que ello tendría lugar solamente si se dieran todos los requisitos que implica el contrato de trabajo.

En nuestra opinión, no se configuraría un caso de simulación en el caso en cuestión, ya que si bien podríamos eventualmente considerar que se persigue el engaño a terceros (Estado) y que este engaño se produce a través de la infracción a las normas del Código del Trabajo, consideramos que no se configura los requisitos esenciales de la simulación que es el concierto de voluntades entre las partes, ya que si bien la voluntad del trabajador concurre en la celebración del contrato de prestación de servicios a honorarios no podemos desconocer que éste no es el contrato que el trabajador quería celebrar y la autonomía de la voluntad se ve coartada porque al trabajador se le ha vuelto imperioso trabajar y no está en condiciones de negociar, por lo tanto, su voluntad no siempre es espontánea sino que está supeditada a una serie de factores que se vuelven determinantes al momento de iniciar una relación laboral, que no pasan necesariamente por negociar los términos de un contrato de prestación de servicios o uno de trabajo, por

lo tanto, no estaríamos en presencia de una simulación. Además, hay que agregar que generalmente la intención de una y otra parte es diferente y el requisito de la simulación supone que ambas voluntades se manifiesten en el mismo sentido y claramente la voluntad del empleador y trabajador en la celebración de un contrato a honorarios no es la misma, puesto que la finalidad del empleador será eludir las obligaciones que engendra el contrato de trabajo, y la finalidad del trabajador será conseguir empleo.

Por último, con respecto a los efectos es difícil imaginarnos que los efectos civiles sean aplicables en materia laboral, ya que según lo visto entre las partes prima la voluntad real, pero en el caso de la celebración de un contrato a honorarios es distinto, ya que el trabajador (que es parte) no quiere que la voluntad declarada prime por sobre la real, ya que los efectos del contrato de trabajo son más beneficiosos que los del contrato a honorarios.

Y con respecto a los terceros, que según nuestro concepto es el Estado, lo que prima es la voluntad declarada, pero en este caso el Estado deberá hacer valer la voluntad real ya que su función es velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios y si existe un contrato de trabajo (voluntad real) este deberá primar por sobre el contrato a honorarios (voluntad declarada) por tratarse de derechos irrenunciables para el trabajador.

Es por esto que descartamos la idea que sea la figura de la simulación la que se configura cuando existe un contrato de trabajo encubierto en la forma de un contrato a honorarios.

Fraude a la ley

Descartada la simulación para nuestra hipótesis, analizaremos el fraude a la ley. Podemos señalar que éste “consiste en procedimientos en sí lícitos, o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo,

permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena”¹⁵ o como el “incumplimiento de una norma legal, denominada ley fraudatoria, mediante una conducta externa formalmente acorde a otra norma, denominada de cobertura, que oculta o disimula la elusión de aquella”¹⁶. Por lo tanto, se incumple la ley ya no con su abierta infracción sino con la evasión a través de maniobras lícitas.

Por lo que se conjugan dos normas:

- i. Una norma legal o principio que se elude a través del fraude a la ley.
- ii. Una norma de cobertura a través de la cual se burla la aplicación de la ley.

El fraude a la ley está constituido por dos elementos: uno material u objetivo, y otro intencional o subjetivo¹⁷:

1.-El elemento material: consiste en que a través del acto se obtiene en forma indirecta el resultado que la ley no quiere, eludiéndose de esta forma su cumplimiento. Este es el elemento objetivo, por la similitud o equivalencia práctica del resultado perseguido por el acto jurídico con el resultado prohibido por la norma.

2.-El elemento intencional: consiste en la intención que existe en el sujeto de defraudar o burlar la ley. Está constituido el elemento subjetivo por el propósito de burlar la norma y obtener el resultado que ésta no quiere. A este propósito se le llama ánimo fraudatorio.

Se discute si ambos elementos deben coexistir, ya que no existe unanimidad en el sentido de que sea necesario el elemento intencional, es decir, el dolo o si sólo es necesario el resultado defraudatorio.

La sanción al acto o actos celebrados en fraude a la ley es la nulidad absoluta ya que se trataría de actos contrarios a la ley.

¹⁵ Juan de Dios Vergara Baeza: Fraude a la Ley en Derecho Privado Interno (Teoría General del Acto Jurídico, volumen I, Cuarta Edición, Víctor Vial del Río, cita a Ferrara, pagina 144), pág. 16, cita la definición de Alexander Ligeropoulo.

¹⁶ Iruzubieta, R. El Abuso del Derecho y El Fraude de Ley en el Derecho del Trabajo. Editorial Constitución y Leyes, S.A, Madrid, 1989 (Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo n° 173 del 2003, Lexis Nexis, Chile, pag 5) Pag.63.

¹⁷ Vial del Río, Víctor , Teoría General del Acto Jurídico, Volumen I, 4° Edición, Chile , pagina 146.

En materia laboral no se contempla ni regula la figura del fraude a la ley, pero podemos decir que se trata de un fraude que se produce en el derecho laboral y por lo tanto la ley fraudatoria es de naturaleza laboral, pero la ley de cobertura puede ser de cualquier naturaleza y no sólo laboral, así podemos definir el fraude laboral como “el incumplimiento de una norma o principio laboral imperativo, mediante una conducta externa formalmente acorde con otra norma legal que oculta o disimula la elusión de aquella”¹⁸. Por lo tanto el derecho laboral no se encuentra exento del fraude a la ley y creemos que por la importancia del derecho laboral que trasciende a los intereses particulares que priman en el derecho civil tiene una mayor gravedad que en otros ámbitos del derecho.

En el caso de la celebración de un contrato a honorario aparentemente se respeta la norma debido a que ella no es abiertamente infringida (ya que en virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden celebrar los contratos que estimen convenientes, limitados por la ley el orden público y las buenas costumbres) pero cuando éste cumple con los mismos requisitos de un contrato de trabajo, el empleador evade las obligaciones que imponen las leyes laborales.

En nuestra opinión, en el caso de la contratación a honorarios cuando realmente existe una relación laboral existe fraude a la ley, debido a que con la celebración de un contrato civil amparado por el ordenamiento jurídico laboral especialmente por el artículo 1545 del Código Civil (norma de cobertura) que consagra la libertad contractual, el empleador busca eludir la aplicación de normativa laboral, especialmente el artículo 7 del Código del Trabajo, y así el empleador no estará obligado a cumplir con las obligaciones que impone el contrato de trabajo, evadiendo el pago de cotizaciones, feriados, asignaciones, etc.

El problema que se presenta con esta figura es que como señalamos anteriormente su sanción es la nulidad absoluta y el acto susceptible de ser anulado produce todos sus efectos hasta la declaración de nulidad, pero una vez declarada judicialmente deja de producir efectos hacia el futuro y además opera con efecto retroactivo, por lo que se entiende que el acto nunca existió, lo que se busca es que las partes vuelvan al mismo estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del acto, lo que en el caso en análisis no es posible, en primer lugar, porque se trata de un contrato de tracto sucesivo que como sabemos no se puede retrotraer al momento anterior a la celebración

¹⁸ Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo n° 173 del 2003, Lexis Nexis, Chile, pag. 7.

del acto por sus especiales características y solo produce efectos hacia el futuro, y en segundo lugar, porque la anulación del acto y su producción de efectos hacia el futuro no soluciona el problema ya que se le pondría fin al contrato y el trabajador quedaría igualmente desprotegido de la legislación laboral. En el próximo punto veremos si la Dirección del Trabajo cumple algún papel en la sanción al fraude a la ley.

2. Solución administrativa: Dirección del Trabajo.

Antes de analizar la solución administrativa al problema planteado, es necesario realizar previamente un somero análisis respecto de la definición, función y facultades de la Dirección del Trabajo.

Posteriormente nos referiremos a como las facultades de la Dirección del Trabajo nos pueden ayudar a solucionar el problema en cuestión, ilustrándolo a través de sus dictámenes y algunos fallos de la Corte Suprema.

La Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo en su artículo 1º señala que “La Dirección del Trabajo es un servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social con el cual se vincula a través de la Subsecretaría del Trabajo...” señalando más adelante las funciones que a ésta le competen, las que ejerce por medio de inspecciones provinciales, departamentales y comunales que determina el Director de dicha repartición. Los inspectores del trabajo tendrán el carácter de ministros de fe en todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones.

Tomando en cuenta los artículos 474 y siguientes del Código del Trabajo, y del artículo 1 inciso 2º de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, podemos inferir que se trata de un órgano fiscalizador y garante de la correcta aplicación de la legislación laboral. Así, en el inciso primero del artículo 474 del Código del Trabajo el legislador le entrega la competencia para conocer sobre el Procedimiento de Reclamo por Sanciones por Infracciones a las Leyes y Reglamentos Vigentes, estableciendo que: *“Las sanciones por infracciones a las legislaciones laboral y de seguridad social como a sus reglamentos se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores o funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe”*. A su vez, el inciso primero del artículo 476 dispone: *“La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del*

Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen.”

Por lo que se puede concluir que la Dirección del Trabajo tiene múltiples atribuciones o facultades, tras las cuales se vislumbra tres objetivos primordiales:

1.- Fiscalización; en virtud de este objetivo posee facultades sancionatorias, que lleva a cabo a través de procedimientos administrativos y que se concretan mediante las multas cursadas por el respectivo inspector de la Dirección del Trabajo. Además se establece en el artículo 24 y siguientes de la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, que dentro del ejercicio de las funciones fiscalizadoras, los inspectores podrán visitar los lugares de trabajo a cualquier hora del día o de la noche, y quedan obligados los empleadores a proporcionar todas las facilidades para que aquellos puedan cumplir sus funciones, junto con facilitar los libros de contabilidad si los inspectores así lo exigieren.

2.- Prevención de conflictos laborales; este objetivo se materializa cuando la Dirección del Trabajo se constituye como garante del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales de la parte más débil en la relación laboral como son los trabajadores, y lo hace a través de múltiples mecanismos, como la mediación, mediante buenos oficios en materia de negociación colectiva, etc.

Para que ésta cumpla con la *función de prevención* y resolución de conflictos del trabajo, la ley le otorga diversas herramientas (como la facultad de citar a empleadores, trabajadores, sindicatos y a sus representantes) para que a través de estos instrumentos pueda proporcionar una solución, como lo establece la ley.

La Dirección del Trabajo está privada de la facultad de imperio, potestad propia y esencial del órgano jurisdiccional, por medio de la cual es posible hacer cumplir forzosamente sus resoluciones. Esta limitación condiciona el ejercicio de las facultades de dicha institución, ya que no tiene poder para exigir compulsivamente el cumplimiento de las decisiones que toma con respecto a una persona o empresa.

3.- Órgano creador de jurisprudencia administrativa; a través de dictámenes, en virtud de los cuales, la Dirección, otorga sentido y alcance a las disposiciones que regulan la relación laboral.

La Dirección del Trabajo tiene un carácter técnico ya que posee un ámbito de competencia que le permite realizar un análisis jurídico de las disposiciones laborales cuando los intervinientes en la relación laboral requieren de un órgano que lo realice y este análisis se entrega a reparticiones de la institución, dotadas de un personal calificado y especializado en la materia objeto de estudio.

En algunas ocasiones la labor jurisprudencial propia de la institución, no es coincidente con la jurisprudencia judicial y, otra vez, nos encontramos ante la debilidad que tiene como institución la Dirección del Trabajo para resolver los conflictos y demás cuestiones que se susciten con ocasión de la relación laboral, cuestión que está entregada a los Tribunales de Letras del Trabajo, como claramente se establece en el Libro V, artículos 415 y siguientes del Código del Trabajo.

Es necesario hacer presente que La Dirección del Trabajo como todo organismo del Estado se encuentra sometida al principio de legalidad contemplado en el artículo 7º de la Constitución Política de la República.

Como señalamos la Dirección del Trabajo tiene como función la fiscalización, la prevención y la creación de jurisprudencia administrativa, ahora veremos de que forma estas funciones sirven para solucionar el conflicto cuando se celebra un contrato a honorarios pero se trata efectivamente de un contrato de trabajo.

Función fiscalizadora

El artículo Art. 478 Código del Trabajo señala: "(...) El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 UTM, aumentándose en media UTM por cada trabajador afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa u otras que signifiquen para los

trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicio y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.

El empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores quienes podrán demandarlas, en juicio ordinario del trabajo, junto con la acción judicial que interpongan para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso segundo (...).

Cuando se celebra un contrato a honorarios con el objetivo de encubrir un contrato de trabajo, lo que se busca es evadir las obligaciones que el contrato de trabajo trae consigo, ya sea porque el empleador no quiere cumplir con ellas o porque es el trabajador quien le pide que lo contrate a honorarios para evadir los descuentos que procederían legalmente si se trata de un contrato de trabajo, como vimos anteriormente se trata de un caso de fraude a la ley laboral, que constituiría en este caso el subterfugio utilizado para eludir el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, por lo tanto, procedería que la Inspección del Trabajo cursara una multa.

El problema que se presenta en este supuesto es que no está claro si la Inspección del Trabajo puede por si misma interpretar el contrato entre las partes y calificarlo de laboral para proceder a multar, así la Corte Suprema ha señalado que *“por muy amplias que sean las facultades fiscalizadoras que se establecen en las letras a y b del artículo 1 del DFL N° 2, no es posible aceptar que con el sólo mérito de las observaciones formuladas en un informe de un inspector fiscalizador, se califique o emita un juicio de tanta trascendencia respecto de un contrato legalmente celebrado al extremo de negarle toda eficacia. Su actuación debe estimarse como una amenaza a las garantías establecidas en los N° 16, 21 y 24 del artículo 19, de la Constitución Política”* (Corte Suprema, 15 de junio de 1989, Rol n° 14.198-89).

Es por esta razón que han surgido un sinnúmero de críticas, ya que finalmente lo único que puede hacer ante una infracción es cursar una multa administrativa al empleador infractor y siempre que no exista controversia entre las partes, y esto se debe fundamentalmente a la falta de imperio en la solución de conflictos entre empleador y trabajador, los que si no logran alcanzar el éxito a través de la mediación o conciliación de la Inspección deben concurrir a la justicia ordinaria quien sí tiene potestad de decidir el conflicto y de hacer cumplir lo resuelto, aún en forma compulsiva.

Función de Prevención.

Para cumplir con este objetivo la Dirección del Trabajo emite recomendaciones a los empleadores que se lo solicitan, aquí citaremos dos de ellos para ejemplificar esta situación: ORD.: N° 2701/65 de fecha 10 de julio de 2003 señaló: *“Mediante presentación del antecedente, ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento acerca de si resulta jurídicamente procedente que un sostenedor de una escuela especial que atiende a niños con trastornos en el lenguaje suscriba contratos a honorarios con el personal que se desempeña como fonoaudiólogo, psicólogo o kinesiólogo. Al respecto, cúmpleme informar a Uds. lo siguiente:*

El artículo 7° del Código del Trabajo, prevé (...).

Por su parte, el artículo 8° del mismo cuerpo legal, en su inciso 1°, prescribe (...)

Del contexto de las normas legales transcritas se desprende que constituye contrato de trabajo toda prestación de servicios que reúna las siguientes condiciones copulativas:

(...)

Asimismo, de dichas disposiciones se infiere que la sola concurrencia de las condiciones o requisitos enunciados precedentemente, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, aún cuando las partes le hayan dado otra denominación a la respectiva relación jurídica.

En lo que respecta al requisito signado con la letra c), esta Dirección ha sostenido, reiterada y uniformemente, que la “subordinación o dependencia” se materializa a través de diversas manifestaciones concretas, tales como “continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo, la supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a instrucciones y controles de diversas índoles, circunstancia esta última que se traduce en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores y en el deber del trabajador de acatar y obedecer las mismas, estimándose, además, que el vínculo de subordinación está sujeto en su existencia a la particular naturaleza de la prestación del trabajador”.

Ahora bien, aplicando lo expuesto precedentemente al caso en consulta, preciso es sostener que si respecto del personal de que se trata se dan las condiciones señaladas en párrafos

que anteceden, el sostenedor estará obligado a celebrar con ellos un contrato de trabajo con todos los derechos y obligaciones inherentes al mismo.

Por el contrario, de no darse el vínculo de subordinación y dependencia o demás requisitos que, de acuerdo a lo ya expresado, configuran el contrato de trabajo, no existirá inconveniente legal alguno para que las partes suscriban contratos a honorarios, los cuales, al constituir una relación jurídica de carácter civil, deberán regirse por las normas pertinentes. En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpla con informar a Uds. que no resultará procedente que un sostenedor de una escuela especial que atiende a niños con trastornos en el lenguaje suscriba contratos a honorarios con el personal que se desempeña como fonoaudiólogo, psicólogo o kinesiólogo, si concurren los requisitos que hacen procedente la existencia de una relación jurídico laboral que deba materializarse en un contrato de trabajo, en especial el vínculo de subordinación y dependencia”.

También el Dictamen ORD. 917/060 del 23 de febrero de 1998 ha señalado “*La reiterada jurisprudencia administrativa de este servicio sostiene que para emitir un pronunciamiento respecto a la naturaleza del vínculo jurídico, es preciso analizar cada caso en particular a fin de resolver si en la práctica concurren o no las condiciones que determinan la existencia de un contrato de trabajo; de esta circunstancia dependerá en definitiva si se está en presencia de una relación de carácter laboral que producirá los efectos propios de un contrato regido por las normas del derecho civil o comercial, según corresponda.*

Al tenor de lo expuesto, forzoso resulta concluir que esta Dirección se encuentra impedida de evacuar el pronunciamiento requerido puesto que para establecer si la relación de que se trata revestirá el carácter de un contrato de trabajo, o bien configurará un contrato de otra naturaleza, será necesario constatar en el hecho las condiciones reales en que se desempeñarán los guardias de seguridad y los porteros por los cuales se consulta.

Con todo, necesario es consignar que esta Repartición en forma reiterada y conforme ha establecido que si se dan las manifestaciones concretas del vínculo de subordinación o dependencia, tales como: continuidad o permanencia de los servicios prestados, obligación de asistencia del trabajador, supervigilancia en el desempeño de las funciones, la subordinación a instrucciones, etc., estaremos en presencia de una relación laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo, aún en el evento que las partes hayan

suscrito un contrato de otra índole, como por ejemplo un contrato de prestación de servicios a honorarios.

Asimismo, se hace presente que la afirmación anterior no puede verse desvirtuada por la circunstancia de que el trabajador sólo se encuentre obligado a prestar servicios uno o dos días a la semana, tal como lo ha establecido esta Dirección en el dictamen N° 8.402-294 de 26 de diciembre de 1991.

Finalmente se ha estimado necesario advertir que en la situación en consulta, atendida la naturaleza de las funciones que realizarán las personas de que se trata, (portero y guardias) normalmente, a juicio de esta Dirección, concurrirán las manifestaciones concretas que configuran el elemento de subordinación o dependencia, condición determinante de la existencia de un contrato de trabajo”.

Como podemos advertir a través de estos dictámenes la Dirección del Trabajo busca prevenir un conflicto futuro entre las partes, señalando los elementos que deben concurrir para que proceda la celebración de un contrato a honorarios o uno de trabajo, por lo que si el empleador sigue la recomendación dada posteriormente no deberían existir problemas en relación a la naturaleza del contrato celebrado ni a las obligaciones que el respectivo contrato engendre.

Función creadora de jurisprudencia

En virtud de esta función la Dirección del Trabajo emite dictámenes dándole sentido a las normas laborales, es decir, tiene una labor interpretativa. Para ejemplificar esta labor citaremos el Dictamen N° 2.448-115 de 25 de Abril de 1994, que señala lo siguiente:

“Del análisis de los informes de fiscalización transcritos en párrafos precedentes, posible es sostener que, en la especie, existe una jornada semanal, un horario fijo de trabajo, supervigilancia superior inmediata por parte del concesionario del servicio de parquímetros en el desempeño de las funciones del personal que se trata, obligación de sujetarse a controles e instrucciones por parte de la empresa concesionaria, etc., manifestaciones concretas del vínculo de subordinación y dependencia, que se ha señalado como característico de la relación laboral. De esta manera, entonces, de acuerdo a lo expuesto en los acápites que anteceden, preciso resulta concluir que la relación jurídica que une al personal a que se refiere la consulta con la empresa de

“Parquímetros S.A.”, concesionarias de la Ilustre Municipalidad de Santiago y Providencia, constituyen un contrato de trabajo, toda vez que aparece como una prestación personal de servicios realizada en condiciones de subordinación y dependencia”.

Esta interpretación presenta una importante limitación y es que sólo puede operar cuando la relación de prestación de servicios no ha sido registrada por escrito por las partes, en caso contrario, aún ante la evidencia de la presencia de los elementos del contrato de trabajo, la Dirección del Trabajo carecería de facultades para calificar o interpretar la naturaleza jurídica de la relación laboral, ello por ser ésta una tarea propia de los tribunales de justicia.

Pero, como dijimos anteriormente existen dudas acerca de la extensión de esta función de la Dirección del Trabajo, así se ha señalado que *“ El inspector del trabajo, por amplias que sean sus facultades fiscalizadoras, excede sus atribuciones al calificar, interpretar y emitir juicios de valor respecto de contratos legalmente celebrados, con el sólo mérito de observaciones formuladas en actas de visita de inspección, dictaminando que un contrato de prestación de servicios es simulado, negándole toda eficacia y ordenando que deben extenderse contratos de trabajo, pues esta declaración únicamente puede ser materia de sentencia dictada por tribunal competente; de modo que su actuación no sólo es ilegal o arbitraria sino que vulnera los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación consagrados en la legislación nacional”* (Corte Suprema, 29 de Abril de 1993, rol N° 6725-1993).

De estos fallos podemos deducir que aunque un inspector de trabajo considere que existe simulación no puede negarle eficacia y obligar a celebrar los respectivos contratos de trabajo, lo que refleja la escasa fuerza vinculante de las decisiones de la Inspección del Trabajo.

Además el funcionario fiscalizador al hacer esta calificación se estaría excediendo del mandato legal de fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, incurriendo en un acto ilegal y arbitrario, por lo que sería procedente el Recurso de Protección.

Si la Dirección del Trabajo tuviera la facultad de calificar el contrato podría obligar al empleador a celebrar el respectivo contrato de trabajo y la relación laboral quedaría amparada por las leyes laborales que benefician al contratante débil, en este caso, el

trabajador. En cambio si la calificación da como resultado que se trata de un contrato a honorario el trabajador queda en el total desamparo ya que tal relación contractual se rige por las normas del derecho civil o comercial, según corresponda, donde cada parte debe tutelar sus intereses.

Del análisis de las facultades de la Dirección del Trabajo podemos deducir que si bien tiene la “facultad” para calificar naturaleza jurídica de un contrato de prestación de servicios a honorarios como uno de trabajo, no es menos cierto que tiene limitaciones en el ejercicio de estas atribuciones y que siempre a las partes les queda a salvo la acción judicial correspondiente ejercida ante los tribunales de justicia. Por lo que estos dictámenes no pasan de ser meras recomendaciones emitidas por este Servicio, en cuanto no tienen poder de obligatoriedad para las partes, no son vinculantes y el empleador puede tomar o dejar el consejo dado.

3. Solución judicial: Jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

Otra solución al problema, de establecer si un determinado contrato es de trabajo o a honorarios, la encontramos en lo que han resuelto los tribunales de justicia con respecto al tema.

Los Juzgados de Letras del Trabajo son competentes para conocer de esta materia y definir la verdadera naturaleza de un contrato aparentemente civil en virtud del artículo 420 del Código del Trabajo que señala que los Juzgados del Trabajo tiene competencia para conocer de “Las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o **derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales** o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en esta materia” , en el tema en cuestión obviamente se trata de un problema de interpretación.

No hay duda que si un determinado contrato reviste en la forma un contrato a honorarios pero en la práctica es un contrato individual de trabajo, las normas que rigen son las del segundo ya que las cosas son según su real naturaleza y no según lo que las partes prediquen de ella, pero el problema es cómo reconocer uno de otro.

Los jueces frente a la problemática de dilucidar la naturaleza del contrato en cuestión han utilizado generalmente el criterio de la subordinación y dependencia. En esta parte realizaremos un análisis jurisprudencial de los distintos elementos que han sido considerados para determinar la existencia del vínculo de subordinación y dependencia, ya que los aspectos a los cuales se les ha dado importancia no son uniformes por lo que nos parece necesario dar un vistazo a que ha ocurrido en la práctica cuando se ha presentado esta problemática. También analizaremos fallos en los cuales se ha dado una justificación distinta a la de la subordinación y dependencia, nos ha parecido útil la mención a estos por la innovación que pretenden y porque con los constantes cambios en materia de prestación de servicios seguramente no en mucho tiempo el criterio de la subordinación y dependencia podría quedar obsoleto.

La metodología que utilizaremos será:

1° Individualización de la sentencia.

2° Resumen del conflicto: en este sólo haremos mención a los antecedentes que sean útiles para la problemática en análisis y así no producir una confusión con otras materias, pero dejando en claro las pretensiones de las partes.

3° Decisión.

4° Comentario.

EXISTE CONTRATO DE TRABAJO REGULADO POR EL CODIGO DEL TRABAJO

1. Alejandro Candia Morales con Compañía de Seguros Real Chilena S.A.

Corte Suprema: Rol 9523-1993.

Resumen del conflicto: Alejandro Candia demanda a la Compañía de Seguros con el fin de que se declare injustificado el despido y se le paguen las indemnizaciones correspondientes, señalando que se le hizo firmar un contrato en que se le consideraba trabajador independiente, pero que en la práctica la relación era de dependencia laboral regida por el Código del Trabajo, ya que cumplía con horario y obligación diaria de asistencia, además de la revisión diaria de trabajo, se le entregaba planilla para saber a quien cobrar y se le proporcionaban credenciales.

La demandada pide el rechazo de la demanda ya que el contrato no es de trabajo sino que de prestación de servicios a honorarios, argumentando que no existía ni dependencia ni subordinación y que el demandante emitió y entregó sus respectivas boletas de honorarios, sin reclamar jamás las prestaciones provenientes de una supuesta relación laboral.

Decisión: el tribunal estima que la prueba rendida es suficiente para determinar que la relación jurídica existente entre las partes corresponde a un contrato de trabajo regido por el Código del Trabajo (y que el despido fue injustificado), toda vez que se dan los supuestos requeridos para ello: prestación de servicios personales, remunerados y realizados en condiciones de subordinación y dependencia, aunque las partes hubieran suscrito un contrato a honorarios. Que no obsta a esta conclusión el hecho que el actor haya emitido boletas de honorario a favor de la demandada, ya que este hecho no tiene la entidad suficiente para desvirtuar el contrato de trabajo y que además los propios testigos de la demandada manifiestan que al actor se le pagaba mes a mes y que se le entregaba un listado para que procediera a las cobranzas que se le encomendaban, teniendo la obligación de asistir a la Compañía antes de las 09:30 y recibía órdenes del jefe del Departamento de Cobranza.

Por lo tanto, se da lugar a la demanda y se condena a la demandada a las prestaciones correspondientes.

La Corte de Apelaciones confirma la sentencia.

La Corte Suprema rechaza el recurso de queja interpuesto por no existir falta ni abuso en la decisión de la Corte de Apelaciones.

Comentario: en este caso se estimó que existía contrato de trabajo y no a honorarios como habían estipulado las partes en virtud de la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia ya que la entrega de un listado con las cobranzas que debía realizar y la existencia de un jefe se encuadra en el requisito establecido como propio de este vínculo que es la sumisión del trabajador a las instrucciones y controles establecidos por el empleador representado en este caso por el jefe del actor, que era el jefe del Departamento de Cobranza quien le daba las órdenes de cómo llevar a cabo la función encomendada, por lo tanto, el trabajador no tenía la libertad ni independencia de decidir en que forma cumplir con el trabajo ya que además de este elemento encontramos otro de igual importancia y que refleja la falta de autonomía para desarrollar la labor para la

cual fue contratado, a saber, el horario de trabajo ya que el actor debía acudir a la Compañía antes de las 09:30, lo que significa una gran limitación a la supuesta libertad que otorga trabajar en virtud de un contrato a honorarios. Si se tratara de un contrato de prestación de servicios civil lo importante sería cumplir con la prestación a la cual el actor se ha obligado sin importar la forma o el horario en que se realice.

Nos parece importantísimo lo señalado por el tribunal en lo que respecta a la emisión de boletas de honorarios, es decir, que la existencia de un contrato a honorarios y la emisión de boletas por si solas no impiden examinar en el caso concreto si la relación jurídica que vincula a las partes debe ser calificada de laboral, por lo tanto, en este caso el hecho de haber otorgado el actor boletas a favor del demandado no le quita el carácter de laboral al contrato. Entendemos que en virtud de la definición que da el artículo 41 del Código del Trabajo: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador por causa del contrato de trabajo”, por lo tanto, el dinero pagado al trabajador contra boleta de honorarios se enmarca perfectamente en la definición. Por otro lado el artículo 42 señala que constituye remuneración el sueldo, definido como “estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios”, de lo expuesto en el presente caso la contraprestación que recibió el actor constituiría específicamente sueldo, toda vez que al actor se le pagaba mes a mes una suma de dinero como retribución a los servicios prestados bajo vínculo de subordinación y dependencia, cumpliendo de esta forma con el requisito señalado en la parte final del artículo 7° del Código del Trabajo para la existencia de un contrato individual de trabajo.

2. Patricia Contreras Fajardo con Congregación Hermanas Hospitalarias del Sacratísimo Corazón de Jesús, Clínica Santa Marta.

Corte de Apelaciones de San Miguel: Rol 538-04

Corte Suprema: Rol 3535-2005.

Resumen del conflicto: Patricia Contreras interpone demanda en contra de la mencionada Congregación a fin de que se declare injustificado el despido y se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones correspondientes. Señalando que trabajaba como enfermera de lunes a viernes de 08:00 a 15:00 hrs. o de 15:00 a 22:00 hrs. según turno, y sábados y domingos de 08:00 a 22:00, con un día libre a la semana y un sueldo de \$527.000.

La demandada solicita el rechazo de la demanda fundando su defensa en que no existe despido injustificado ya que ésta es una figura típica del contrato de trabajo y la actora solo prestaba servicios en forma esporádica y que lo señalado por la actora en relación a la jornada de trabajo es absolutamente falso, ya que como contrato de arrendamiento de servicios existía una absoluta flexibilidad y libertad del servicio prestado, prestándolos lunes, martes, viernes y sábado o miércoles, jueves, viernes y sábado, entre las 08:00 a las 20:00, de acuerdo a las necesidades o requerimientos de la Clínica Santa Marta, agregando que la relación laboral no era bajo dependencia ni subordinación, sino absolutamente libre y espontánea, en la cual la demandante, no cumplía horarios determinados, efectuaba su labor como le convenía, por horas, de acuerdo a las necesidades de los enfermos de la clínica, no firmando libro de asistencia o timbrando reloj control, por ello las boletas de honorarios dan cuenta que en la prestación de sus servicios existía un horario variable al ser su remuneración variable cada mes.

Decisión: se acoge la demanda y se declara injustificado el despido, pero el tribunal primeramente tuvo que establecer la existencia de un contrato de trabajo (y no a honorarios), para llegar a esta conclusión se señala que para que una persona pueda ser considerada trabajadora de otra debe prestar servicios personales, ya sea intelectuales o materiales, mediante subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada. La forma en que se materializa la subordinación o dependencia es a través de manifestaciones concretas como la continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, cumplimiento de un horario de trabajo, supervigilancia en el desempeño de las funciones, sujeción a instrucciones y controles de diversa índole.

Que al revisar el contrato acompañado por la demandante se concluye que se trata de un contrato a plazo indefinido, que la actora debía cumplir un horario de trabajo de lunes a viernes de 08:00 a 22:00 horas, con un día libre a la semana, que se pactó una remuneración de \$400.000, la cual se cancelaría mensualmente y contiene también las funciones que debía desempeñar la actora en la congregación demandada, elementos que permiten concluir que entre las partes existió un contrato de trabajo y aunque el instrumento otorgado por las partes señale algo distinto, éste no tiene ningún valor ante la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

En sede de apelación se confirma la sentencia y se agrega que el elemento remuneración queda demostrado con las boletas a honorarios de las que se desprende que hubo un

pago periódico y fijo por la prestación de servicios, agregando que no se altera la conclusión a la cual se ha arribado el hecho de que los montos a pagar hayan sido diferentes de un mes a otro ya que esta es una característica propia de las remuneraciones variables y tampoco la altera el hecho de que las boletas no sean correlativas en algunos casos ya que no existe norma que prohíba al trabajador prestar servicios a distintos empleadores.

La Corte Suprema rechazó recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento.

Comentario: en el presente caso el tribunal determina la existencia de una prestación de servicios en virtud de un contrato de trabajo ya que si se analiza el contrato acompañado se deduce que contiene las mismas cláusulas que un contrato de trabajo o por lo menos obliga a lo mismo que un vínculo de este tipo, por lo que éste debe ser considerado como lo que es y no como lo que supone ser o ¿si las partes califican un contrato de compraventa como de arrendamiento debemos estimar que efectivamente se trata de un arrendamiento y se rige por las normas de este último?, la respuesta obvia es que sería imposible. Así el contrato celebrado por las partes contenía estipulaciones en el sentido de su duración (indefinido), la jornada de trabajo (lunes a viernes de 08:00 a 22:00), feriados (un día libre a la semana), remuneración (\$400.000), forma de pago (mensual) y las funciones a desempeñar. Si lo cotejamos principalmente con el artículo 7 y 10 del Código del Trabajo la relación en estudio cumple con todos los requisitos de un contrato individual de trabajo y con las estipulaciones que este debe contener, toda vez que como hemos señalado en numerandos anteriores y lo que señala el propio fallo se presentan no solo una sino con varias de las manifestaciones prácticas que constituyen la subordinación y dependencia.

Creemos que en contratos como este se presenta el peligro de calificar un contrato de trabajo como a honorarios, ya que generalmente se examinan éstos una vez finalizada la relación laboral, pero qué pasa durante su vigencia, en este caso al calcular las horas trabajadas, concluimos que son 14 horas diarias lo que sobrepasa con creces los límites legales permitidos, además si solo tenía un día libre a la semana, trabajaba semanalmente 84 horas, lo que constituye casi el doble de la jornada ordinaria establecida en el artículo 22 del Código del Trabajo.

Si un trabajador contratado a honorarios cumple los mismos horarios, funciones y desafíos que el trabajador con contrato de trabajo y pudiendo incluso tener un mejor

rendimiento, no se ve justificación alguna para la diferencia de tratamiento e incluso el abuso cometido por el empleador.

Por otro lado se señala que el elemento remuneración queda demostrado con las boletas a honorarios (elemento analizado en el fallo anterior) y que el hecho de que los montos sean distintos de un mes a otro no le quita a la relación el carácter de laboral ya que el propio Código del Trabajo reconoce a los trabajadores con remuneración variable ya que por un lado en la definición del artículo 41 en ninguna parte se señala que esta debe ser fija, esta es una característica del sueldo y a mayor abundamiento una característica propia de las comisiones y participaciones que constituyen remuneración es que son variables. Y por otro lado los trabajadores con remuneraciones variables están reconocidos expresamente en el artículo 172 inciso 2° que señala “Si se tratare de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario”. Por lo que no por ser variable la remuneración no puede constituir la relación contractual un contrato de trabajo. Tampoco le quita el carácter de contrato de trabajo el hecho de que el actor haya prestado servicios a distintos empleadores ya que el propio Código del Trabajo reconoce este tipo de prestación de servicios, en el artículo 22 inciso 2° señala que “quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores ...”, de lo que se desprende que un trabajador que presta servicios a distintos empleadores se rige en sus relaciones laborales íntegramente por el Código del Trabajo y que queda excluida de esta regulación la limitación a la jornada de trabajo.

3. Alexis Rodolfo Manuel Meza Sánchez y otro con Universidad San Sebastián.

Corte de Apelaciones de Concepción: Rol 4040-05

Resumen del conflicto: los demandantes solicitan al tribunal que se declare la nulidad del despido y, en subsidio, que el despido ha sido injustificado. Para resolver la cuestión principal el tribunal debe dilucidar si el contrato que ha vinculado a los demandantes con la Universidad San Sebastián es de trabajo o a honorarios. Para esto es necesario examinar si la prueba rendida tiene el merito suficiente para formar la convicción de que nos encontraríamos ante una relación laboral disimulada bajo una relación contractual civil a honorarios.

Los demandantes señalan que se desempeñaron como docentes en la Facultad de educación de la Universidad demandada contratados a honorarios pero que en los hechos se trataba de una relación laboral regida por el Código del ramo.

Por su parte, la Universidad señala que con los profesionales existía un contrato de prestación de servicios a honorarios y no de trabajo, ya que éstos gozaban de plena libertad académica para impartir sus clases y que estaban sujetos a un horario menor, lo que se debió a la necesidad de desarrollar en el tiempo los temas académicos previamente determinados, agregando la demandada que no existe remuneración ya que lo que se le pagaba a los actores eran honorarios profesionales.

Decisión: el tribunal de primera instancia rechaza la demanda de los actores por estimar que no existió relación laboral y por lo tanto, no procede declarar la nulidad del despido ni el despido injustificado, que se demandó en subsidio.

La Corte de Apelaciones de Concepción revoca la resolución apelada estableciendo que entre las partes sí existió una relación laboral sometida a la reglamentación del Código del Trabajo ya que se han acreditado los supuestos del artículo 7, especialmente la subordinación y dependencia ya que los demandantes ejecutaban sus labores dentro de las dependencias de la universidad, conforme a los lineamientos curriculares y programáticos de la facultad y carrera, que los profesionales debían respetar, lo que era revisado por el secretario académico de la carrera y una vez ajustados eran enviados a la Dirección de docencia de la Universidad San Sebastián. Además debían concurrir a reuniones periódicas, atender alumnos de manera obligatoria en las dependencias de la universidad, existían reuniones de coordinación y los docentes debían practicar las evaluaciones correspondientes y registrar las notas en el sistema de información curricular. Las clases se impartían en horarios predeterminados acordados con la autoridad académica. Queda establecido que existió vínculo de subordinación y dependencia expresada en que los actores se ajustaban en sus clases a los programas y planificaciones impuestas por la universidad, cumpliendo una jornada de trabajo indisponible, en el lugar designado por la empleadora y con una remuneración mensual. Y por último señala que la existencia de una relación laboral a tiempo parcial no obsta a la existencia de un contrato de trabajo ni el hecho de prestar servicios a distintos empleadores.

Comentario: en este caso como en los anteriormente analizados se estimó que existía una relación laboral en virtud de materialización de los elementos que configuran la subordinación y dependencia como el hecho de tener que cumplir las funciones dentro de las dependencias de la demandada, con horarios predeterminados y con una jornada de trabajo indisponible, nos vamos a detener en este último punto ya que en general los empleadores alegan para fundamentar la inexistencia del vínculo de subordinación y dependencia la flexibilidad horaria pero esta situación no anula la existencia de una relación laboral y con mayor razón si la disponibilidad horaria no es impuesta por el trabajador sino que por el empleador como en el presente caso, ya que no es el actor quien decide cuando impartir las clases sino la Universidad y desde este punto de vista existe una relativa flexibilidad ya que el trabajador puede disponer de su tiempo en la medida que la obligación impuesta por la Universidad pueda ser cumplida.

Ahora nos referiremos a las situaciones concretas que en el presente caso constituyen “la supervigilancia del empleador en el desempeño de sus funciones, las instrucciones y los controles al trabajador”. Debemos reconocer que aún tratándose de una prestación de servicios a honorarios nunca existirá plena libertad para ejecutar la labor encomendada ya que el trabajador deberá cumplir con algún tipo de instrucción ya sea referida al plazo en que debe ser ejecutada, la forma, el lugar, etc. Pero la concurrencia de estos elementos con mayor o menor intensidad determinará la configuración del vínculo de subordinación, si los actores debían cumplir su misión de acuerdo a los lineamientos curriculares y programáticos de la demandada lo que era revisado por el secretario académico de la carrera, debían concurrir a reuniones periódicas de coordinación, atender de manera obligatoria a los alumnos, practicar las evaluaciones correspondientes y registrar las notas en el sistema diseñado para tal efecto, debemos llegar a la conclusión inequívoca de que los actores estaban sujetos a una supervigilancia y recibían instrucciones precisas y detalladas de la forma como debían desarrollar su trabajo. No existía para ellos libertad en ningún aspecto, ya que de realizar alguna actividad en una forma que no se ajuste a los lineamientos de la Universidad seguramente en la revisión hecha por el secretario académico de la carrera sería rechazada.

Con respecto al hecho de que los servicios hayan sido prestados a tiempo parcial no obsta a la existencia de un contrato de trabajo, debemos señalar que es el propio Código de Trabajo quien reconoce este tipo de jornada y la regula, señalando en el artículo 44 inciso 3° que “el monto mensual de la remuneración no podrá ser inferior al ingreso

mínimo mensual. Si se convinieren *jornadas parciales* de trabajo, la remuneración no podrá ser inferior a la mínima vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo”, lo que no hace más que reafirmar que las normas del Código del Trabajo son plenamente aplicables ya que este artículo señala en resumidas cuentas que aunque se trate de una jornada parcial se debe respetar el ingreso mínimo mensual, obviamente en forma proporcional.

Tampoco el hecho de tener los actores otros empleadores le quita el carácter de laboral al vínculo toda vez que como ya señalamos el Código del Trabajo reconoce expresamente este tipo de relación en el artículo 22 inciso 2°. Si bien algunos sectores de la doctrina mencionan la exclusividad, es decir, la vinculación del trabajador sólo con un empleador, como otra característica de la relación laboral, en virtud del reconocimiento que la pluralidad de empleadores tiene en nuestro ordenamiento jurídico laboral debemos considerar que nos encontramos ante una exclusividad atenuada ya que tiene ciertos límites que están dados principalmente por la incompatibilidad de desarrollar más de una relación laboral en una única jornada que analizaremos en profundidad posteriormente.

4. Julio Delpino Pegito con Charles Wall y Cía.Ltda o Torín y Cía. Ltda.

Corte de Apelaciones de Antofagasta: 77-2005

Corte Suprema: Rol 2816-2005

Resumen del conflicto: Julio Delpino interpone demanda en contra de la compañía ya señalada con el objeto de que se declare nulo e injustificado el despido y se le paguen las prestaciones que correspondan, fundamentando que prestó servicios a la demandada como representante técnico y jefe de área de contactores eléctricos en virtud de un contrato aparentemente a honorarios, toda vez que las remuneraciones eran pagadas contra entrega de boleta de honorarios pero que en realidad existía un contrato de trabajo ya que tenía el deber de asistencia diaria (lunes a sábado), un horario (08:00 a 18:30 y los sábados de 08:00 a 13:00) y vínculo de subordinación inmediata de sus jefes. Agregando que la demandada le comunicó verbalmente que estaba despedido sin invocar causal y sin enterar el pago de las cotizaciones.

El demandado solicita el rechazo de la demanda argumentando que el actor fue contratado para la realización de un proyecto y estudio para desarrollar el área de contactores eléctricos lo que incluía ciertas labores de venta, las que se incluyeron por

considerar que para desarrollar el proyecto se requería conocimiento en terreno. Se le contrató a honorarios para hacer más atractivo el honorario para quien desarrollara el proyecto. Señala que no existía relación laboral toda vez que el actor no cumplía horario, no firmaba libro de asistencia, no tenía la obligación de concurrir diariamente y no había vínculo de subordinación y dependencia. Trascurridos 6 meses el proyecto no fue bien evaluado por lo que se le puso fin a la relación existente. Agrega que el demandante es consultor del Consorcio Parque Agpia S.A., inscrito en el registro de Corfo y bajo ese cargo desarrolló, para la demandada, durante el mes de septiembre de 2003, otras asesorías paralelas a las principales contratadas a honorarios, las que se denominaron "Asistencia Técnica Mejoramiento Infraestructura", de lo que se deduce la imposibilidad de que un trabajador sujeto a contrato de trabajo pueda desarrollar dentro de la jornada laboral labores de asesoría para la misma empresa que lo contrata.

Solución: el tribunal estima que entre las partes existió relación laboral, que el actor cumplía funciones de jefe de departamento o área de contactores eléctricos, ya que no se explica de otra forma que no sea en base a la existencia de un contrato de trabajo, que la propia empresa hubiere confeccionado al demandante tarjetas de presentación donde se le describe como representante técnico de la demandada, ni que éste hubiere asistido a diversas charlas en distintas empresas de la región, en representación de la empresa, ni que hubiere sido presentado a Codelco Chuquicamata como una de las personas que atenderían las necesidades de dicha empresa, pudiendo incluso en esa calidad, retirar planos y firmar órdenes de trabajo. Además, el actor obtenía como retribución por sus servicios un porcentaje de comisión por las ventas realizadas en su área de trabajo.

Aclarando que la circunstancia de que el demandante, en calidad de representante del Consorcio Parque Agpia S.A., hubiere suscrito con la demandada sendos contratos de asistencia técnica, en nada obsta a la conclusión arribada, toda vez que tal como informa el referido organismo, el actor es jefe de proyectos del consorcio y los servicios técnicos prestados lo fueron por arquitectos externos, contratados para dichos efectos.

Comentario: nos pareció interesante el análisis de este fallo ya que no se utiliza para determinar la existencia de la relación laboral el criterio de la subordinación y dependencia o por lo menos no en su sentido clásico, ya que no se tomó como elemento determinante la existencia de una jornada de trabajo o si hay un jefe directo o la continuidad de los servicios ni la supervigilancia del empleador, sino en cambio la calidad de representante

con la que actuaba el demandante en diversas actividades y ante otras empresas distintas a la empleadora. El hecho de que la demandada haya confeccionado tarjetas en donde señalaba al actor como representante técnico de la empresa es una señal importante con respecto a la relación que unía a las partes ya que resultaría extraño que una persona que realiza una prestación de servicios a honorario, específicamente desarrollar un proyecto, contara con tarjetas en la que se le señala como representante ya que en el caso de estos contratos el trabajador no lo es de la empresa sino que es un trabajador externo que desarrolla una prestación determinada, sin más obligaciones que la de llevar a cabo la labor encomendada y en ningún caso con poder para representar, a menos que así se señale en el contrato, cosa que no ocurre en este caso. Reafirma lo dicho el hecho que el actor haya asistido a distintas empresas en representación de la empresa demandada.

Por otro lado el actor fue presentado a Codelco Chuquicamata como una de las personas que atenderían las necesidades de dicha empresa con la facultad de retirar planos y firmar órdenes de trabajo, no es congruente que una persona externa a la empresa, que trabaja en virtud de un contrato a honorarios, tenga tal responsabilidad. Considerando que los efectos de los actos celebrados por un representante obligan directamente al representado y recaen sobre su patrimonio, no resulta lógico que una persona externa a la empresa la obligue.

Por otro lado, el actor prestaría servicios solo por el tiempo que durara el proyecto lo que no se condice con todas las funciones atribuidas.

Por lo tanto, todos los elementos señalados que concurren en el presente caso nos llevan a concluir que efectivamente existió más que una simple relación a honorarios.

También se señala que el hecho que el actor también haya prestado servicios por medio de la empresa que representa no excluye la existencia de una relación de trabajo ya que el era jefe de proyectos del consorcio y los servicios técnicos prestados lo fueron por arquitectos externos, de lo que se deduce que materialmente el demandado no ejecutaba los proyectos sino que se realizaba por medio de terceros contratados por la empresa en la cual el era jefe de proyectos ya que de haberlos realizado él, personalmente, nos podría haber llevado a otra conclusión si las distintas prestaciones se hubieran desarrollado en un mismo tiempo.

NO EXISTE CONTRATO DE TRABAJO REGULADO POR EL CODIGO DEL TRABAJO

1. José Samuel Cuevas Romero con Administradora de Transportes Las Nieves del Arrayán S. A.

Corte de Apelaciones de Santiago: 5310-2002

Corte Suprema: Rol 3419-2003

Resumen del conflicto: José Cuevas Romero deduce demanda laboral en contra de su ex empleadora para que se declare la nulidad del despido y se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones correspondientes. El actor señala que prestó servicios para la demandada en virtud de un contrato de trabajo entre el 02 de enero de 1993 y el 30 de marzo de 1998 y que con esta fecha le pusieron fin a esta relación contractual, pero que desde esa fecha en adelante él siguió prestando servicios a la demandada como encargado de administración y finanzas hasta mayo de 2001. Durante todo este tiempo realizó diversas funciones en su cargo, debiendo rendir cuenta al final de cada jornada. Señala que aunque no existía materialmente un contrato de trabajo, su jornada era de lunes a sábado de 09:00 a 21:00 horas, su remuneración promedio de los últimos 3 meses asciende a \$382.222 y que se le obligó a extender boletas de honorarios.

El demandado señala que reconoce la relación laboral existente hasta el 30 de marzo de 1998 pero que posteriormente acordaron que el actor efectuara determinados y específicos servicios a cambio de honorarios, los que eran pagados oportunamente y estando ambas partes de acuerdo en que no se creaba ningún vínculo de subordinación y dependencia, por lo que el actor era libre de asumir cualquier otro tipo de compromiso excluyéndose en cualquier forma la exclusividad. Indica que no existía dependencia, el actor no tenía obligación de asistir un día específico como tampoco llegar a una hora determinada. Agregando que debido al tiempo que el actor dice haber prestado servicios teniendo los conocimientos y preparación que dice tener no puede demorarse 3 años en mantener una situación que según el actor no se ajusta a la realidad.

Decisión: el tribunal rechaza la demanda ya que considera que no se encuentra suficientemente acreditada la existencia de una relación laboral en los términos del artículo 7 del Código del Trabajo. El juez estima que no calza la idea que la relación laboral existente hasta 1998 se hubiera finiquitado si se pretendía seguir con ella en iguales términos y condiciones, aventurándose el actor con dicho finiquito a perder los años de servicio que llevaba en la empresa y los derechos a las prestaciones a que esta

antigüedad da lugar, que no es dable para este trabajador que reclame luego de tres años el pago de algunas prestaciones y más aún el pago de las cotizaciones previsionales. Se agrega que en la especie la dación de boleta de honorarios y el cumplimiento de ciertas funciones que podrán ser propias de un contrato de trabajo, podría eventualmente revelar la existencia de un contrato de trabajo, pero la inexistencia del vínculo de subordinación y dependencia y de una jornada continua de trabajo, situación que se confirma ya que siendo el demandante, como el señala, encargado de administración y finanzas, no exigió durante el lapso de prestación de servicios el pago de imposiciones, vacaciones y demás beneficios propios de los trabajadores.

En sede de apelación la sentencia es confirmada y se agregan como fundamentos a la decisión que las remuneraciones, durante el período en discusión, no eran iguales en cada período, advirtiéndose diferencias entre unos y otros, que el actor en sus tres años de prestación de servicios nunca reclamó por las cotizaciones previsionales y de salud que ahora alega y por último en las pruebas aportadas al proceso el demandante admite no haber timbrado reloj ni firmado libro de asistencia, que era el único en la empresa que no tenía contrato de trabajo y que no se le enteraban las imposiciones porque se le deducía el 10 % de sus honorarios correspondientes a impuestos (confesional).

La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento.

Comentario: en este caso está plenamente acreditado el primer contrato, pero con respecto al segundo el demandante no ha podido probar que concurren los requisitos de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, principalmente no acredita que la ejecución del trabajo se realice bajo subordinación y dependencia respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza, ello queda en evidencia cuando el propio demandante admite que no timbraba reloj ni firmaba el libro de asistencia y además que era el único en la empresa que no tenía contrato de trabajo. Por otro lado, no resulta lógico que en atención al cargo que ejercía en la empresa, esto es, encargado de administración y finanzas, no exigiera que se le hicieran los descuentos legales correspondientes a un contrato de trabajo y no sólo eso, sino que exige después de tres años de prestar servicios a honorarios el pago de las prestaciones correspondientes, lo que se opone abiertamente al principio de la buena fe. Es inexplicable que el trabajador haya estado de acuerdo en terminar la relación laboral en el año 1998 para luego continuar prestando servicios a la misma empresa pero ahora desprotegido absolutamente por las normas laborales. Si bien es cierto que la

prestación de servicios bajo la modalidad de honorarios no obsta a que si esa prestación de servicios cumple con todos los requisitos del contrato de trabajo, se pueda modificar la naturaleza jurídica del contrato por los tribunales de justicia, este no es el caso.

2. *María Angélica Rosas Torrens con Turismo Latrach Limitada.*

Corte de Apelaciones de Santiago: 1336-2001

Corte Suprema: Rol 3871-2002

Resumen del conflicto: María Angélica Rosas demanda en juicio ordinario laboral a su empleadora con el objeto de que se le paguen algunas prestaciones que quedaron pendientes al término de la relación laboral: comisiones, vacaciones proporcionales, gratificaciones proporcionales, descuentos ilegales e indemnización de reposo por enfermedad. Señalando que la demandada con el fin de desvirtuar la existencia de una relación laboral la hizo firmar un contrato de prestación de servicios a honorarios, circunstancia que no alteró su situación laboral y agrega que el término de la relación laboral se produjo por renuncia de la actora.

La demandada opone excepción de prescripción fundada en que la demandante concluyó de prestar servicios el 1 de diciembre de 1998 y que el 09 de marzo de 1999 fue notificada de la demanda deducida el 01 de marzo de 1999, expresa que el plazo para demandar es de 60 días contados desde la separación del trabajador, el que se encontraba vencido a la fecha en que la actora presentó la demanda y en subsidio contesta la demanda solicitando que se rechace en todas sus partes.

El tribunal estima que para resolver acerca de la excepción de caducidad, mal llamada por la demandada excepción de prescripción es necesario determinar si efectivamente existió entre las partes relación contractual laboral.

Decisión: que de la prueba rendida no es posible presumir la existencia de ninguno de los elementos propios de toda relación laboral, toda vez que la relación carecía de las manifestaciones propias de la subordinación y dependencia: obligación de asistencia, cumplimiento de horario determinado y la supervigilancia del jefe o empleador en el desempeño de las funciones, esto se deduce de la documentación respecto de los honorarios de la actora, que acredita que en 1998 la actora percibió por concepto de honorarios brutos un total de \$4.556.174, probanza corroborada con las copias de la boletas a honorarios por concepto de comisiones de marzo y abril de 1998 por un total de

\$947.973 y una segunda boleta de septiembre por concepto de comisiones de mayo, junio, julio y agosto por un total de \$3.083.810, probanzas conexas y suficientes para dar por establecido que los servicios prestados por la actora eran independientes y a honorarios y como la propia actora reconoce que “no existió un horario rígido de ingreso y salida” , “que a diferencia del resto de los vendedores se le entregó un privado dividido por un separador de ambientes” y que era remunerada sólo en base a comisiones por las ventas que efectuara de servicios aéreos y terrestres. Además que las partes en el contrato celebrado pactaron en la cláusula cuarta: "La agente comisionista en su calidad de independiente, no cumplirá horario de trabajo y realizará sus ventas sin vínculo de subordinación o dependencia, salvo obviamente, aquellos que dicen relación con tarifas, itinerarios y condiciones fijadas por la agencia" y en la cláusula sexta: "Considerando su calidad de trabajador independiente y las condiciones de autonomía bajo las cuales se desarrollará la prestación de servicios, la comisionista no tendrá derecho a ningún otro pago o beneficio que no sean las comisiones pactadas".

Se omite pronunciamiento con respecto a la excepción opuesta por ser incompatible con lo resuelto.

Se rechaza la demanda.

La sentencia apelada es confirmada, el recurso de casación en la forma es declarado inadmisibile y la casación en el fondo fue rechazado por manifiesta falta de fundamento.

Comentario: en este caso el tribunal estimó que no existe relación laboral debido a que no se llega a configurar el vínculo de subordinación o dependencia que es “el” elemento de vital importancia a la hora de establecer o modificar la naturaleza jurídica de un contrato. La propia actora señala que “no existe horario rígido de ingreso y salida” y, de la documentación que esta presenta se deduce que no había obligación de asistencia, cumplimiento de horario determinado y la supervigilancia del jefe o empleador en el desempeño de sus funciones. El contrato contiene ciertos parámetros entre los cuales la trabajadora debe desenvolverse para llevar a cabo la prestación a la que se obligó, pero estos no coartan la autonomía que tiene para desarrollar su labor, cuestión que se plasma en la cláusula sexta del contrato. Además se acompañan boletas de distintos meses que contienen el pago de varios meses, lo que resulta alejado de la forma en que se paga la remuneración cuando existe un contrato de trabajo, ya que en el artículo 44 del Código del Trabajo se señala que en ningún caso la unidad de tiempo para pagar la remuneración

podrá exceder de un año. Por lo tanto, se trata de un vínculo desarrollado bajo la modalidad a honorarios.

3. Carmen Aguirre Schmidt con AFP Santa María S.A.; Isapre ING Salud S.A. y Compañía de Seguros ING Seguros de Vida.

Corte de Apelaciones de Valdivia: 59-2005

Corte Suprema: Rol 3047-2005

Resumen del conflicto: Carmen Aguirre deduce demanda de despido injustificado y cobro de prestaciones impagas en contra de las sociedades ya señaladas.

Con respecto a la A.F.P. Santa María.

Señala que le prestó servicios, en virtud de un contrato de trabajo, como jefe de ventas AVI, entre el 01 de febrero de 1986 al 30 de julio de 2004. Se le hizo una reducción en su remuneración y producto de los reclamos que ella hizo fue despedida invocando la causal “necesidades de la empresa” causal que no es efectiva.

Con respecto a Respeto de I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A.

Indica que I.N.G. Chile conforma un conglomerado integrado por las 3 empresas demandadas, cuyo funcionamiento está radicado en las mismas oficinas. A contar del 2 de enero de 2002 a la demandante le correspondió prestar servicios en forma conjunta para I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A., cumpliendo las mismas funciones que las que cumplía en A.F.P. Santa María S.A., sin embargo, respecto de estas funciones no se escrituró contrato de trabajo con las empleadoras, pero se acordó una remuneración mensual respecto de cada una de ellas, compuesta de un sueldo y comisiones por cumplimiento de metas. Refiere que nunca se le pagó el sueldo, pagándosele sólo comisiones por cumplimiento de metas, lo que se hacía como honorarios civiles. Afirma que siempre se desempeñó para las demandadas bajo vínculo de subordinación y dependencia, en iguales términos que como lo hizo para A.F.P. Santa María S.A. Expone que los vínculos laborales con I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida expiraron el 30 de julio de 2004 mediante despidos que deben ser declarados injustificados.

La circunstancia de constituir las demandadas un holding denominado I.N.G. Chile hace procedente que sean condenadas solidariamente al pago de las prestaciones demandadas.

Por lo expuesto, solicita se tenga por interpuesta demanda en contra de A.F.P. Santa María SA, en contra de I.N.G. Salud S.A., y en contra de I.N.G. Seguros de Vida S.A. para, en definitiva, dar lugar a ella en todas sus partes, condenando solidariamente a las demandadas al pago de \$ 59.128.003, más las remuneraciones que se devenguen hasta el entero de las cotizaciones previsionales, reajustes, intereses y costas.

En su defecto, pide condenar a A.F.P. Santa María S.A. al pago de \$ 19.672.003, más las remuneraciones que se devenguen hasta el entero de las cotizaciones previsionales, reajustes e intereses, con costas; a I.N.G. Salud S.A. al pago de \$ 19.728.000, más las remuneraciones que se devenguen hasta el entero de las cotizaciones previsionales, reajustes e intereses, con costas; y a I.N.G. Seguros de Vida S.A. al pago de \$19.728.000, más las remuneraciones que se devenguen hasta el entero de las cotizaciones previsionales, reajustes e intereses.

En la contestación se invocan las excepciones de cosa juzgada y pago basándose en que se suscribió un finiquito, que se pagaron los conceptos que ahí aparecen y que este documento produjo los efectos liberatorios que le son propios, quedando pendiente sólo una supuesta diferencia en el monto de la indemnización. Si el tribunal estimare que el finiquito no produce el efecto de cosa juzgada, opone la excepción de pago.

Señala que el término de la relación laboral fue respecto del único empleador, A.F.P. Santa María S.A., la cual puso término a la relación laboral el 30 de julio de 2004 por la causal "necesidades de la empresa".

Por último, en cuanto a las empresas I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A. manifiesta que la relación de la actora con estas empresas se dio sólo en el ámbito del contrato a honorarios, por cuanto nunca existieron los supuestos básicos que una relación laboral demanda, a saber, subordinación y dependencia y horario, el cual se pretende homologar al que se cumplía en la A.F.P. Santa María.

Solución: el tribunal resuelve con respecto a **A.F.P. Santa María S.A.** que ésta y la actora estaban vinculadas por un contrato de trabajo, declara que el despido fue nulo y condena a la demandada al pago de las consecuentes prestaciones, además a las diferencias de indemnización invocadas por la actora.

Las excepciones de cosa juzgada y pago se tienen por no presentadas.

Que sobre las pretensiones de la actora respecto de las demandadas **I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A.** el tribunal ha establecido que, A.F.P. Santa María S.A., I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A. forman parte de un holding llamado I.N.G.

Chile y que desde el 2 de enero de 2002 hasta el 30 de julio de 2004, la actora prestó servicios a favor de las tres empresas integrantes del holding referido, en labores similares ya que en todas era jefa de ventas. Nunca se escrituró contrato de trabajo respecto de las prestaciones de servicios otorgadas a favor de I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A. que se pactó con la actora una renta fija que nunca se pagó, más comisiones variables en razón del cumplimiento de metas. Estas prestaciones de servicios se realizaban en la misma jornada de trabajo que la actora tenía pactada, según contrato de trabajo, con A.F.P. Santa María S.A. y que estas prestaciones concluyeron sin las formalidades propias del término de una relación laboral.

Se rechaza la acción en contra de I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A, en virtud de que la doctrina iuslaboralista señala como una de las características propias de toda relación laboral la dependencia o subordinación del trabajador al empleador, la cual se materializa en la obligación del primero, estable y continua, de mantenerse a las órdenes del segundo, sin quebrantamiento de su libertad, a efectos de la realización del proceso productivo; (Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III, W. Thayer Arteaga y P. Novoa Fuenzalida, Ed. Jurídica de Chile, 4ª Edición año 2003, p. 57). Por lo que se estima que uno de los límites a la multiplicidad de empleos de un dependiente está dado por la existencia de tantas jornadas de trabajo como empleos tenga aquel, por resultar incompatible con la naturaleza propia de un contrato de trabajo el que más de una relación laboral se desarrolle o ejecute en una única jornada. Además la propia demandante funda su acción contra estas dos demandadas (I.N.G. Salud S.A. e I.N.G. Seguros de Vida S.A.), en la premisa fáctica que con ellas sostenía una relación laboral en la misma jornada en que prestaba servicios, (bajo vínculo de subordinación y dependencia, y con contrato de trabajo escriturado) a favor de A.F.P. Santa María S.A. lo cual, como se dijo, es incompatible con la naturaleza jurídica inherente a toda relación laboral.

Señala la actora que se pactó con aquellas una remuneración mensual consistente en un sueldo base más comisiones variables y que, sin embargo, nunca se le pagó el pactado sueldo base. Pues bien, los beneficios otorgados en forma permanente e invariable por una empresa, o aquellos omitidos en la misma forma, constituyen una cláusula tácita incorporada al contrato de trabajo que no puede ser modificada sin mutuo acuerdo, por lo que en este caso priva a la actora de la asignación que ella denomina sueldo base, por cuanto ésta no fue pagada durante toda la vigencia de aquellas supuestas relaciones

laborales, modificándose así el supuesto contrato original por uno que sólo la remuneraba a través de comisiones variables.

Además con respecto a las comisiones variables ni siquiera señaló la periodicidad con que fueron percibidas ni su monto, tornándose así imposible calcular en base a ellas cualquier indemnización que ahora pretendiera.

La Corte de Apelaciones de Valdivia confirma la sentencia apelada.

La Corte Suprema rechaza el recurso de Casación en el fondo por manifiesta falta de fundamento.

Comentario: en este caso con respecto a A.F.P. Santa María no existe duda de que se trata de una relación laboral pero la actora alega que para I.N.G también prestó servicios en las mismas condiciones que para la primera, lo que es desechado en virtud de que la trabajadora señala haber prestado servicios en la misma jornada y una de las limitaciones a la pluralidad de empleadores es que se desarrollen en tantas jornadas como empleadores existan y en este caso sucede todo lo contrario lo que no se condice con la naturaleza de una relación laboral y sus características. Es materialmente imposible que dentro de una misma jornada se desarrollen prestaciones para tres empresas distintas ya que el trabajador debe encontrarse continuamente a disposición del empleador y el hecho de trabajar para más de un empleador no permite esta disposición, es por esto que el mismo fallo señala que si la demanda se hubiera planteado de otra forma la actora hubiera conseguido su objetivo ya que se hubiera demandado al Holding como único empleador señalando que no solo cumplía las funciones señaladas en el contrato sino otras por las cuales recibía una remuneración distinta a la principal y que por lo tanto su remuneración era mayor a la señalada, el tribunal hubiera resuelto que las prestaciones que se le debían pagar deberían ser calculadas sobre la base de la suma de todas las remuneraciones recibidas. Y el fundamento a esta modificación del contrato lo encontramos en la institución de las cláusulas tácitas y el principio de la primacía de la realidad por medio de las cuales se entienden incorporados al contrato las prácticas que las partes hayan llevado a cabo de común acuerdo en el desarrollo de la relación laboral.

4. Walter Carlos Kliche Antonini con Corporación Pontificia Universidad Católica de Chile, Canal 13.

Corte de Apelaciones de Santiago: 3964-2005

Corte Suprema: Rol 5687-2006

Resumen del conflicto: Walter Kliche demanda a la señalada Corporación para que se declare que la naturaleza de la relación contractual que unía a las partes era un contrato de trabajo, que el despido fue nulo e injustificado, en virtud de que prestó servicios en calidad de actor y cumpliendo otras funciones desde el año 1979 a 2002 cuando fue despedido sin aviso previo y sin invocar causal. Señala que desde el inicio de la prestación de servicios se le hizo suscribir diferentes contratos de arrendamiento de servicios a fin de disfrazar la verdadera naturaleza jurídica de la prestación de servicios que era la de un contrato de trabajo, ya que en el desempeño de sus funciones estaba sujeto a la vigilancia y control de diversos funcionarios del área dramática. Aparte el contrato suponía dedicación absoluta, diaria y exclusiva, de lunes a viernes incluso sábados y domingos, en jornada variable impuesta por el empleador y de acuerdo al contrato, salvo autorización escrita de la demandada no podía desempeñar ninguna otra actividad que pudiera ser incompatible con el cumplimiento de las obligaciones que le imponía el contrato o afectar su desempeño. Señala que el 05 de octubre de 2000 se le obligó a suscribir un documento que parecía ser una transacción en el cual se establecía que la relación contractual que ha existido entre las partes y que pueda existir en el futuro corresponde a un arrendamiento de servicios y no a una prestación bajo vínculo de subordinación y dependencia y al actor se le obliga a declarar que nada se le adeuda a título de cotización previsional, de salud o de seguridad social.

La demandada opone excepción de incompetencia, prescripción, finiquito, pago y falta de legitimación activa.

En subsidio, contesta la demanda señalando que el actor prestaba servicios de manera esporádica y sin vínculo de subordinación y dependencia y agrega la extra laboralidad del vínculo ya que la ley 18.018 excluye a los artistas de la regulación del Código del Trabajo. Que en la especie no concurren las exigencias como cumplimiento de horario, acometimiento a órdenes e instrucciones específicas. Que el actor no cumplía jornada de trabajo y que los contratos se establecían en razón de actuaciones determinadas, por lo tanto, no existía un vínculo permanente. Fundamenta la inexistencia de una relación laboral en la “doctrina de los actos propios” y en la buena fe contractual.

Agrega que la intención no laboral se refleja en la transacción celebrada por las partes.

Solución: Se rechazó la excepción de incompetencia, falta de legitimación activa y prescripción en algunos de sus aspectos y acogió parcialmente la de finiquito.

Se establece que entre las partes existió una relación de naturaleza laboral ya que el actor obedecía a un director que representa a la demandada y existe continuidad en su labor. Con respecto a la ley 19.889 que regula las condiciones de trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos esta ley no sostiene lo señalado por la demandada en el sentido de que la labor de actor sea intrínsecamente no laboral.

En lo que se refiere a la transacción celebrada entre las partes en el derecho laboral se establece como principio la irrenunciabilidad, así la transacción de autos no pudo referirse a dejar sin efecto el derecho del trabajador a las cotizaciones previsionales, por formar parte del orden público laboral y se niega lugar a la defensa fundamentada en la buena fe contractual y en la doctrina de los actos propios y la buena fe contractual por tratarse de una institución ajena al derecho laboral y propia del derecho civil.

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto por la demandada y en cuanto al recurso de apelación y adhesión a la apelación, se confirma la sentencia.

Respecto de esta decisión la demandada deduce recurso de casación en la forma y en el fondo. Se rechaza el recurso de casación en la forma.

Se acoge el recurso de casación en el fondo ya que no se puede estimar que entre las partes hubo una relación laboral en los términos del artículo 7 del Código del Trabajo, en cuanto los contratos agregados dan cuenta de una prestación de servicios a honorarios y no de una relación laboral, al no existir subordinación y dependencia, en efecto, el actor no estaba sujeto a horario alguno, no era parte de la planta del canal y, por lo tanto, ejercía sus labores en forma libre e independiente. Agregando que la calificación que dieron las partes respecto de la naturaleza de la relación es congruente con el artículo 2007 del Código Civil, que se refiere a la situación los histriones quienes quedan sujetos a las normas del arrendamiento de servicios.

Por otra parte atendido en número de contratos celebrados por las partes por más de 20 años, denota la voluntad inequívoca de ambas de mantener el mismo tipo de vinculación y, por lo tanto procede aplicar la doctrina llamada “de los actos propios”, que asigna efectos ineludibles a determinadas conductas previas ya que no se puede aceptar que quien inste por desconocer o invalidar sus efectos sea una de las partes que concurrieron a su celebración e interviniera en el cumplimiento o ejecución del mismo acto que se pretende desatender, quedando de manifiesto que un comportamiento incoherente como el destacado sólo acaba vulnerando la buena fe que debe imperar en las acciones y en el uso de los derechos estatuidos por ley, principio que no solo informa el derecho laboral

sino todo el ordenamiento jurídico y aunque pudieran existir dudas acerca de la aplicación de esta teoría en este caso por las dudas acerca de la igualdad de poder negociador entre los contratantes, resulta indiscutible el imperio que en nuestro ordenamiento tiene la buena fe y que en este caso no existen antecedentes de que el consentimiento formado para la generación del acto estuviere viciado le es exigible a cada una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones.

Además, siendo el vínculo de naturaleza civil no es sustentable restarle eficacia a la transacción celebrada por las partes.

Por que procede anular el fallo y se dicta uno de reemplazo en el que se decide que se rechaza íntegramente la demanda del actor.

Comentario: en este caso el tribunal de primera y de segunda instancia consideraron que existía una relación laboral en virtud de que el actor obedecía ordenes de se jefe y existía continuidad en los servicios, requisitos propios del vínculo de subordinación y dependencia. Y que por lo tanto, la transacción no podría tener validez porque significaba renunciar a derechos que pertenecen al orden público laboral lo que los convierte en irrenunciables para el trabajador, lo que resulta compatible con el carácter proteccionista que tiene el derecho laboral, pero no se llega a la misma conclusión si la relación contractual resulta ser de carácter civil.

Pero en sede de casación se desecha tal decisión y se estima que existe entre las partes un contrato a honorarios, en primer lugar por el clásico criterio de subordinación y dependencia, considerando que el actor prestaba los servicios de forma libre e independiente además de no cumplir con horario alguno, en segundo lugar, porque el artículo 2007 del Código Civil es aplicable al demandante ya que la labor de actor se encuadra dentro del concepto de "histriones", caso en el cual el mencionado Código refiere expresamente que es aplicable la regulación del arrendamiento de servicios inmateriales que consisten en una larga serie de actos.

Y en tercer lugar y más importante por la aplicación de la teoría de los actos propios en la cual "importa que entre contratantes iguales, la conducta pasada de una de ellas, a la luz de la buena fe, pueden generar la expectativa en la otra, legítima y amparada por el derecho de que no se ejercerán derechos subjetivos en contradicción con dicha conducta. Se trata en, en este sentido, como la ha entendido buena parte de la doctrina comparada

de una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos”¹⁹. Así el hecho que el actor haya celebrado numerosos contratos a honorarios con la demandada crea en ésta la legítima expectativa que posteriormente no se exigirán derechos que no corresponden a la relación que ha sido acordada por las partes, por lo que al haber existido por más de 20 años una relación contractual de prestación de servicios a honorarios refleja que las partes querían que ésta fuera la forma de estar vinculadas ya que de otra forma el actor hubiera exigido sus derechos anteriormente y no reafirmando su decisión de seguir vinculado a la demandada de esta forma cada cierto tiempo, con cada suscripción de un nuevo contrato de honorarios para posteriormente desconocer los efectos del acto que el mismo demandado celebró, no una sino en muchas ocasiones. Tal vez si la relación entre las partes hubiera sido menos extensa la decisión hubiera sido diferente ya que no podemos considerar que siempre al reclamar los derechos laborales, existiendo un contrato de honorarios se actúa en contra de los “actos propios” ya que podríamos llegar a absurdos como que el empleador haga renunciar al trabajador sus vacaciones y si éste las exige, alegar que está actuado contra los actos propios.

Si se considera que al ir contra los actos propios se vulnera el principio de la buena fe también el empleador podría vulnerarlo al incorporar cláusulas abusivas en el contrato a honorarios y el trabajador aceptarlas por su necesidad de trabajar, y no podríamos decir en este caso que el trabajador haya actuado de mala fe ya que la diferencia del poder negociador nos llevaría a una conclusión distinta que en el caso en examen.

Por último, debemos referirnos a que para llegar a la decisión el tribunal consideró que no existían antecedentes que nos llevaran a concluir que la voluntad haya estado viciada y por lo tanto el contrato es plenamente exigible. Aunque no esté viciado el consentimiento y se trate de un contrato de trabajo y no ha honorarios, la voluntad que ha establecido que se regulará por las reglas de la prestación de servicios civil no tendrá eficacia ya que es el derecho laboral el que primará.

En conclusión, del análisis que hemos hecho de la jurisprudencia de los tribunales de justicia podemos concluir que la mayoría de las veces la decisión se basa en el criterio clásico de la subordinación y dependencia, pero es interesante como se configuran los distintos elementos que componen este vínculo ya que un mismo hecho puede en ciertos casos considerarse como constitutivo de subordinación y en otros no, toda vez que no se

¹⁹J. Ugarte Cataldo, ob.cit. pag. 70.

debe analizar el elemento en abstracto sino en conjunto con las otras cláusulas del contrato o de las prácticas que hagan las partes durante la vigencia de la relación ya sea laboral o a honorarios.

Nos parece interesante los nuevos criterios que surgen para identificar una relación de trabajo, apartándose del criterio clásico como es la teoría de los actos propios, la que sin lugar a dudas nos puede servir, pero su aplicación abusiva puede llevar a decisiones injustas y desapegadas de la realidad.

El efecto práctico de que en un determinado litigio se resuelva que existe un contrato a honorarios o un contrato de trabajo es la procedencia del pago de las respectivas prestaciones que surgen al término de la relación laboral y no de la relación a honorarios. El litigio no tiene como objetivo final que se establezca el tipo de contrato de que se trata sino que una vez aclarado este punto se podrá pasar a resolver el fondo del asunto que puede ser como vimos en uno de los fallos analizados la prescripción, nulidad del despido, despido injustificado u otro.

Así, si se trata de un contrato de trabajo el trabajador estará amparado por las numerosas normas laborales a favor del contratante más débil, pero si se trata de un contrato a honorarios la relación se ubicará en el campo del derecho civil donde cada uno tutela sus propios intereses.

Capítulo IV: Otras perspectivas del contrato a honorarios.

En este capítulo trataremos diversas materias de los más distintos ámbitos que están relacionadas con el contrato a honorarios y su regulación.

1. Oficina Internacional del Trabajo (OIT)

A nivel internacional, diversos autores se han referido a la problemática que existe en torno a la precariedad de algunos sectores de trabajadores, y si bien no se refieren expresamente al contrato a honorarios, existen investigaciones que nos orientan en ese sentido. La OIT ha publicado una serie de documentos relativos a diversos estudios realizados en Latinoamérica respecto del contrato de trabajo.

Entre ellas, podemos encontrar la obra *“Flexibilización en el Margen: La reforma del contrato de trabajo”* publicada a través de la Oficina Regional para las Américas de la Oficina Internacional del Trabajo, en la cual se pretende mostrar una visión objetiva de los principales efectos de las reformas laborales, que incluye la modificación al régimen de contratación que han sido introducidas a las legislaciones de Argentina, Colombia, Perú y Chile y así propender a contribuir a solucionar los problemas de precariedad en el empleo.

Si bien las reformas que se han realizado han abarcado muy diferentes campos de la normativa laboral, las más importantes se han orientado, por una parte, a facilitar la contratación y subcontratación de trabajadores por tiempo determinado -acompañadas en algunos casos con exoneraciones de obligaciones laborales- y, por otra, a ampliar las causales de despido y a reducir los montos de las indemnizaciones por tal concepto. Tres son los objetivos que se espera lograr con estas reformas:

En primer lugar; promover la contratación temporal de determinados grupos de trabajadores (jóvenes, mujeres jefes de hogar, desempleados de larga duración, etc.) al abaratar el costo relativo de emplearlos.

En segundo lugar; permitir a las empresas adecuar el número de trabajadores contratados a los cambios en el nivel de actividad de las mismas, al facilitar y abaratar el despido por causas económicas y tecnológicas.

En tercer lugar; combatir el trabajo no registrado, al flexibilizar las modalidades de contratación y reducir los costos laborales no salariales como incentivos para la formalización de los contratos de trabajo.

Se esperaba que con los años se hubiera producido “un aumento relativo de la población asalariada en el sector privado, una reducción de la proporción de asalariados sin contrato, un aumento de los asalariados contratados por tiempo determinado, ya sea por la propia empresa o a través de terceros, un mayor diferencial salarial entre trabajadores temporales y permanentes y una mayor movilidad laboral por efectos de la mayor facilidad de despido”²⁰.

Este trabajo realizado por la OIT se basa en el estudio de reformas introducidas en las diferentes legislaciones en la décadas de los noventa y su principal objetivo es investigar si estas reformas lograron el fin perseguido.

Tomaremos importantes consideraciones respecto de éste y otros estudios realizados por la OIT y los iremos analizando someramente en este capítulo final en lo que dice relación con el contrato a honorarios, si bien, como hemos señalado estas obras no se refieren expresamente a la contratación a honorarios, si se refiere tangencialmente a ésta en cuanto la podemos encuadrar en las formas de empleos tratados como precarios o de contratos temporales, y dentro de ellos podemos encontrar:

- a) Trabajadores cuyos contratos de trabajo los clasifican como trabajadores ocasionales, a corto plazo o estacionales; o
- b) Trabajadores cuyos contratos de trabajo permiten a la empresa o persona que los contrata a terminar el contrato a corto plazo con un aviso y/o a voluntad, determinándose las circunstancias de acuerdo con la legislación y costumbre nacionales.

Estos tipos de trabajadores se caracterizan por la falta de estabilidad en el empleo, falta de seguridad social, y por sobretodo por la falta o mínima regulación y protección por parte de las leyes laborales. En este sentido la OIT mediante diversas estadísticas que abarcan un sinnúmero de factores que influyen en el empleo, llega a la conclusión que en

²⁰ Tokman, Víctor y Martínez, Daniel, Editores, Flexibilización en el margen: la reforma del contrato de trabajo, publicado a través de la Oficina para las Américas de la OIT, 1999, Pág. 36.

los países latinoamericanos como Chile, Perú, Argentina y Colombia, que fueron objeto del estudio, se presentan las mismas condiciones y postura frente al tema, así es concluyente en afirmar que el costo laboral es decreciente según el trabajador sea contratado por tiempo indeterminado, por un período de tiempo determinado o bien no posea contrato alguno.

Lo señalado anteriormente se debe a la pérdida de protección al trabajador, lo que genera menores contribuciones del empleador y, principalmente, a la reducción en los niveles de salarios que perciben los trabajadores según el tipo de contrato que posean. Los mayores costos de los contratados permanentes responden también a las condiciones de las empresas, pues los contratos temporales y los sin contrato predominan en las microempresas que poseen menor capacidad de pago. Por último, los diferenciales de costo se asocian también a la mayor debilidad en la negociación colectiva resultado del mayor peso de las formas atípicas de trabajo asalariado.

El estudio da cuenta de que la precarización de la fuerza de trabajo asalariada se presenta en todas las ramas de actividad y en todos los países, pero ha sido relativamente más pronunciada en el comercio y en los servicios personales.

Una de las razones que explicaría el aumento de los trabajadores sin contrato se relaciona con la estrategia empresarial para hacer frente a los retos de competitividad derivados de la apertura comercial. Si bien en el largo plazo la estrategia a seguir pasa por un aumento de la productividad de los factores, en el corto plazo muchas empresas han debido recurrir a una estrategia de reducción drástica de los costos de producción y, en especial, de los costos laborales lo que implica la utilización de formas de contratar más flexibles y con menos derechos para el trabajador. Sin embargo, y dado el aumento de los salarios reales promedio en algunos países y del salario mínimo real en todos, es posible que la reducción del costo laboral haya operado a través de una sustitución de asalariados con contrato indefinido por asalariados sin contrato.

Por último, el aumento de los trabajadores sin contrato puede obedecer a la lectura que efectúan los empresarios de la reforma a la legislación laboral que introduce un mayor número de contratos atípicos, ya que se reconoce la necesidad de la empresa de recurrir a formas de contratación más flexibles y de menor costo. Esta señal, en un contexto de

escasa o débil fiscalización, puede inducir a la evasión parcial del cumplimiento de algunas de las obligaciones legales o a la evasión plena, recurriendo al trabajo no registrado. Más aún, ello puede también incidir en la eficacia de la fiscalización, dado que a la debilidad existente se agrega una devaluación de sus objetivos al cuestionarse la legitimidad de las obligaciones contractuales que establece la ley.

Si la conclusión es, como parece, que la reforma laboral en materia de contratación ha logrado algunos de los resultados que perseguía y, en particular; el aumento de trabajadores temporales y el abaratamiento de los costos laborales, entonces la interrogante que surge es qué más habría que hacer para lograr que los trabajadores temporales no estén sometidos a un mayor grado de precarización.

Podría existir una estrategia gradual que, asegurando el cumplimiento de un piso básico de derechos fundamentales del trabajo con independencia del tamaño de las empresas, se avanzara, en la medida de las posibilidades de las empresas, en el cumplimiento de las otras obligaciones. A ello podría contribuir también un cambio en la orientación de la Inspección del Trabajo, enfatizando su carácter pedagógico más que punitivo, pues serviría para aumentar el nivel de información y facilitar el cumplimiento de las obligaciones.

Tema diferente es el referido a evitar que la temporalidad de los contratos conlleve a una mayor precarización. Sin duda, la mayor difusión de estos contribuye a flexibilizar el mercado de trabajo y, como se señaló, no han estado necesariamente acompañados, al menos en la ley, por disminución de las obligaciones. Los problemas se relacionan con el uso demasiado amplio del contrato temporal, con la pérdida de capacidad de negociación de los trabajadores y con la mayor dificultad en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones legales. Se observan ya algunas tendencias de cambio, que debidamente incorporadas pueden contribuir a disminuir el efecto de la precarización de los contratos temporales estas tendencias se refiere a limitar el tipo de contratos temporales y su ámbito de aplicación, tanto por ley como, en algunos casos, por determinación en la negociación colectiva.

Por último, existe una discusión internacional tendiente a homogeneizar las obligaciones con independencia del tipo de contrato, así como de asegurar la responsabilidad

compartida por el cumplimiento de las obligaciones, sea mediante constitución de garantías o por medio de asumir responsabilidades solidarias. Ello ampliaría las posibilidades de fiscalización y evitaría desnaturalizar la intención del legislador; esto es, dotar de mayor flexibilidad pero no a costa de una mayor desprotección de los trabajadores y precarización de las relaciones laborales.

El estudio también concluye que en Chile no se han introducido reformas sobre las nuevas modalidades de contratación en la legislación laboral. La intervención legislativa para aumentar la flexibilización externa (ligada a la regulación de la contratación y de la extinción de la relación laboral) ha sido menos importante, porque los grados de flexibilidad de entrada han sido siempre bastante amplios permitiéndose, dentro de la regulación general, las normas de trabajo a plazo fijo, a corto plazo, de duración temporal, las jornadas parciales de trabajo y los contratos especiales como los de reemplazo, los de aprendizaje, los de jóvenes menores de 18 años y los de adultos mayores de 65 años.

Por otro lado, no se ha desarrollado una regulación especial de fomento y promoción de estas formas de contratación a través de exoneraciones en materia de contribuciones sociales, como si las hay en otros países; excepto en el caso de los dos últimos tipos de contratos mencionados, donde la legislación ha introducido incentivos a la contratación, reduciendo el ingreso mínimo necesario para la contratación de estos grupos etéreos. Por el contrario, la legislación chilena dificulta la contratación de duración determinada (específicamente la contratación a plazo fijo), estableciendo un plazo máximo para este tipo de contrataciones, el cual no puede exceder de un año y señalando que si el trabajador continúa prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, o si el trabajador y el empleador renuevan por segunda vez el contrato, éste se transforma en contrato de duración indefinida.

La creación y promoción de nuevas modalidades de contrataciones no permanentes y especiales se ha dado principalmente en países donde las tasas de desempleo son elevadas, ello con la finalidad de generar mayor empleo y de incentivar la contratación de ciertos grupos de trabajadores.

En un contexto de sostenido crecimiento, prácticamente de pleno empleo y de ausencia de promoción, el contrato no permanente no constituye una modalidad de contratación

frecuente. Aunque la contratación de trabajadores eventuales se da en un alto porcentaje de las empresas, la proporción de trabajadores que se contratan de esta forma es reducida, no superando el 10% de la nómina. Las empresas de mayor envergadura tienden a privilegiar la contratación de duración indefinida, sosteniendo que la no permanente posee una serie de desventajas.

Los contratos no permanentes generan un escaso compromiso del trabajador con la empresa. La inestabilidad propia de este tipo de contratos afecta su motivación, su rendimiento y su eficiencia en el trabajo, se origina una constante rotación de personal que genera un ambiente de inestabilidad y de falta de identidad con la empresa, lo que dificulta la comunicación y las relaciones interpersonales

Por último, la contratación no permanente conlleva altos costos referidos a la búsqueda, selección, capacitación del trabajador, etc., los cuales hacen de este tipo de contrataciones una modalidad menos atractiva. Dadas estas desventajas los contratos no permanentes son poco frecuentes dentro de las grandes empresas. Los contratos no permanentes son de mayor utilidad en empresas que están iniciando sus actividades y que no conocen bien el mercado, en términos de las fluctuaciones temporales de la demanda y la oferta, o bien en empresas pequeñas, permitiendo así adecuar el número de trabajadores a las cambiantes necesidades de producción y ventas, manteniendo un bajo costo laboral fijo, hasta que la empresa se adecue a las condiciones de mercado o pueda crecer absorbiendo un mayor número de trabajadores. Por el contrario, en las grandes empresas la estabilidad es un factor al cual se le otorga una alta ponderación en la medida que se le considera necesario para un funcionamiento rápido y eficiente de la empresa en condiciones de mercado generalmente conocidas. Esto, porque en una gran empresa, factores como el compromiso de los trabajadores con la empresa, altos niveles de motivación, buena comunicación y relaciones interpersonales, etc. -para los cuales es necesario que exista estabilidad y baja rotación de personal-, son considerados fundamentales para el desarrollo de un trabajo eficiente y competitivo.

La principal ventaja de los contratos no permanentes es que permiten contar con personal por un tiempo determinado, para satisfacer alguna de las situaciones recién mencionadas, sin necesidad de aumentar la planta de la empresa, sin la posibilidad de que formen sindicato y a un menor costo, ya que el costo de contratar personal a plazo fijo es menor

que el de contratar personal en forma indefinida. Dicho de otro modo, las personas contratadas a tiempo determinado ganan menos que las contratadas en forma indefinida.

Respecto a las modalidades de contrato no permanentes predominan los contratos de duración temporal sobre los contratos a plazo fijo. La explicación de esto podría encontrarse en que los contratos de plazo fijo son una modalidad de contratación menos flexible que la de duración temporal, la cual no exige renovación indefinida del contrato; pero bien puede deberse a que determinadas actividades, como la agricultura, utilizan preferentemente este tipo de contratos por la naturaleza del trabajo que desarrollan (trabajos de temporada en el agricultura, de obra o trato en la construcción, de faena transitoria, etc.).

Si bien la contratación de duración determinada no parece haber aumentado considerablemente, sí parece estar aumentando la subcontratación de trabajadores. El porcentaje de empresas que subcontratan a tercero es muy significativo. La subcontratación, generalmente, es utilizada con el mismo sentido que la contratación no permanente, es decir; para tareas específicas que escapan de las actividades propias de las empresas o para suplir necesidades de personal en ciertas épocas de mayor producción o ventas de las empresas. Por otro lado, le sirve también a las empresas para contratar asesorías externas en ciertas materias, al igual que los contratos a honorarios, pero con la diferencia que la relación laboral se establece con una persona jurídica en lugar de con una sola persona natural. La subcontratación ha aumentando en la mayoría de las empresas del país, ya que posee una serie de ventajas con respecto a la contratación de duración determinada. La empresa que presta el servicio se hace cargo de la búsqueda, de la selección, de la capacitación, del pago de cotizaciones previsionales y de salud, del pago de los sueldos, de las indemnizaciones, etc. Por lo tanto, a pesar de que la subcontratación a primera vista podría parecer más costosa que la contratación de trabajadores no permanentes, finalmente, a través de ella, se ahorra mucho tiempo y dinero y se hace el proceso más eficiente. La empresa que necesita personal adicional o específico para una tarea, puede disponer de él cuando lo desee y si no está conforme con la labor de algún trabajador puede prescindir de sus servicios, siendo la empresa subcontratista la que se encarga de resolver la situación y de pagar las indemnizaciones respectivas y de proporcionar un nuevo trabajador para la tarea. Además de estas ventajas, la subcontratación posee las propias de la contratación no permanente,

es decir; que la empresa no necesita aumentar su planta, que los trabajadores no pueden formar sindicato, etc.

Los resultados de este estudio evidencian que en Chile existiría una tendencia al aumento de la subcontratación en lugar de al aumento de los contratos a plazo, en la medida que cumple la misma función a un menor costo en tiempo y en recursos y con una mayor eficiencia.

Finalmente, se puede concluir que más que los cambios normativos, son las condiciones económicas imperantes las que van determinando la forma en que se establecen las relaciones de trabajo. En todo caso, los incentivos tendrían que ser muy importantes si se pretendiera o requiriera aumentar la contratación no permanente, cambiar la estructura del empleo o disminuir la tendencia a la subcontratación.

En otra publicación realizada por la OIT: *“La calidad del empleo: la experiencia de los países latinoamericanos y de Estados Unidos”*²¹, se señala que en virtud de la experiencia reciente en materia laboral los países de la región han realizado cambios que afectan la calidad del empleo antes que la cantidad del mismo. Esto significa que, además de disminuir el desempleo, los países deberían realizar esfuerzos para mejorar la productividad, y las condiciones laborales de los puestos de trabajo, en especial de los sectores más rezagados. Lo anterior implica que el concepto de calidad del empleo abarca dimensiones múltiples.

En este texto se examinan con atención los elementos determinantes de las condiciones laborales y cómo éstos afectaron la productividad de los ocupados. Entre otros cabe mencionar el tipo de relaciones de trabajo, las condiciones ambientales, de salud y seguridad en el trabajo, la protección social de los trabajadores y el ejercicio de los derechos laborales fundamentales, los que varían entre ocupaciones, y en los diferentes lugares de trabajo.

Aun cuando, según el enfoque tradicional del mercado de trabajo, las ocupaciones deben ser estables y contar con la debida protección social, en las economías latinoamericanas

²¹ Infante, Ricardo, editor, *La calidad en el empleo: La experiencia de los países latinoamericanos y de Estados Unidos*, OIT, 1999

una proporción significativa de los empleos son precarios o pertenecen a actividades informales con reducida productividad y bajo nivel de ingresos.

Para abordar los temas de trabajo y empleo comienza recordando qué es el trabajo humano, en tanto necesidad personal de ejercerlo y en tanto necesidad social de utilizarlo. En este sentido, estar empleado implica: participar en la producción y desempeñar tareas que resultan en una mayor y mejor oferta de bienes y servicios. Estar empleado implica también obtener un ingreso, cuyo nivel y continuidad permite la subsistencia y, deseablemente, la superación de quien lo percibe, por último, debería implicar reconocimiento social y satisfacción personal, en la medida que se está ocupado en algo útil o valorado por la sociedad.

En definitiva, el concepto de empleo no se reduce a la existencia y a la ocupación de un puesto de trabajo; éstas son sólo la condición necesaria, sino también debe existir preocupación por el tipo de relación laboral que se establece; las modalidades y niveles de remuneración real; y las posibilidades de permanencia y desarrollo personal en una estructura productiva en evolución.

Todo esto lleva a una evaluación del empleo, que va más allá de la consideración exclusiva de los aspectos cuantitativos o directamente cuantificables de éste (número de puestos de trabajo, nivel de salarios). Es decir; hace necesario abordar el tema de la calidad del empleo y de su evolución en un mundo en que los cambios técnicos se aceleran, las relaciones económicas se amplían e intensifican y en el que, paralelamente, las aspiraciones sociales y personales se elevan y se refinan, dadas la evolución cultural y las referencias exteriores cada vez más cercanas.

Por lo tanto, el tema de fondo, también en el ámbito internacional, radica en mejorar la calidad del empleo, en el más amplio sentido, se trata de crear políticas de protección a los trabajadores que actualmente carecen de ella, de canalizar la actividad económica del país y la mejora en la productividad paralelamente con el fortalecimiento de las condiciones de trabajo de las personas, teniendo presente el concepto de empleo y todo lo que éste trae aparejado.

2. El contrato a honorarios en los servicios públicos

El Estado es quien debe promover y asegurar el respeto a los derechos laborales y como empleador también debe respetar tales derechos, dando así el ejemplo a los privados acerca de cual es la forma correcta de contratar. Pero como analizaremos en esta parte esto no es tan así.

La Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo reconoce tres formas de contratar trabajadores en la administración pública: de planta, contrata y a honorarios.

1. Los funcionarios de planta son aquellos que conforman la planta de personal que según el artículo 3 de la ley 18.834 “es el conjunto de cargos permanentes asignados por ley a cada institución, que se conformaran de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º”, por lo tanto, son aquellos que constituyen la dotación de personal estable del respectivo servicio público.

2. Los funcionarios a contrata: el artículo 3 de la ley 18.834 señala en su letra c que el empleo a contrata “es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”. Agregando en al artículo 10 “Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos (...)”.

3. Los funcionarios a honorarios: a estos se refiere el artículo 11 de la referida ley que señala “Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse **labores accidentales** y que **no sean las habituales de la institución**, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios **para cometidos específicos**, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios **se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”**.

Al analizar el Estatuto Administrativo nos damos cuenta que las condiciones de trabajo de un funcionario de planta y de uno a contrata son las mismas y la única diferencia sustancial es la estabilidad en el empleo con la que cuentan los primeros ya que los contratos de estos tienen el carácter de indefinidos y solo terminará por las causales y a través de los procedimientos establecidos en la ley, en cambio los segundos con la llegada de cada fin de año comienza la incertidumbre con respecto a la renovación de su contrato.

En el caso de los contratados a honorarios, su situación es aun más precaria ya que no están en las mismas condiciones que un funcionario de planta ni a contrata y la ley 18.834 señala expresamente que su relación laboral se regirá por el propio contrato y que no le es aplicable el Estatuto Administrativo. Esto al igual que en el sector privado trae aparejado que los empleados contratados bajo esta modalidad no cotizan para salud ni para su futura jubilación, más bien, el empleador no hace tales deducciones y es el trabajador el encargado de hacerlas, cosa que generalmente no ocurre, lo que se traduce en que si el empleado trabaja regularmente con contrato de honorarios resultará, a la larga, una carga para el propio Estado.

Tanto los trabajadores a contrata como los trabajadores a honorarios se encuentran cada cierto tiempo en una total incertidumbre con respecto a la renovación de su contrato, lo que obviamente tiene una alta incidencia en la salud mental del empleado, ya que no sabe si seguirá trabajando.

Si relacionamos los tipos de empleados en la Administración Pública con la estabilidad en el empleo definida en la Recomendación 119 de la OIT, podemos señalar que en el caso de los funcionarios de planta existe una especie de estabilidad absoluta ya que no se puede poner fin a la relación existente sino como consecuencia de la invocación y acreditación de una causal legal, que en nuestro país se hace a través de un sumario administrativo, y si tal causal no se logra probar entonces el trabajador continuará en sus funciones y no existe la posibilidad de liberarse del vínculo pagando una indemnización, por lo que la estabilidad absoluta está estrechamente vinculada a la idea de inamovilidad en el empleo, lo que en el funcionario produce una sensación de que tiene la propiedad sobre el puesto de trabajo.

En el caso del funcionario a contrata, se trataría de una estabilidad relativa en su empleo ya que para poner fin a la relación existente se debe invocar y probar la causal invocada, la que en este caso sería el vencimiento del plazo ya que como se señaló anteriormente la duración de estos contratos no puede exceder del 31 de diciembre de cada año.

Y, en el caso de los empleadores vinculados a través de un contrato a honorarios podríamos decir que la estabilidad en el empleo es nula ya que existe una especie de desahucio libre en la cual el empleador, en este caso el Estado, puede poner fin al contrato libremente, sin expresión de causa. Según el Estatuto Administrativo sólo procede contratar a este tipo de trabajadores para labores accidentales, que no sean habituales en la Institución, por lo tanto según esta lógica, el contrato llegaría a su fin con la conclusión de la labor, pero como sabemos es más común que lo que quisiéramos que la persona contratada a honorarios realice la misma función que un funcionario de planta o a contrata, es decir, una labor habitual, para la cual se va renovando cada cierto tiempo su contrato, al cual se le puede poner fin en cualquier momento ya que supuestamente se trataría de una labor accidental.

Lo preocupante de esta situación es que el Estado hace décadas viene contratando gente a contrata o con boleta de prestación de servicios a honorarios, así lo indica un estudio realizado por la Fundación Chile Transparente en el cual se detectó que en la Administración Pública chilena un 42% de los funcionarios se encuentran contratados bajo la modalidad contrata y un 12% a honorarios, lo que refleja que este tipo de prácticas se han hecho habituales en los servicios públicos.

Parece increíble que sea el propio Estado quien tenga a sus funcionarios en una situación laboralmente discriminatoria, ya que tanto los contratados como planta, contrata u honorarios cumplen las mismas funciones, están igualmente comprometidos con la función pública y tener uno u otro tipo de contrato no implica diferencias en el rendimiento ya que las exigencias son las mismas. Incluso podríamos decir que el funcionario a honorarios muchas veces tiene un mejor rendimiento que uno de planta, ya que este último se siente seguro e inamovible en su puesto de trabajo, lo que muchas veces provoca la prestación de un servicio lento y deficiente.

La vulnerabilidad en el empleo de los trabajadores a honorarios y a contrata, se va a traducir en que su continuidad en el cargo dependerá de la jefatura de turno y es por esta razón que debería existir una administración pública profesionalizada, distintas del poder político lo que se logra a través de políticas que aseguren a los funcionarios su continuidad mientras ejerzan sus funciones de manera correcta y eficiente y así permitir que cumpla su función independiente de la jefatura de turno, ya que estos funcionarios terminan siendo trabajadores de temporada ya que cada fin de año se le vence el contrato y comienza la incertidumbre con respecto a la renovación.

Los contratos a honorarios son lícitos tanto en el sector público como privado, por lo tanto si se dan los presupuestos de existencia de una verdadera prestación de servicios accidental o específica no hay problema, el problema es que muchos funcionarios indispensables siguen teniendo contrato a honorarios a pesar de que llevan años prestando servicios en las mismas condiciones que los demás empleados.

Por otro lado, consideramos que existe una situación que hace aún más grave y discriminatoria la situación de este tipo de empleados ya que según lo ya señalado, a éstos no se les aplica el Estatuto Administrativo, sin embargo, ciertas cargas se les han hecho extensivas como la inhabilidad de ingreso por parentesco del contratado a honorarios, es decir, que “la limitación que señala que no podrán ingresar en la Administración del Estado las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijo, adoptado o pariente hasta tercer grado de consanguinidad y segunda en afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente inclusive” (Dictamen n°39.479 de la Contraloría General de la República), esta prohibición se consideró aplicable ya que las personas contratadas a honorarios son servidores estatales porque prestan servicios al Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público, por lo tanto, el contratado a honorarios no tiene ningún derecho como servidor público pero sí cargas como tal.

La Dirección del Trabajo

La fiscalización de la contratación a honorario en el sector público se debe realizar de igual forma que en el sector privado, velando por el respeto de los derechos de los

trabajadores. En este tema la Dirección del Trabajo tiene iguales atribuciones que las ya vistas en el Capítulo III, por lo que nos remitimos a lo ya señalado.

Tribunales de Justicia

Como vimos anteriormente cuando se trata del sector privado, el criterio casi unánime para dilucidar la existencia de un contrato de trabajo encubierto tras la celebración de uno a honorarios es la subordinación y dependencia. En el sector público la situación es distinta ya que la discusión ha transitado sobre dos puntos principalmente, el primero es establecer si en caso de conflicto con respecto a si un determinado contrato es a honorarios o de trabajo se debe aplicar el criterio de la subordinación y dependencia, aplicando las reglas generales a la contratación de personal en la Administración Pública o si ,y aquí está el segundo punto, aún existiendo subordinación y dependencia y aparentemente un contrato de trabajo, no procede considerar que lo hay, toda vez que la vinculación con la Administración Pública se hace a través de diversos trámites, que para la contratación a honorarios no proceden y, por lo tanto, no queda más que considerar que se trata de un contrato a honorarios aún concurriendo ciertos elementos que nos harían pensar lo contrario, ya que el propio Estatuto Administrativo le reconoce al Estado la facultad de contratar personal a honorarios y señala que la regulación aplicable es el propio contrato, afirmación que se ve confirmada con lo establecido en el artículo 1° del Código del Trabajo que señala “ Las relaciones laborales entre empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias.

Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos (...).”

Si hacemos un ejercicio de lógica debemos concluir que el trabajador a honorarios contratado por el Estado es un funcionario de la Administración y que su estatuto especial

es el propio contrato, por lo tanto, no le es aplicable ni el Estatuto Administrativo ni el Código del Trabajo.

Para clarificar este punto, vamos a citar dos fallos. Queremos hacer presente que el primero de ellos es de 1998 y el segundo del año 2001, y que la decisión de uno y otro reflejan la evolución que ha tenido la jurisprudencia con respecto a este problema a lo largo de los años.

1. En fallo de la Corte Suprema, de fecha 15/06/98, rol 647-08, entre Álvaro Castillo Morales con Dirección del Trabajo, se revocó la sentencia apelada que consideraba que entre las partes no existió relación laboral, estableciendo que para la acertada resolución del caso se debía precisar si en la especie concurrían los elementos inherentes a un contrato individual de trabajo.

Considerando que según los testimonios de dos testigos queda en evidencia que el actor estaba sujeto a una jornada de trabajo que debía cumplir bajo la supervigilancia de un jefe superior, que se le controlaba la calidad y entidad de los servicios, la asistencia, puntualidad y extensión horaria de sus labores, elementos que se tenían en cuenta para su calificación funcionaria. Además de estar afecto al mismo régimen que sus similares contratados como plantas: calificación periódica, feriados y licencias médicas. De lo que el Tribunal concluye ***“que la relación laboral que ha vinculado al actor con la Dirección del Trabajo durante el lapso en que se ha desempeñado como abogado a honorarios reúne todos los elementos que son propios de un contrato individual de trabajo, toda vez que aparece como una prestación de servicios personales, remunerados y realizados en condiciones de subordinación y dependencia, esto es, en los términos como se describe en el artículo 7 del Código del ramo”***.

En el presente caso la Corte Suprema estimó que en virtud de la concurrencia de los elementos de una relación de trabajo, el actor se encontraba vinculado por medio de ella a la Dirección del Trabajo y no por un contrato a honorarios, como lo habían establecido las partes.

2. En fallo de casación en el fondo dictado por la Corte Suprema, con fecha 05/04/01, rol 220-01, entre Patricia Alanis Claviere con Ministerio del Interior, se anula la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 2253-00, que confirmaba la sentencia de primera instancia que establecía que entre las partes existió relación laboral y condenó al

demandado a pagar las indemnizaciones que corresponden por tratarse de un despido injustificado.

En primer lugar, estableció que para resolver el recurso debía dilucidar si la vinculación de la demandante con el Ministerio del Interior nacida de la contratación a honorarios, puede asimilarse a las relaciones que regula el Código del Trabajo, o, si por el contrario esta conclusión carece de asidero en las disposiciones que gobiernan la materia. Se establece que la contratación de servicios en este Ministerio se rigen por el Estatuto Administrativo, que en tal virtud no es dable admitir que quienes prestaron servicios en esa institución, para un cometido específico, puedan regirse por el Código del Trabajo, en razón de lo establecido en el inciso 3° del artículo 1° de este cuerpo legal, que se refiere a su aplicación supletoria en materias no reguladas en los respectivos estatutos. Agregando:

Noveno: “Que en la especie no se trata de hacer efectivas de modo subsidiario ciertas reglas del Código Laboral a los funcionarios de un servicio público, en defecto de las disposiciones estatutarias a que ellos estén sometidos, sino de encuadrar la situación de la actora a toda la normativa que contiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced a una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo”.

Décimo: “Que, en efecto, la prestación de servicios cumplida por la demandante pudo convenirse y llevarse a cabo en los términos del citado artículo 10 de la Ley N° 18.834, que ha previsto específicamente la posibilidad de contratar profesionales, técnicos o expertos en determinadas materias sobre la base de honorarios, en las condiciones que señala el mismo precepto, declarando en su inciso final que las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establece el respectivo contrato y no le serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

Undécimo: “**Que aun cuando los servicios prestados por la demandante se hayan desarrollado con las obligaciones de asistencia, de cumplir un horario y de sujetarse a instrucciones y se hayan retribuido con un honorario distribuido en cuotas mensuales, según los hechos establecidos por los jueces de fondo, ninguna de estas circunstancias hacía aplicable a su situación el artículo 7 del Código del Trabajo ni otras normas de este texto legal**, por cuanto esas condiciones puede pactarse en un contrato remunerado con honorarios, a cuyas reglas se remite explícitamente el referido inciso final del artículo 10 de la ley 18.834, al definir el sistema jurídico propio de las personas contratadas a honorarios y que es asimilable más al

arrendamiento de servicios profesionales regido por el derecho común, antes que al contrato de trabajo propio del código laboral”.

En el primer caso, la Corte Suprema estableció que un funcionario contratado bajo la modalidad honorarios cuyas condiciones de trabajo configuraban el vínculo de subordinación y dependencia debía regirse por el Código del Trabajo y al ser despedido injustificadamente procede el pago de las indemnizaciones que este lleva consigo, pero la jurisprudencia ha evolucionado en otro sentido, ya que es el segundo fallo el que refleja el criterio que actualmente se utiliza, es decir, que en virtud de la norma consignada en el artículo 11 del Estatuto Administrativo los decretos que sucesivamente autorizan la contratación a honorarios a un trabajador no le confiere la calidad de funcionario público ya que no le son aplicables sus disposiciones y tampoco tal contratación se encuadra en la relación laboral definida en el artículo 7 del Código del Trabajo, toda vez que las normas de este Código no rigen en los organismos de la Administración del Estado, sino sólo en lo no previsto en los respectivos estatutos y en el caso de contratado a honorarios se rige por el respectivo contrato. Aun cuando los servicios prestados se lleven a cabo con obligación de asistencia, cumplimiento de horario y sujeto a instrucciones de la jefatura, estas situaciones no hacen aplicable las normas del Código del Trabajo.

Como hemos señalado son numerosos los contratos a honorarios en la Administración Pública y se debe buscar una forma de regularizar esta situación, creemos podría consistir en que las personas que desempeñen funciones regulares de 12 meses o más pasen a contrata, ya que tampoco creemos que sería una buena solución que todos los funcionarios del Estado deban estar contratados como planta, ya que también dicha contratación trae los vicios típicos de quien cree tener la propiedad sobre su puesto de trabajo. Además a quien realice una función temporal se le deberían pagar cotizaciones previsionales y de salud, proporcionalmente al tiempo trabajado.

El ministro del trabajo, Osvaldo Andrade Lara en una entrevista a la Radio Cooperativa el 19 de mayo de 2006 cuando se le preguntó acerca de la gran cantidad de gente que trabaja a honorarios por años en el servicio público, contestó que “efectivamente hay muchos trabajadores contratados a honorarios en el que su vínculo es laboral y es razonable ir regularizando aquello lo que implica hacer un esfuerzo general para regularizar la situación de las plantas en cada uno de los servicios públicos. También

hay que reconocer que hay algún tipo de relación que justifica la relación a honorarios: contrataciones de más corto tiempo, labores que no son habituales. Del mismo modo que hay honorarios que se extienden en el tiempo y que claramente son relaciones vinculadas a lo laboral, también hay honorarios virtuosos en los que se busca una contratación para un servicio específico, que no es habitual y eso también hay que cautelarlo. Es fácil hacer una impresión general y no se consideran situaciones en que efectivamente se justifican ciertas instituciones. El contrato a honorarios también es válido, lo que no debe ser- y esa es la idea del gobierno- es que por la vía de contrato a honorarios se encubran contratos de trabajo”. Y cuando se le pregunta acerca del plazo para regularizar esta situación, agrega “hace tiempo estamos trabajando esto con la ANEF y estamos encontrándonos con una precisión de cuantías involucradas, porque no estamos hablando de poca gente. Esto no sólo sucede en el aparato central, también en muchas municipalidades y servicios, existen contratos a honorarios. En consecuencia, la cuantificación de aquello es un dato muy importante para poder establecer la envergadura de la reforma que hay que hacer. Nuestro compromiso es hacerlo, usted sabe que este Gobierno ha tenido la virtud de cumplir lo que ha dicho”.

La declaración de buenas intenciones está, ahora sólo falta que esta regularización se lleve a cabo en el menor tiempo posible.

3. Reforma previsional

El 17 de marzo de 2008 fue publicada la ley N° 20.255 que establece la “Reforma Previsional” que viene a modificar el Decreto Ley 3500 de 1980 que establecía el Sistema de Pensiones. Dentro de sus innovaciones contempla la Pensión Básica de Vejez e Invalidez, el Aporte Previsional Solidario de Vejez e Invalidez, Bono por hijo nacido vivo, Subsidios previsionales para trabajadores jóvenes, fomenta el ahorro previsional voluntario, flexibiliza las alternativas de inversión lo que permitirá a las AFP obtener mayores rentabilidades incrementando las pensiones de los afiliados a ellas, regula la situación previsional de los trabajadores independientes, entre otras.

En lo que atañe a esta memoria vamos a tratar la reforma con respecto a los trabajadores independientes ya que como hemos señalado los contratados a honorarios son para todos los efectos legales trabajadores independientes y sólo se modificará esta situación

si un tribunal establece que no se trata de un trabajador independiente sino de uno dependiente y en este caso, estará regulado en materia previsional por las normas de estos últimos.

La gran reforma en lo que respecta a los trabajadores independientes que emiten boletas de honorarios es que tendrían desde el 1 de enero de 2012 la obligación de afiliarse al sistema de pensiones y desde el 1 de enero del año 2018 al sistema de salud.

Con respecto a la afiliación al sistema de pensiones ésta será gradual ya que durante el 2012 la obligación de cotizar será respecto al 40% de su renta imponible, durante el 2013 de un 70% y desde el 2014 respecto del 100%, con algunas excepciones las cuales no regirán desde el 2015. La renta imponible será el 80% de las rentas brutas gravadas por el artículo 42 N 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta que señala “Ingresos provenientes del ejercicio de las profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la Primera Categoría ni en el número anterior (...) Para los efectos del inciso anterior se entenderá por “ocupación lucrativa” la actividad ejercida en forma independiente por personas naturales y en la cual predomine el trabajo personal basado en el conocimiento de una ciencia, arte, oficio o técnica por sobre el empleo de maquinarias, herramientas, equipos u otros bienes de capital (...)”, obtenidas en el año calendario anterior. Se entenderá por “año calendario anterior” el período de doce meses que termina el 31 de diciembre.

Si el trabajador recibe rentas y además remuneraciones, lo que no será extraño toda vez que el trabajador independiente puede prestar servicios a diferentes empleadores o al mismo en virtud de un contrato de trabajo y uno a honorarios, esta situación está regulada en el artículo 90 inciso 2 que señala que las rentas y remuneraciones se sumarán para efecto de aplicar el máximo establecido que actualmente se obtiene multiplicando 12 por 60 UF.

El artículo 92 de la ley 20.255 regula la cotización para salud señalando que ésta será del 7% de la renta imponible, la que se enterará en el Fondo Nacional de Salud, cuando corresponda. La renta imponible mensual será la que el trabajador declare a FONASA o a la Administradora, cuando corresponda. Para utilizar el sistema de prestaciones médicas deberá haber cotizado el mes anterior a la fecha en que se haga uso del beneficio o haber

pagado a lo menos seis cotizaciones continuas o discontinuas en los últimos 12 meses anteriores a la fecha en que se utilice el Sistema (artículo 92 inciso final).

Los pagos de cotizaciones previsionales será anual pero podrán hacerse pagos mensuales, en este caso se imputará la cotización a la que debería pagar anualmente (artículo 90 y 92 letra d). El pago de la cotización de salud será mensual.

Las AFP y FONASA comunicarán anualmente al Servicio de Impuestos Internos el estado de pago de las cotizaciones previsionales y de salud respectivamente (además las AFP deberán informar al afiliado), en el período calendario anterior. La Superintendencia de Salud será la encargada de informar al Servicio de Impuestos Internos la Institución a la que se encuentren afiliados los trabajadores independientes. Posteriormente el SII verificará el monto efectivo que debió pagar el afiliado e informará a la Tesorería General de la República y a las AFP el monto que corresponda pagar a cada trabajador. La Tesorería General de la República deberá enterar el pago de las cotizaciones previsionales a la AFP en que se encuentre afiliado el trabajador y de salud a FONASA, con cargo a las cantidades pagadas o retenidas en conformidad al artículo 84, 88 y 89 de la Ley de Impuesto a la Renta hasta el monto que alcancen. Se pagarán en primer lugar las de las pensiones y en segundo las de salud, si queda un saldo sin pagar se considerarán adeudadas para todos los efectos legales (artículo 92 letra g).

Esta reforma busca que los trabajadores independientes cuenten con un sistema de pensiones y de salud, además de obtener otros beneficios como ser beneficiario del Sistema Único de Prestaciones Familiares, ser incorporados como beneficiarios del Seguro de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, poder afiliarse a una Caja de Compensación de Asignación Familiar, ser beneficiarios del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, todo lo cual procede cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley.

Los trabajadores que no perciban rentas gravadas por el artículo 42 N 2 de la Ley de Impuesto a la Renta podrán cotizar de la forma establecida para los afiliados voluntarios, también podrán acogerse al Seguro de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales y ser beneficiarios del Sistema Único de Prestaciones Familiares, cumpliendo con los requisitos legales.

Estarán excluidos de la obligación de cotizar los hombres mayores de 50 años y las mujeres mayores de 50 al 1 de enero de 2012, además los afiliados a alguna institución de previsión del régimen antiguo administrado por el INP o de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile o en la Caja de Previsión de la Defensa Nacional seguirá rigiéndose por las normas de sus respectivos regimenes previsionales.

Lo que busca esta reforma es igualar tanto los derechos como las obligaciones de los trabajadores independientes con los de los trabajadores típicos, creemos que será beneficioso para el trabajador y para el país, ya que, por una parte, el independiente podrá contar con un sistema de salud y una vejez digna y, por otro lado, el Estado no deberá hacerse cargo de la irresponsabilidad en la que muchas veces incurren los trabajadores al no cotizar, ya que si bien la contratación a honorarios beneficia al empleador, es muchas veces el trabajador quien requiere ser contratado de esta forma para no incurrir en los gastos que significa estar afiliado a un sistema de pensiones y de salud.

4. Visión de las memoristas

En la actualidad el concepto de trabajo entendido como una prestación realizada a tiempo completo, para un solo empleador, por un tiempo indefinido, realizado en las dependencias del establecimiento del empleador y protegido por la legislación laboral y de seguridad social se encuentra en una crisis sin retorno.

Con la modernización de los sistemas productivos, por parte de las empresas han surgido nuevas relaciones laborales con las consiguientes modificaciones en el derecho laboral, ya que esta modernización implica una mayor flexibilidad en el empleo, que está constituida por una serie de medidas adoptadas por las empresas para poder responder a los cambios, dando así una respuesta en forma oportuna y eficiente.

Existen dos tipos de flexibilidad una interna y otra externa, nos referiremos a la segunda por ser la que nos interesa porque opera sobre la base de contrataciones atípicas como los contratos a plazo fijo, la subcontratación, el suministro de trabajadores, o la utilización masiva del contrato a honorarios, a través de este último la empresa decide no realizar una actividad directamente con sus medios materiales y personales y la desplaza a una persona externa a la empresa.

La empresa busca a través de estos mecanismos aumentar su competitividad y mantenerse en el mercado por sus bajos precios, los que consigue rebajando los costos laborales a través de la contratación precaria de trabajadores.

El gran problema de estas nuevas formas de organizar la producción es que se ha resentido la legislación laboral tradicional, ya que al surgir nuevas formas de empleo, surgen también nuevas formas de relaciones laborales que no se encuentran contempladas en el sistema tradicional, lo que lleva a que queden sin regulación y los trabajadores sujetos a ellas, se transforman en una presa fácil de abusos por parte de los empleadores. Todas circunstancias que nos llevan finalmente a la precarización del empleo y cuya superación constituye un nuevo desafío para el derecho del trabajo.

La flexibilidad es una construcción social nueva por lo que su aplicación, contenido y futuro aun es incierto, pero creemos que si ésta busca ampliar los derechos de los empleadores para disponer de la mano de obra, esto no puede implicar la pérdida de derechos para los trabajadores que prestan servicios de forma “flexible”, ya que tal hecho constituiría una amenaza a los logros que se han obtenido en la lucha histórica por mejores condiciones de trabajo.

Como hemos señalado el contrato a honorarios se encuentra dentro de estas formas de flexibilización laboral, produciéndose lo que ha sido denominado como “el discreto retorno del arrendamiento de servicios”²² ya que muchas veces se prefiere este tipo de relación por sobre el trabajo subordinado. Esta situación ha generado un nuevo grupo de trabajadores que necesitan protección que son aquellos que jurídicamente son independientes pero económicamente dependen casi exclusivamente de un empleador, y si bien jurídicamente son independientes en la práctica muchas veces no lo son, ya que se encuentran permanentemente vinculados con el empleador y este último controla el trabajo y los resultados.

Se puede decir que estos trabajadores se encuentran a mitad de camino, entre la subordinación y la autonomía y muchas veces ni siquiera eso, sino lisa y llanamente son

²² Valverde, Martín, “Cuestiones Actuales del Derecho del Trabajo”, Madrid,1995 (Boletín Oficial, Dirección del Trabajo, Diciembre 2003 n° 179, Lexis Nexis, Gobierno de Chile), pag.225.

trabajadores subordinados. Se trata aquí de relaciones totalmente encubiertas, porque en realidad existe un vínculo laboral, muchas veces a tiempo parcial pero finalmente laboral, por lo que se deberían celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial. Tal vínculo conlleva inestabilidad ya que el empleador puede poner término a la relación en cualquier momento, sin derecho a indemnización.

Estas nuevas relaciones laborales no debieran producir la progresiva extinción del derecho del trabajo sino su expansión, en el sentido de regular estas prestaciones de servicios aparentemente independientes y establecer normas claras acerca de cuando una relación a honorarios pasa a ser de trabajo, imponiendo al empleador la suscripción del contrato que corresponda y obligarlo a extender los derechos de los trabajadores típicos a las nuevas formas de contratación con las limitaciones que puedan existir en cuanto al tiempo que preste el servicio u otras condiciones especiales. Porque no debemos olvidarnos del principio que rige en materia laboral el de la primacía de la realidad, otorgándole así la importancia que debería tener para solucionar los conflictos que se susciten es esta materia.

Frente a este escenario y el posible aumento y proliferación de nuevas formas de contratar, debemos buscar una solución. Nosotros examinaremos posibles soluciones al problema de la contratación a honorarios.

Creemos que la solución al problema planteado con respecto al contrato de honorarios se encuentra en la posibilidad de que el propio Código del Trabajo reconozca y regule el vínculo laboral de los trabajadores independientes, ello porque no tiene ninguna justificación proteger a la parte más débil de la relación laboral solamente cuando ella se encuentra supeditada al contrato de trabajo típico y dejar desamparados a los trabajadores que se vinculan a través de otras formas, como en el caso del contrato a honorarios. Creemos que no por el hecho de que el trabajador independiente se encuentre vinculado por un contrato a honorarios va a perder la condición de trabajador reconocida por nuestra ley laboral.

Si analizamos lo que sucede en la legislación comparada específicamente de España (donde se ha reconocido a los trabajadores autónomos el derecho a sindicalizarse y negociar colectivamente), donde se entiende que el Derecho del Trabajo es un derecho

vivo y no estático, que debe ir evolucionando a medida que se van constatando situaciones permanentes en el tiempo y que a la vez éstas se han ido acrecentando, por lo que el derecho laboral debe también ir en ese sentido, debido a que cada vez son más los trabajadores que se vinculan bajo esta modalidad, ya sea con las empresas o con el empleador. En este caso, podemos apreciar que en vista de lo que acontece en la realidad es el derecho el que se debe ir ajustando a ella y no los hechos al derecho.

Pensamos que esta regulación que debe adoptar nuestro Código no debe dejar de lado la diferenciación entre ambos tipos de contratos sino que ella debe seguir existiendo, nuestro Código debiera regular la situación de aquellos trabajadores independientes que se vinculen con una o más empresas o empleadores en forma permanente en el tiempo, para ello también sería del todo necesario dejar de insistir en forma absoluta en el vínculo de subordinación y dependencia como elemento central del contrato de trabajo, sino que hay que comenzar a evaluar las situaciones de hecho que existen en la realidad, ello con la finalidad de la adaptación a los cambios que se susciten en materia laboral. Si no fuese así, se estarían dando todas las herramientas a los empleadores para estimular este tipo de contratación y de ese modo, abstraerse de toda la normativa existente en materia de seguridad social, estabilidad en el empleo y sobretodo de la protección a los trabajadores. Por otro lado, podemos decir que existe un primer impulso para dar este paso y éste se encuentra en el propio Código del Trabajo en su artículo 2 el que señala:

"Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Son contrarias a los principios de la leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios."

Del análisis del inciso final podemos inferir que el Estado tiene el deber de proteger al trabajador, en el sentido amplio de la acepción, sin distinguir el vínculo laboral que lo une con el empleador, velando por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios. Dichas normas son las que debe establecer nuestro Código con el objeto de

amparar al trabajador con contrato a honorarios, ya que tanto éste como el que se encuentra vinculado con contrato de trabajo efectúan prestaciones de servicios y necesitan protección de parte del legislador laboral.

Por otra parte, en nuestro país actualmente existe un proyecto de ley en el parlamento que busca ampliar las facultades de la Dirección del Trabajo la que le permitiría ejercer acciones legales en el ámbito de su competencia con el fin de hacer prevalecer en el ordenamiento los preceptos laborales. El fundamento de esta reforma se basa en el fortalecimiento de la Dirección del Trabajo "porque es uno de los pocos instrumentos del Estado que están ahí para garantizar derechos sociales y laborales de todos los trabajadores y trabajadoras del país". La propuesta es entregarle mayores facultades a la Dirección del Trabajo, para que constate y ordene cuando proceda la internalización de los trabajadores, es decir, que cuando un inspector del trabajo concluya que el empleador ha contratado trabajadores bajo la modalidad honorarios cuando en realidad lo que existe es un contrato de trabajo podría llegar a obligar al empleador a celebrar dicho contrato.

Creemos que esta reforma no tiene conexión con la realidad, puesto que implicaría realizar dos reformas a la vez: una constitucional y la otra a la Dirección del Trabajo. Si la mencionada reforma llegara a puerto creemos que se utilizarían una serie de maniobras legales para evadir los resultados a que arribara la Dirección del Trabajo, por ejemplo, utilizar dolosamente la litispendencia si un mismo caso, entre las mismas partes y con idéntico motivo fuese conocido por los Tribunales Laborales y la Dirección del Trabajo. Las funciones de este organismo están dadas por su propia ley orgánica y reforzar su poder, no pasa por modificar o ampliar sus atribuciones, sino por adoptar criterios uniformes por los inspectores del trabajo. Por otro lado, esta idea se ve reforzada con los criterios que ha establecido en numerosos fallos la Corte Suprema rechazando la facultad de la Dirección del Trabajo para "fallar directamente" asuntos controversiales, por impedirlo la Constitución. En cambio, no hay una sola sentencia que niegue o discuta el derecho y deber del fiscalizador para denunciar la infracción. Otra cosa es que la denuncia sea acogida o rechazada por el tribunal. Lo que debe hacer la Inspección es fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral y si detecta irregularidades ponerlas en conocimiento del tribunal competente para que este resuelva, porque fiscalizar no es "fallar", esta es una función que corresponde a los tribunales de justicia.

Desgraciadamente, en muchos casos recientes se ha discutido sobre el derecho del fiscalizador para fallar, y no sobre el deber de denunciar para que el juez competente falle.

Si no llega a concretarse la reforma a las facultades de la Dirección del Trabajo y si tampoco es reconocida y regulada la contratación de trabajadores autónomos en el Código del Trabajo, seguirán siendo los tribunales quienes finalmente decidan si existe una relación laboral o civil a honorarios, aplicando el criterio de la subordinación y dependencia, la doctrina de “los actos propios” o nuevos parámetros que nos sirvan para identificar un tipo de contratación de otro.

Creemos importante mencionar la importancia que tienen los principios en materia laboral ya que esta disciplina jurídica se sustenta en ciertas bases fundamentales sobre las cuales erige su sistema normativo, además que ellos cumplen una triple función : informadora, en cuanto inspiran al legislador y sirven de fundamento del ordenamiento jurídico ; normativa o integrativa, al actuar como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal; e interpretativa, al operar como criterio orientador del juez o del intérprete. En virtud de esta última función es que el juez laboral los debe utilizar como una herramienta válida para la solución del conflicto en comento, nos remitiremos específicamente al principio de la primacía de la realidad o de veracidad, que se define como aquel en virtud del cual frente a un caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos se prefiere a lo que sucede en el terreno de los hechos, a través de este principio el juez podría determinar el tipo de contrato que efectivamente se ha celebrado, tomando como antecedente para resolver los hechos que se den por probados y configuren un contrato a honorarios o uno de trabajo.

Señalamos además que los principios del derecho del trabajo asumen un rol de vital importancia al momento de resolver los conflictos laborales. Sin perjuicio del derecho positivo protector, la aplicación práctica de los principios del derecho del trabajo, por parte de los tribunales, permite una eficaz tutela de los trabajadores por medio de una interpretación que vaya más allá de los formalismos o acuerdos aparentes, por lo tanto, creemos que esta función que se supone cumplen los principios en materia laboral debiera ser otro camino viable para la solución del problema que hemos venido analizando, y ello se daría en la práctica a través de los tribunales que ante la controversia de la naturaleza jurídica de la relación laboral, en la actualidad analiza

primeramente el vínculo de subordinación y dependencia, debiendo en los hechos conjugar los principios que confluyen en materia laboral y optar por la solución, ante un conflicto de esa especie, por la aplicación de este principio de la realidad, aún cuando nuestra normativa laboral no regule el contrato a honorarios.

Se hace necesario encontrar una solución a esta problemática regulando estas nuevas modalidades que promueven el empleo pero no siempre promueven un empleo digno para los trabajadores, ya que se han hecho esfuerzos legislativos para normalizar el uso de estas nuevas figuras que generalmente tienen una duración determinada reduciendo las condiciones y requisitos para su utilización pero no ha existido una preocupación verdadera y profunda por los derechos de los trabajadores por lo que es imperioso que se escoja alguna de las vías propuestas para regular la materia, ello porque la regulación de este tipo de contrato oscila entre el derecho civil o comercial, lo que no tiene asidero en la realidad, toda vez que si consideramos que el deber del Estado es proteger a todo tipo de trabajador y el instrumento que este tiene para otorgar esta protección es la ley laboral.

CONCLUSIÓN

El objetivo de esta memoria era sistematizar la regulación del contrato a honorarios e identificar los criterios que lo diferencian de un contrato de trabajo, creemos que estos se han logrado, ya que hemos definido el contrato a honorarios y establecido cuáles son sus características, principios y su débil regulación.

Nos hemos dado cuenta en el transcurso de esta investigación, que en la práctica el contrato a honorarios es utilizado por los empleadores para encubrir un contrato de trabajo y de esa forma, privar al trabajador de los derechos que le corresponderían, en virtud de que éste muchas veces realiza su labor en los mismos términos en que el Código del Trabajo se refiere a una relación laboral típica.

En la primera parte de esta tesis hemos conceptualizado e identificado un contrato regulado por el Código del Trabajo con sus especiales características, para poder posteriormente, diferenciarlo de un contrato a honorarios, el que a su vez, fue tratado en un capítulo distinto, lo que nos llevó a identificar el problema del encubrimiento de la relación laboral.

Sobre este problema planteamos diferentes soluciones; en primer lugar, una solución civil en la cual tratamos de asimilar el encubrimiento a dos figuras; la simulación y el fraude a la ley, sin embargo, nos encontramos con que las sanciones a dichos actos no logran el objetivo de proteger al trabajador, ya que se trata de una rama del derecho que hace primar la autonomía de la voluntad por sobre cualquier otro principio, ignorando de esa forma que en el derecho laboral lo que corresponde es la protección al trabajador. Es por ello que pasamos a analizar una solución que podría venir de la Dirección del Trabajo con sus facultades fiscalizadoras, preventivas y creadora de jurisprudencia administrativa, análisis del cual, concluimos que la debilidad de este organismo para calificar la naturaleza jurídica de un contrato, hace casi imposible que el problema se solucione en esta instancia, ya que a las partes siempre les quedará la posibilidad de concurrir a los tribunales de justicia.

Por su parte, los tribunales de justicia para calificar un contrato como de honorarios o de trabajo, ha utilizado como criterio casi unánime la existencia del vínculo de subordinación o dependencia. Criterio que ha sido, en algunas ocasiones, sustituido por la utilización de la teoría de los “actos propios”.

En definitiva, han sido los tribunales de justicia los que han solucionado este problema en los casos concretos, y con esto han obligado al empleador al pago de las prestaciones correspondientes como consecuencia de un término de un contrato de trabajo, lo que refleja la debilidad de nuestro sistema, ya que este problema sólo se ha solucionado una vez finalizada la relación laboral y no mientras ella se encuentre vigente, momento en el cual el trabajador necesita también de protección.

Por lo que creemos que se hace necesario que nuestro Código del Trabajo reconozca y regule el vínculo laboral de los trabajadores contratados a honorarios, ya que no es posible que sólo se proteja a la parte más débil cuando se encuentra vinculado por un contrato de trabajo típico.

Por último, también fue necesario analizar otras dimensiones del contrato a honorarios. A nivel internacional, la OIT a través de sus investigaciones, ha detectado la precariedad de ésta y otras formas de contratación, concluyendo que los países latinoamericanos se encuentran en un nivel similar de precariedad en el empleo debido a la escasa regulación de las nuevas formas de contratar.

Por su parte el Estado que es el encargado de velar porque las garantías laborales se cumplan, ha utilizado masivamente la contratación a honorarios en los servicios públicos, eludiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales para con sus trabajadores en la misma forma que lo ha hecho la empresa privada.

Pero por otra parte, el Estado mediante la nueva reforma previsional ha venido preocuparse de los trabajadores independientes, los cuales desde el año 2012 estarán obligados a cotizar para su futura pensión y para cubrir sus prestaciones de salud.

En resumen, el contrato a honorarios es un elemento que contribuye a la precarización del empleo, que hace necesaria una pronta regulación de las autoridades para restituir los derechos a los trabajadores contratados a honorarios cuando se encubre una relación laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Boletín Laboral, www.cariola.cl, enero de 2008.

Boletín oficial, Dirección del Trabajo. Números 173; 178; 179 de 2003 y 180; 190 de 2004
Gobierno de Chile, Lexis Nexis.

Código Civil de la República de Chile.

Código del Trabajo de la República de Chile.

Código Tributario de la República de Chile.

Constitución Política de la República de Chile.

Departamento de derecho del trabajo de la Universidad de Talca, www.otalca.cl

Diario El Mercurio online, www.emol.cl , sección columnas y cartas de 25 de mayo de 2008.

Diario El Mercurio online, www.emol.cl, sección Economía y Negocios de 23 de octubre de 2007.

Diccionario Occidente, Ediciones Occidente S.A.

Encuesta Laboral año 2006, División de Estudios, Dirección del Trabajo, Santiago, Chile.
Octubre, 2007.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Lineamientos de derecho del trabajo. Editorial Lexis Nexis, 2006.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Codificación, descodificación y remodificación del derecho Civil Chileno. Publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, Chile, 1993.

INFANTE, RICARDO, editor. La calidad en el empleo: la experiencia de los países latinoamericanos y de Estados Unidos. Organización Internacional del Trabajo. 1999.

INFANTE, RICARDO, "Trabajo Decente" publicado a través de la Oficina Internacional del trabajo (OIT), 1999.

Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley Número 2 de 1967.

Ley 20.255 sobre la Reforma Previsional.

LOPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los contratos: Parte general. Tomo I. Tercera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Página Web www.asimetcapacitacion.cl/contrato_honorarios.htm

Página Web Dirección del Trabajo, www.direcciondeltrabajo.cl

Página Web LEXIS NEXIS.

Página Web de la Oficina Internacional del Trabajo, www.oitchile.cl/servicio.php

PASCO COSMOPOLIS, MARIO. Los Principios del Derecho procesal del Trabajo. Editorial AELE. 1997.

PEÑA, CARLOS. Los contratos de tracto sucesivo. Publicado en página Web de la Universidad Diego Portales, www.udp.cl/DERECHO/estudiantes/apuntes/contratos_sucesivo.pdf.

Revista masiva, www.revistamasiva.cl de 15 de enero de 2008

Revista laboral ical online, www.revistalaboralical.cl

RIQUELME HENRIQUEZ, VERONICA, GALVEZ, THELMA consultora, MORALES, GABRIELA ayudante. Lejos Del Trabajo Decente: El empleo desprotegido en Chile. Departamento de estudios de investigación N° 30, Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, Santiago, Noviembre de 2006.

THAYER ARTEAGA, WILLIAM. Orígenes, evolución y perspectivas del Derecho Laboral Chileno. Ensayo. Estudios Públicos, 54, Santiago, Chile. 1994.

TOKMAN, VICTOR Y MARTÍNEZ, DANIEL, editores. Flexibilización en el Margen: La reforma del contrato de trabajo. Publicado a través de la Oficina Regional para las Américas de la Oficina Internacional del Trabajo. 1999.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. El Nuevo Derecho del Trabajo. 1ª edición. Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2007.

VALDÉS ALONSO, ALBERTO. El Trabajo Autónomo en España: Evolución, Concepto y Regulación. Revista del Ministerio del Trabajo y asuntos sociales de España.

VEGA RUIZ, MARÍA LUZ. La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después, Un análisis comparado. Oficina Internacional del Trabajo. 1ª edición. Perú, Lima, 2005.

VIAL DEL RÍO, VICTOR. Teoría General del Acto Jurídico. 4ª edición. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2000.

VILLARROEL, AMALIA. Situación actual comparada de las Relaciones Laborales en el Sector Público de nueve países de América Latina (Argentina, Brasil y Chile; Colombia, Ecuador y Perú; Costa Rica, El Salvador y Panamá)", Lima, OIT/Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2005. 182 p.,(Serie: Documentos de Trabajo, 198).

YAÑEZ, SONIA. Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteada desde una mirada de género. Publicado en Ensignia, J. y S. Yáñez, editores. 1999. Sindicalismo, género y flexibilización en el Mercosur y Chile.(Inserción laboral femenina. Fundación Friedrich Ebert Representación Chile) y Centro de Estudios de la Mujer (CEM), Santiago de Chile. pp. 97-110.

WALKER ERRAZURIZ, FRANCISCO. *Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho Vivo*".Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2003.