



**Universidad de Chile**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho del Trabajo**

**LA NULIDAD DEL DESPIDO EN EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA  
RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO  
CONTRATADOS A HONORARIOS.**

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales.

**GASTÓN ABARCA MARTÍNEZ.**

Profesor guía: Claudio Andrés Palavecino Cáceres.

Santiago de Chile

2020



*A mis padres, Marta Martínez y Fernando Abarca; por el amor incondicional que le brindan a su familia; por el ejemplo de dulzura, entrega, entereza y lucha que veo en ellos día a día. A ellos, que les debo todo.*



## Índice.

<b>Resumen.</b> .....	<b>9</b>
<b>Introducción.</b> .....	<b>11</b>
<b>Capítulo I. La nulidad del despido.</b> .....	<b>15</b>
1. Historia de la ley. ....	15
1.1. La ley Bustos. ....	15
1.2. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. ....	15
1.3. Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Senadores. ....	22
1.4. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. ....	23
2. Las cotizaciones previsionales. ....	25
2.1. Concepto. ....	25
2.2. Naturaleza jurídica de las cotizaciones previsionales. ....	27
2.3. El Sistema de Ahorro de Fondos de Pensiones. ....	33
3. La nulidad del despido.....	39
3.1. Normativa.....	39
3.2. Convalidación del despido.....	41
3.3. Efectos de la nulidad del despido.....	43
3.4. Compatibilidad de acciones de la nulidad del despido.....	44
3.4.1. Compatibilidad de acciones entre la nulidad del despido y el despido injustificado o despido indirecto.....	44
3.4.2. Compatibilidad de acciones entre la nulidad del despido el despido indirecto o autodespido.....	45
4. Naturaleza jurídica de la nulidad del despido.....	46
4.1. Historia de la Ley.....	46
4.2. La jurisprudencia.....	47
4.3. La doctrina.....	48
4.4. La nulidad del despido desde el Derecho de la Seguridad Social.....	52
<b>Capítulo II. Los trabajadores públicos contratados a honorarios.....</b>	<b>59</b>

1. Antecedentes.....	59
2. Marco regulatorio.....	63
2.1. Regulación general de los funcionarios y trabajadores del Estado.....	63
2.2. Regulación de la contratación de honorarios.....	66
2.3. Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.....	67
2.4. ¿Subsidiaridad del Código del Trabajo?.....	72
3. El reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores a honorarios.....	75

**Capítulo III. Análisis de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores a honorarios.....81**

1. La Jurisprudencia.....	81
1.1. Primera etapa.....	81
1.2. Segunda etapa.....	84
1.3. Tercera etapa.....	89
2 Análisis de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los funcionarios públicos a honorarios.....	90
1.1. Argumentos en contra de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los funcionarios públicos a honorarios.....	91
1.1.1. Argumentos generales.....	91
1.1.1.1. Principio de juridicidad y legalidad.....	91
1.1.1.2. Cometidos específicos.....	95
1.1.2. Argumentos específicos.....	99
1.1.2.1. Presunción de legalidad (o validez) de los actos de la administración del Estado.....	99
1.1.2.2. Desigualdad del ente público en la convalidación del despido.....	111
1.1.2.3. Historia de la ley.....	114
1.2. Argumentos a favor de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los funcionarios públicos a honorarios.....	118
1.2.1. Aplicación de la norma de forma estricta.....	118

1.2.2. Aplicación de principios del Derecho Laboral.....	121
1.2.2.1. Principio protector.....	121
1.2.2.2. Primacía de la realidad.....	125
1.2.3. Naturaleza declarativa de la sentencia que reconoce la relación laboral entre el funcionario público a honorario y el Estado.....	129
<b>Conclusiones.....</b>	<b>135</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>141</b>





## **Resumen.**

El presente trabajo se desarrollará por medio de una investigación jurídica, práctica y jurisprudencial respecto a la aplicación de la nulidad del despido por el no pago de cotizaciones previsionales contemplada en la ley N° 19.631, en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores del Estado bajo el régimen de honorarios.

Hasta el año 2018, el reconocimiento judicial de la relación laboral constituía una manifestación de uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo, la primacía de la realidad. En este sentido, la jurisprudencia había entendido que verificado los elementos de la relación laboral, procede reconocerla y declararla, aun cuando sean trabajadores de la Administración contratados bajo el régimen de honorarios.

La jurisprudencia actual rechaza la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento de la relación laboral, entre otras consideraciones, a la presunción de legalidad de los actos administrativos; la desigualdad existente entre la Administración y un empleador privado en el ejercicio de la convalidación del despido; y la aplicación de nulidad del despido en la situación que el empleador actúa como agente retenedor, entre otras razones.

El propósito de la investigación es analizar los argumentos en favor y en contra de la aplicación de la nulidad del despido en el caso comentado, que nos ha entregado tanto la jurisprudencia como la doctrina.



## **Introducción.**

Hasta hace un tiempo, la jurisprudencia, en el reconocimiento de la relación laboral de los trabajadores del sector público contratados a honorarios, aplicando la normativa laboral correspondiente, aplicaba también la institución jurídica conocida como nulidad del despido, la cual se configura por la ocurrencia del despido estando pendiente el pago de las cotizaciones previsionales. De esta forma, el Estado era condenando a pagar las correspondientes remuneraciones y demás prestaciones laborales consignadas en el contrato de trabajo, desde el despido nulo hasta el pago de la totalidad de las cotizaciones previsionales adeudadas por el reconocimiento judicial de la relación laboral. Se entendía que la naturaleza jurídica de la sentencia, que declaraba la relación laboral era declarativa, por lo que de esta forma, se cumplían las condiciones para aplicar la institución de la nulidad del despido.

Sin embargo, a principios del año 2018, el criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>1</sup> cambió en base a diversos argumentos, siendo las principales; la presunción de legalidad de los actos de la administración del Estado; el hecho de que se grava de forma desigual al ente público, ya que no cuenta con la capacidad de convalidar libremente el despido; entender que la sanción estaba establecida a propósito del empleador que actúa como agente retenedor de las cotizaciones previsionales del trabajador, entre otras razones.

Ahora bien, hasta la actualidad, las sentencias que rechazan aplicar la nulidad del despido a los casos comentados, aún son dictadas con votos de minoría, que entienden a la nulidad del despido como una institución aplicable al reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores públicos contratado bajo régimen de honorarios, por lo que podemos pensar que, un cambio en la constitución de la 4° Sala Laboral y Previsional de la Corte Suprema, podría cambiar nuevamente ésta línea jurisprudencial.

El presente trabajo, en definitiva, consistirá en hacer una revisión de los argumentos y razones jurídicas, jurisprudenciales y dogmáticas, a favor y en

---

<sup>1</sup>Sentencia de la Corte Suprema, rol 37.339-2017 de fecha 28 de marzo de 2018 y rol 36.601-2017 de fecha 14 de marzo de 2018.

contra, respecto de la aplicación de la nulidad del despido por el no pago de las cotizaciones previsionales, en el reconocimiento judicial de la relación laboral respecto de los trabajadores del sector público contratados a honorarios.

Proponemos realizar una revisión crítica de la aplicación de la nulidad del despido en el supuesto planteado, en el contexto nacional de los trabajadores a honorarios dentro del Estado, entendiendo su masiva utilización y escasa regulación legal.

Sin embargo, antes de entrar de fondo al asunto planteado precedentemente, en los dos primeros capítulos, desarrollaremos las dos principales temáticas que dan origen a este trabajo, a saber, la nulidad del despido, por un lado, y los trabajadores del Estado contratado bajo la modalidad de honorarios, por el otro.

En el primer capítulo, daremos luces de lo que se planteó en la discusión legislativa respecto de la llamada nulidad del despido, intentando comprender cuál era la voluntad del legislador de la época al introducir las respectivas modificaciones en el sistema laboral nacional, tomando en consideración el alto nivel de deuda que presenta el Sistema de Ahorro de Fondos de Pensiones. Entregaremos nociones de las cotizaciones previsionales, para entender su importancia y naturaleza jurídica.

Luego, entraremos en la discusión respecto a la naturaleza jurídica de la nulidad del despido, y las múltiples críticas que ha recibido en este sentido, ofreciendo una comprensión de esta institución a partir del Derecho de la Seguridad Social.

Por último, mencionaremos brevemente cuáles son los efectos propios de la nulidad de despido.

En el segundo capítulo, explicaremos la situación de los trabajadores a honorarios del Estado en nuestro país. En relación a lo anterior, cabe mencionar que el espíritu que tiene la regulación de la contratación bajo la modalidad de honorarios dentro del Estado, establece que ésta debe llevarse a cabo en casos limitados y específicos, debiendo prestarse los servicios de forma accidental y no habitual, o para la realización de cometidos específicos. Por lo tanto, no deben prestarse los servicios bajo subordinación y dependencia en los términos del Código del Trabajo.

Los indicadores que demuestran que la contratación a honorarios ha sido mal aplicada y abusada en nuestro país, se encuentra tratada en el desarrollo de esta memoria.

Luego, trataremos el marco regulatorio de los trabajadores a honorarios del Estado, revisando a su vez los dictámenes pertinentes de la Contraloría General de la República, y revisando la discusión respecto a la subsidiariedad del Código del Trabajo en la forma de contratación señalada anteriormente.

Por último, revisaremos los efectos del reconocimiento judicial de la relación laboral de un trabajador público contratado bajo régimen de honorarios.

En el tercer capítulo, revisaremos los periodos de tiempo o etapas en que la jurisprudencia ha vacilado respecto de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral que vincula al trabajador público contratado a honorarios por el Estado, desde la creación de la mencionada institución hasta la actualidad. Finalmente, expondremos y analizaremos los argumentos a favor y en contra de la aplicación de la nulidad del despido.



## **Capítulo I. La Nulidad del Despido.**

### **1. Historia de la ley.**

#### **1.1. La ley Bustos.**

Hay que tener en consideración que, en el contexto en el que se desarrolla la discusión del proyecto de ley, el sistema previsional chileno contaba con una gran deuda previsional<sup>2</sup>, situación de hecho que fue clave en la transversalidad de acuerdo con que contó su discusión. El proyecto fue presentado en una primera oportunidad por medio de los diputados Manuel Bustos y Rodolfo Seguel, principalmente, y por otros diputados que la suscribieron. Luego, por el interés de la materia que se quería regular, el ejecutivo de la época, hizo suyo el proyecto de ley a través del respectivo Mensaje, dándole categoría de discusión inmediata, lo que aceleró el proceso legislativo en la materia, para que fuese ley de la República en el corto plazo.

Como señalamos, la moción parlamentaria primitiva, fue presentada por los diputados Bustos y Seguel, ambos ex sindicalistas de renombre que alcanzaron un escaño dentro de la Cámara de Diputados, y bajo ese contexto, se originó la idea de legislar y corregir el incumplimiento de la obligación en pago de las cotizaciones previsionales del trabajador cuando éstas hayan sido descontadas de la remuneración del trabajador.

#### **1.2. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados.**

La idea general más consensuada en la discusión del proyecto de ley, sobre la situación que se quería corregir, era la prevista entre un empleador que, actuando como un mero agente retenedor, descontaba las cotizaciones previsionales de la

---

<sup>2</sup>Según informó la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en la tramitación del proyecto de ley, el monto de deuda de las cotizaciones previsionales al 28 de febrero de 1999, ascendía a la suma mínima de M\$ 104.125.957, en tanto que las cotizaciones de salud adeudadas al 31 de diciembre de 1998, la deuda ascendía a la suma de M\$10.649.844.

remuneración del trabajador, y que no cumplía con la respectiva obligación de enterar dichos fondos en las instituciones previsionales correspondientes.

Ante la situación que se configuraba como la finalidad del proyecto de ley, se propuso la modificación del artículo 162 del Código del trabajo, introduciendo como inciso quinto, sexto y séptimos los siguientes:

**"ARTICULO UNICO.**-*Introdúcense las siguientes modificaciones al Código del Trabajo:*

*a) Modifícase el Artículo 162, de la siguiente forma:*

*1) Agrégase en su inciso 1º antes de la expresión "5 o 6" el guarismo "4" seguido de una coma (,);*

*2) Reemplázase en su inciso 1º la oración "y el estado en que se encuentren las imposiciones previsionales" por la siguiente: "y en todo caso, acreditando el pago de las imposiciones previsionales".*

*3) Intercálase como incisos quinto, sexto y séptimo, los siguientes, pasando el actual inciso quinto a ser octavo:*

*"Si no se acreditare el pago de las imposiciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo, y subsistirán las obligaciones de cada una de las partes mientras no se acredite el referido pago.*

*Con todo, el empleador podrá poner término a la relación laboral mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que se comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la certificación emitida por la institución previsional correspondiente, en que conste la recepción de dicho pago.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío de la referida comunicación al trabajador."*

*4) Reemplázase su inciso final, por el siguiente:*



*"Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de acreditar el pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código."*

*b) Agrégase como punto seguido (.), el siguiente párrafo final al inciso segundo del Artículo 163:*

*"En los casos a que se refiere el artículo 162, si el incumplimiento en el pago de las imposiciones previsionales extendieren la duración del contrato en una fracción superior a seis meses, este lapso deberá considerarse como trabajado para efectos de determinar la indemnización."*

En la discusión en sala dentro de la Cámara de Diputados, el diputado Manuel Bustos fue quien denotó los principios fundamentales de la situación que se quería corregir dentro del sistema previsional chileno. Así entonces, señaló que *"la finalidad del proyecto consiste en que el empleador, quien ha descotado de las remuneraciones de sus trabajadores las cotizaciones correspondientes, y actúa, por tanto como un mero recaudador, cumpla con la subsecuente obligación de pago, a lo que lo obliga la ley, antes de dar por terminada la relación de trabajo."*<sup>3</sup> En ese sentido, se entiende que en el supuesto fáctico para la aplicación de la norma, la relación laboral no se encuentra discutida entre el empleador y el trabajador, por lo que el primero conoce ciertamente que está incurriendo en un incumplimiento flagrante de la normativa laboral, ya que realiza el descuento de la remuneración del trabajador, y no entera los fondos en las instituciones previsionales correspondientes.

Uno de los principales objetivos del proyecto de ley, como lo señaló el diputado Manuel Bustos, informando en la discusión en sala a la Cámara de Diputados, *"es el de resguardar en debida forma los derechos de los trabajadores, incentivando de esta forma, el pago de las cotizaciones de seguridad social, disminuyendo los*

---

<sup>3</sup> Congreso Nacional de Chile. (1999). Historia de la Ley N°19.631. p. 18.

*índices de morosidad que ellas presentan.*<sup>4</sup> El incentivo al pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador, entienden los diputados que presentaron el proyecto, es que si el empleador no ha dado cabal cumplimiento a la retención y pago de las cotizaciones previsionales del trabajador, el despido no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo, y se deberían pagar las remuneraciones y demás prestaciones laborales hasta el íntegro de la totalidad de las cotizaciones previsionales adeudadas. Así entonces, el criterio de razonabilidad económica que realizará el empleador, incentivaría el cumplimiento a la normativa, ya que el hecho de incurrir en un incumplimiento, tal conducta acarrearía una sanción económica de alto costo al mantener la relación laboral vigente.

En síntesis, si el empleador incumple su obligación de enterar los fondos retenidos de la remuneración del trabajador a las instituciones previsionales que correspondan, deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha en que le comunica el cumplimiento de sus obligaciones previsionales, respecto del pago de los montos retenidos de la remuneración del trabajador y que no fueron debidamente enterados donde correspondían.

Otro miembro de la Comisión de Trabajo de la época, el diputado Edgardo Riveros, también en la discusión en la sala de la Cámara de Diputados, denota la situación de hecho que se quiere corregir con la introducción de la regulación propuesta, señalando que *“en la esencia de la filosofía del sistema de capitalización individual, está el hecho de que los propios trabajadores pagan sus cotizaciones previsionales; no los empleadores. De manera que si una empresa tiene problemas financieros no puede recurrir a un dinero que no le pertenece, puesto que forma parte de la remuneración que recibe el trabajador a través de un contrato de trabajo. Por lo tanto, el vicio que ocurre es que los empleadores, como una forma de crédito, recurren de hecho a dinero que no les pertenece, lo cual es inaceptable”*<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Ibíd. p.17-18

<sup>5</sup> Ibíd. p. 32

Se entiende de esta forma que el incumplimiento en el que incurre el empleador que descuenta y no entera las cotizaciones previsionales del trabajador, es una situación del toda injusta, ya que se apropia de dineros que le pertenecen al trabajador, y cuyo objetivo es proveerle de una jubilación al momento del retiro, como de salud mientras dure la relación laboral. Tal injusticia entonces, incentiva la sanción de no poner término a la relación laboral, cuando al momento del despido, el empleador se encuentra en mora de pagar las cotizaciones previsionales del trabajador.

Se hace también hincapié en la imperiosa necesidad de acabar con el incumplimiento de los empleadores en el sentido que hemos venido señalando; en palabras del Diputado Riveros, se señala que *“lo grave es que al trabajador ya se le han hecho los descuentos pertinentes, porque en el sistema de capitalización individual, las cotizaciones son de responsabilidad del trabajador, no del empleador. La función de éste último es la de simple recaudador para integrarlas a las administradora de fondos de pensiones; es decir, no hay derecho a que el empleador no cumpla con esta obligación,”*<sup>6</sup> por lo que se da por supuesto que, el empleador sancionado ha descontado de la remuneración del trabajador las cotizaciones previsionales y se ha apropiado de dichos fondos, no entrándolos en las instituciones previsionales que corresponden.

De acuerdo al tenor de la discusión producida en la sala de la Cámara de Diputados, se entiende que el espíritu de la norma en discusión responde a la necesidad de corregir el incumplimiento del empleador de enterar las cotizaciones previsionales en las cuenta de capitalización individual de los trabajadores.

Se entiende también que el incumplimiento del empleador en la retención y entero de las cotizaciones previsionales del trabajador, origina diversas y complejas consecuencias negativas.

Determinaron que el no pago de las imposiciones en las instituciones previsionales correspondientes, que fueron descontadas y retenidas de la remuneración del trabajador, y en el que el empleador es un mero agente recaudador *“incide sustancialmente en el nuevo sistema de pensiones, puesto que*

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* p. 31.

*éste descansa en las cotizaciones previsionales que, precisamente, deber ser enteradas en la cuenta de capitalización individual del trabajador y que determinan su pensión futura.”*<sup>7</sup> De esta forma, el proyecto considera de suma importancia aplicar las correcciones necesarias para que el funcionamiento del sistema de capitalización individual chileno se desarrolle con normalidad, entendiendo que las cotizaciones previsionales del trabajador constituyen la base del sistema y sirven para fijar el monto de la futura jubilación del trabajador en el momento de su retiro.

Sabemos en la actualidad, la gran importancia que tiene el acto del pago continuo de las cotizaciones previsionales en el Sistema de Ahorro de Fondos de Pensiones, ya que el pago parcial, interrumpido o con grandes lagunas (sea por incumplimiento del empleador en el pago de las cotizaciones previsionales del trabajador, por motivos de cesantía o traspaso del trabajador del sistema dependiente al independiente), son una de las principales causas oficiales de la poca rentabilidad que poseen actualmente las jubilaciones en nuestro país.

Señalaron por otro lado en el proyecto de ley que, *“el no pago de dichas cotizaciones, en último término, repercute en el Estado pues éste debe hacerse cargo de las jubilaciones de aquellos trabajadores que no reúnen el mínimo de cotizaciones para poder pensionarse, por lo que les parece razonable y de toda justicia que los trabajadores tengan enteradas sus imposiciones previsionales al término de su relación laboral, y si el empleador no ha cumplido con dicha obligación el despido sea considerado nulo.”*<sup>8</sup>

En este sentido, el proyecto se proponía corregir situaciones tanto el ámbito privado como público, en el primero, en relación a la justicia que implica incentivar el íntegro pago de las cotizaciones previsionales del trabajo en las Administradora de Fondos de Pensiones correspondientes, teniendo como horizonte el buen funcionamiento de Sistema de Ahorro de Fondos de Pensiones en general y la jubilación del trabajador en particular.

Así también, el proyecto de ley se propone subsanar las falencias que el no pago de las cotizaciones previsionales produce en el ámbito público, pues es el Estado quien

---

<sup>7</sup> Ibíd. p. 11

<sup>8</sup> Ibíd. p. 11

se ve perjudicado, por medio de la obligación que se genera, al tener que participar de manera directa o indirecta en el financiamiento de las jubilaciones de trabajadores que no alcancen un mínimo determinado que coincida con la dignidad de la vejez que alcanzan las personas al momento de su retiro.

De esta forma, teniendo en consideración los supuestos fácticos de la aplicación de la norma discutida en el proyecto de ley, y las finalidades que se querían corregir con su implementación, nos podemos percatar que existe una diferencia en la situación fáctica que se pretende corregir con la implementación de la norma, y la que se desprende del reconocimiento judicial de la relación laboral de trabajador contratado a honorarios por órganos de la Administración del Estado.

Por un lado, la discusión de la norma encuadra la aplicación de la sanción de la llamada nulidad del despido, con la situación del empleador que retiene y no paga las cotizaciones previsionales del trabajador. Por otro lado, en el reconocimiento judicial de la relación laboral mencionada, la administración, por medio de los órganos que contrataron al trabajador, nada retuvieron, pues para ellos el desarrollo de la relación jurídica, era de carácter eminentemente civil y no laboral.

La relación jurídica entre un órgano de la Administración del Estado y un trabajador a honorario se desarrolla en el marco regulatorio bajo el cual fue contratado este último, es decir, la relación jurídica que rige para ambos es la regulada en el contrato de prestación de servicios u honorarios, por lo que el órgano de la Administración no realiza ninguna retención en la remuneración del trabajador, ni menos puede efectuar el pago de las cotizaciones previsionales si éste nada ha retenido. En este caso, la relación laboral antes del reconocimiento judicial, no se desarrolla con plena normalidad, ya que la Administración no realiza descuento alguno al trabajador, ya que entiende que no es su obligación, al ser el contrato de prestación de servicios u honorarios, el marco regulatorio que rige la relación jurídica entre ambos.

Sin perjuicio de lo anterior, en un breve comentario de uno de los gestores del proyecto de ley, el diputado Rodolfo Seguel menciona la importancia de considerar a los funcionarios y trabajadores públicos en esta ley, lo que supondría un presupuesto de aplicación de la nulidad del despido respecto de éste sector de

trabajadores, señalando lo siguiente: *“nuestra motivación es que la gente, al momento de ser despedida, tenga enterada la totalidad de sus imposiciones, lo que también servirá para el sector público.”*<sup>9</sup> Señala dicha idea a propósito de la votación de la Cámara de Diputados que aprobó la entrega de un presupuesto entregado a los municipios de la época, que contaban con grandes deudas previsionales respecto de sus trabajadores y funcionarios.

### **1.3. Segundo Trámite Constitucional: Cámara del Senado.**

De similar forma a todo lo anteriormente señalado, se pronunciaron los senadores de la Comisión de Trabajo del Senado. Particularmente, el senador señor Ruiz, indicó haciendo suya la moción originada en la Cámara de Diputados, que: *“Se estima, pues, que el término del contrato no debe surtir sus plenos efectos jurídicos, mientras el empleador se encuentre en mora en el pago de los compromisos previsionales relativos a los descuentos que para el efecto hizo al trabajador”*<sup>10</sup>, reforzando la idea central del proyecto, en cuanto a que los supuestos fácticos de la aplicación de la nulidad del despido, están configurados por la declaración, descuento y no pago de las cotizaciones previsionales del trabajador en las instituciones previsionales correspondientes.

Se entiende, entonces, también en la discusión de la Cámara Alta, que la situación a corregir mediante la implementación del proyecto de ley en discusión, es precisamente el incentivo al oportuno pago de las cotizaciones previsionales durante el desarrollo de la relación laboral, y especialmente al momento del término de la relación laboral.

Se establece como sanción al empleador que al momento del despido no cumpla íntegramente la obligación del pago de las imposiciones que ha descontado de la remuneración del trabajador, en las instituciones previsionales correspondientes, dicho despido, no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo

---

<sup>9</sup> *Ibíd.* p. 21

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 73.

mientras no se hayan pagado las cotizaciones que fueron descontadas y retenidas.

Cabe destacar que sin perjuicio de que la propuesta originada en la Cámara Baja fue aprobada por la unanimidad de sus miembros, dentro de la discusión en la Comisión de Trabajo del Senado, se originaron modificaciones que alteraban sustancialmente el proyecto primitivo, suprimiendo toda la normativa relativa a la nulidad del despido en cuestión, y consignando otras formas de cobranza judicial de las cotizaciones previsionales impagas, que serían más expeditas de las que existían en aquella época.

Fue en la discusión en sala en la Cámara del Senado, que estas modificaciones fueron rechazadas, volviendo a ser aprobado el proyecto originado en la Cámara Baja, sin ningún voto de rechazo.

#### **1.4. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados.**

En definitiva, el proyecto de ley devuelto a la Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional y aprobado sin modificaciones y por unanimidad de sus miembros, sin votos negativos y abstenciones, fue el siguiente:

***“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código del Trabajo:***

*1) Modifícase el artículo 162 de la siguiente forma:*

*a) Agrégase en su inciso primero antes de la expresión “5 ó 6”, el guarismo “4” seguido de una coma (,);*

*b) Suprímese en su inciso primero la frase final “y el estado en que se encuentran las imposiciones previsionales”, y sustitúyese la coma (,) que sigue a la palabra “invocadas” por “y”.*

*c) Intercálanse como incisos quinto, sexto y séptimo, los siguientes, pasando el actual inciso quinto a ser octavo:*

*“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 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.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.”*

*d) Reemplázase el actual inciso final, que pasa a ser inciso octavo, por el siguiente:*

*“Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código.”*

*e) Agrégase el siguiente inciso final nuevo:*

*“La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido, en los casos a que se refieren los incisos precedentes. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso a que se refiere el inciso séptimo. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM.”*

*2) Modifícase el artículo 480 de la siguiente forma:*



a) Intercálase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero a quinto, a ser incisos cuarto a sexto:

*“Asimismo, la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios.”.*

b) Reemplázase, en el inciso final, la expresión “y tercero”, por “tercero y cuarto”.

*Ha consultado el siguiente artículo transitorio nuevo:*

**“Artículo transitorio.-** Durante los dos primeros años de vigencia de la presente ley, la acreditación del pago de cotizaciones y la información de dicho pago al trabajador, establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, modificado conforme a esta ley, podrá comprender sólo el período del último año de vigencia de la relación laboral, contado hacia atrás desde la fecha del despido. Si dicha relación laboral hubiere tenido una duración inferior a un año, la acreditación e información señaladas, deberán referirse a la totalidad de este período.”.

## **2. Las Cotizaciones Previsionales.**

### **2.1. Concepto.**

El artículo 19 N° 9 y 18 de la Constitución Política de la República, autoriza al legislador para imponer cotizaciones obligatorias, tanto para el sistema de salud, como para el sistema de seguridad social, respectivamente.

Dentro del sistema de seguridad social, a su vez, podemos encontrar los sistemas de pensiones, accidentes del trabajo y/o enfermedad profesional, cesantía, entre otros. No se explaya más la Constitución al momento de establecer la autorización al legislador para imponer cotizaciones obligatorias, por lo que corresponderá a éste establecer la forma de financiamiento de los distintos regímenes de seguridad social, determinando qué sujetos son los obligados al pago de las respectivas cotizaciones.

Por otro lado, cabe alertar que el legislador no ha entregado un concepto legal de cotización, por lo que ha sido la doctrina quien ha elaborado su conceptualización.

El concepto de cotización en un sentido general, puede conceptualizarse como “una forma de descuento coactivo, ordenada por la ley con respecto a determinados grupos, destinada a garantizar prestaciones de Seguridad Social”<sup>11</sup>, otros autores la han descrito como “el aporte que trabajadores y/o empleadores deben efectuar en dinero a los regímenes contributivos, para el financiamiento de las prestaciones que pueden reclamar de ellos.”<sup>12</sup>

Del concepto de cotización se pueden configurar varios elementos: el sujeto activo, el sujeto pasivo y el hecho que determina el nacimiento de la obligación de cotizar. El sujeto activo es el organismo gestor que otorga la prestación de seguridad social, sea previsión, salud u otros. El sujeto pasivo se configura como quién debe soportar la obligación de pagar con su patrimonio, la respectiva cotización. La determinación del nacimiento de la obligación de cotizar está establecida en las respectivas leyes que se dictaron el efecto, siendo la relación laboral, el hecho que por antonomasia produce la obligación de pagar cotizaciones, sean previsionales, de salud u otra prestación de seguridad social.

El Tribunal Constitucional también ha dado un concepto de cotización, señalando que es *“un acto mediante el cual, de manera imperativa, por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos.”*<sup>13</sup>

La obligación de cotizar, en la práctica, se puede explicar por la necesidad de contribuir a financiar el sistema de previsión social que se establece en favor de

---

<sup>11</sup> Humeres Nogue, Héctor. (2019). *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*. Tomo III De la Seguridad Social. Decimoséptima edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2019. p. 56

<sup>12</sup> Cifuentes Lillo, Arellano Ortiz. y Walker Errázuriz. (2013). *“Seguridad Social Parte General y Pensiones”*. Editorial Librotecnia, 2013, p. 112.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 576-07, considerando décimo cuarto.

todos los integrantes de la comunidad nacional, “finalidad que no se lograría si la cotización quedara librada del todo a la sola voluntad de éstos y creando consecuentemente el riesgo de no continuar otorgando las pensiones comprometidas.”<sup>14</sup>En el caso de la cotización previsional, dicho descuento coactivo cumple con el objetivo de contribuir con capital a un sistema previsional, sea éste estatal o privado. Así, el sistema cumple el rol de asegurar a los trabajadores en el retiro de sus labores, la capacidad económica de poder solventar la paralización de sus fuentes de ingreso provenientes del mercado laboral, por lo que es esperable que la fuente de ingresos que se reciban del sistema previsional sea conforme a la renta que se recibía en la vida activa del trabajador.

## **2.2. Naturaleza jurídica de las cotizaciones previsionales.**

No es pacífica la discusión acerca de la naturaleza jurídica de las cotizaciones previsionales, ya que sus singulares características hacen complejo incorporarla exactamente en alguna categoría jurídica específica.

La doctrina ha elaborado diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de las cotizaciones, conceptualizándola como: “remuneración diferida o complemento de la remuneración, tasa, tributo”<sup>15</sup> y “exacción parafiscal”<sup>16</sup>.

La concepción de que la cotización previsional es una remuneración diferida o un complemento de la remuneración, para parte de la doctrina<sup>17</sup>, ya se encontraría superada, ya que dicha concepción responde al esquema conceptual de los seguros privados, que observaban una correspondencia equivalente entre la cotización y las prestaciones. En la actualidad, entender la cotización de dicho

---

<sup>14</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. (2010). *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Tomo XIII. Editorial Jurídica. Santiago. p. 398

<sup>15</sup> Humeres Noguera, Héctor. (2019). *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*. Tomo III De la Seguridad Social. Decimoséptima edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 56-58

<sup>16</sup> Cifuentes Lillo, Arellano Ortiz y Walker Errázuriz. (2013). *“Seguridad Social Parte General y Pensiones”*. Editorial Librotecnia. p. 112.

<sup>17</sup> Humeres Noguera, Héctor. (2019). *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*. Tomo III De la Seguridad Social. Decimoséptima edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 56

modo, implicaría ignorar la obligación impuesta por la ley a las personas afectas a cotizar en el sistema, y que los resultados de la jubilación no son equivalentes a la prestación esperada.

Se ha entendido que la tasa es una contraprestación económica que realizan los usuarios por el uso de ciertos servicios públicos prestados por el Estado. Las cotizaciones previsionales, por su parte, distan de ser tasas, ya que éstas suponen una contraprestación de un servicio público que es solicitado previamente por el usuario. En el caso de la cotización previsional, la obligatoriedad del pago es un mandato que exige la ley a determinadas personas cuando se cumplen ciertas circunstancias.

Quienes defienden la naturaleza jurídica de la cotización como un tributo, la han definido como “un tributo de Derecho Público autónomo y afectado, exigido por la comunidad en cuanto utiliza su poder de imperio sobre las empresas y/o los trabajadores para atender la gestión de los servicios de Seguridad Social establecidos en el interés general de la colectividad.”<sup>18</sup>

En lo que respecta a los tributos propiamente tal, la Constitución Política de la República en su artículo 19 N°20 inciso tercero, consagra el principio constitucional de no afectación tributaria, señalando que “*Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado*”, con el fin de reforzar la conducción presupuestaria del país, por medio de la Ley de Presupuesto.

Cabe decir por otro lado que son excepcionalísimos los casos en que la Constitución autoriza la destinación específica de los tributos.<sup>19</sup> Así entonces, para concebir a la cotización como un tributo, necesariamente tendríamos que establecer dos categorías de tributos; uno que responda al principio constitucional

---

<sup>18</sup> Ibíd. p. 57

<sup>19</sup>El principio referido contempla tres excepciones. Las primeras dos están contempladas en el inciso final del mismo artículo 19 N° 20, relativas a tributos afectos a fines propios de la defensa nacional o que graven actividades o bienes con clara identificación regional o local para financiar obras de desarrollo. La tercera excepción corresponde a los tributos de afectación establecidos por leyes anteriores a la Constitución vigente, que conservan su vigencia en virtud de la disposición 6° transitoria de la misma.

de no afectación tributaria, y otros que no respondan a dicho principio, pudiendo tener asignación específica, como sucedería precisamente en el caso del financiamiento de la Seguridad Social a través de la cotización. Algunos autores han criticado el establecimiento de esta división de los tributos, por considerarla forzosa o artificial.

En una propuesta para conciliar la división de los tributos entre los que pueden tener destinación específica y los que están sujetos al principio constitucional de no afectación tributaria, se ha propuesto conceptualizar a la cotización como una exención parafiscal, esto es, una contribución económica del cotizante, ordenada por ley, destinadas a fines específico de interés público. En el caso que hemos venido desarrollando, la destinación específica sería financiar el sistema de Seguridad Social. Cabe mencionar que en este sentido, la naturaleza jurídica de la cotización previsional, a nivel de derecho comparado, corresponde a una contribución parafiscal.

Ahora bien, todo tipo de teoría respecto a la naturaleza jurídica de la cotización previsional, tiene sus aciertos y también sus inconvenientes, por lo que se ha planteado su naturaleza *sui generis*, aduciendo que la cotización previsional “reúne las características de autónoma, con destinación específica (afectada/o a uno o más regímenes previsionales), establecida por la sociedad imperativamente a los sujetos obligados al pago (empleadores y/o trabajadores) para solventar, total o parcialmente, el costo de una prestación de interés social y, en el caso que nos ocupa ahora, de las pensiones.”<sup>20</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de nuestro país, ha contribuido también a la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la cotización previsional, enfocándose principalmente en el derecho de propiedad que pudiese tener el cotizante sobre el aporte enterado a las instituciones previsionales correspondientes.

---

<sup>20</sup> Cifuentes, Hugo y Silva, María Pía. “Constitución y cotizaciones previsionales.” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/18675-profesores-hugo-cifuentes-y-maria-pia-silva-constitucion-y-cotizaciones-previsionales>

El Tribunal Constitucional ha sostenido que *“la obligación de cotizar es exigida por la sociedad, representada para este efecto por el órgano gestor, y criticando la conceptualización de la cotización previsional como remuneración diferida, ha establecido que corresponde a una obligación de derecho público subjetivo, que faculta al titular para exigir el cumplimiento de la obligación, por lo cual nuestra jurisprudencia ha considerado que la obligación de cotizar no tiene carácter contractual ni ha nacido de la voluntad de las partes”*<sup>21</sup>, pudiéndose agregar que en ninguna parte del texto constitucional, se declara que las cotizaciones son patrimonio o propiedad del cotizante respectivo, mas sólo corresponderían a una obligación de afectación.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, excepcionalmente, y a partir del fallo conocido como “Rentas Vitalicias”, del año 2001, declaró que las cotizaciones correspondientes al ahorro previsional, son efectivamente de propiedad del cotizante, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 H del Decreto Ley. 3500.

Consideró el Tribunal Constitucional, en la sentencia mencionada anteriormente que: *Los afiliados tienen un derecho de propiedad sobre sus fondos previsionales depositados en sus cuentas individuales, desde el momento que forman parte de su herencia al instante de su fallecimiento, en la eventualidad prevista por la ley.*

*Por otra parte, cabe señalar que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 33, inciso primero, “Cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos.”*

*(...) se infiere, con claridad meridiana, que en el Sistema de Pensiones establecido por el Decreto Ley N° 3.500, cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituyen un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos.”*

---

<sup>21</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 767-07, considerando décimo sexto.

En este sentido, será interesante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuando resuelva las inaplicabilidades por inconstitucionalidad planteadas<sup>22</sup>, respecto del Decreto Ley 3.500, especialmente sus artículos 23, 34 y 51<sup>23</sup>. Diferentes Cortes de Apelaciones, conociendo mediante recurso de protección, se enfrentan a la solicitud de un recurrente jubilado, de poder retirar sus fondos de pensiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

El centro del debate se produce “en cuanto los fondos previsionales tienen como objeto exclusivo otorgar y administrar beneficios de este Decreto Ley y son parcialmente inembargables destinados exclusivamente a generar pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia (...), en contravención a la Constitución en cuanto a los atributos inalienables de los derechos de propiedad”<sup>24</sup>, como el de disposición.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronunciarán al respecto, a la fecha de entrega de este trabajo, aun no son publicadas, sin embargo, en un comunicado público de fecha 19 de diciembre, éste expreso que: “en votación unánime, los ministros del Tribunal Constitucional, estuvieron por rechazar ambos requerimientos de inaplicabilidad, conforme los argumentos que serán

---

<sup>22</sup> Los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fueron deducidos por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa rol N° 7442-19 INA, y por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en causa rol N° 7548-19 INA.

<sup>23</sup> Los artículos señalados versan sobre lo siguiente:

Art. 23 trata de las AFP y su objeto exclusivo: administrar Fondos de Pensiones, otorgar y administrar prestaciones y beneficios del DL 3.500.

Art. 34 se refiere a que los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones serán, por lo general, inembargables y estarán destinados sólo a generar prestaciones del DL 3.500.

Art. 51 establece que las pensiones (vejez, invalidez y sobrevivencia) se financian con el saldo de la cuenta individual.

<sup>24</sup> Cifuentes Lillo, Hugo. (2019). “Causa ROL 2797-2019. Corte de Apelaciones, Antofagasta: Recurso de protección contra AFP, por devolución de fondos de capitalización individual”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/es/exalumnos/derecho-uc-en-linea/actualidad-juridica/23801-causa-rol-2797-2019-corte-de-apelaciones-antofagasta-recurso-de-proteccion-contra-afp-por-devolucion-de-fondos-de-capitalizacion-individual>

desarrollados en las sentencias respectivas,<sup>25</sup> por lo que será interesante la relación que éste haga de la naturaleza jurídica de las cotizaciones previsionales, como derecho de propiedad, con la restricción a la facultad de disponer de estos bienes.

La doctora en Derecho, Alejandra Zúñiga, ha entendido que “el Sistema de Pensiones (regulado por el Decreto Ley 3.500) es fundamentalmente un régimen contributivo, un sistema de capitalización individual, compuesto por el ahorro que cada trabajador pueda realizar en su vida laboral. Esos recursos son del trabajador y, aunque su uso y goce está condicionado, en general, a que el trabajador llegue a la edad de jubilación, forma parte del patrimonio del mismo y por tanto de su herencia.”<sup>26</sup>

Respecto a los otros tipos de cotizaciones, y en especial, las que corresponden a cotizaciones de seguridad social que otorguen prestaciones de salud, se ha mantenido la postura unánime de que no son de propiedad del cotizante, por lo que no podrían considerarse como una remuneración diferida. Lo anterior, debido a que “el sistema sanitario no funciona en términos de ahorro, sino que se trata de un monto destinado a financiar un derecho fundamental. Luego, la naturaleza de la cotización de salud, en sí misma -a diferencia de la cotización para el sistema de pensiones, que es claramente un ahorro- no permite adjudicar propiedad al cotizante.”<sup>27</sup>

Esta postura, entiende que las cotizaciones previsionales de salud responden más a los principios de la justicia distributiva, es decir, “su esquema básico de funcionamiento implica que la aportación de recursos la deben realizar quienes disponen de más renta, en tanto que la protección debe dispensarse a quien más

---

<sup>25</sup> Comunicado del Tribunal Constitucional (19 de diciembre de 2019). Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Comunicado-Rol-7442-7548.pdf>.

<sup>26</sup> Zúñiga Fajuri, Alejandra (2014). “*informe comisión presidencial de pensiones*”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica-2/c/3/0/c3013ef8aea6736d9984d158973f0f19e3b6ee86eb3c5bb83f6a14f806e93a36/home\\_aristoteles\\_documentos\\_Pre\\_1.pdf](http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica-2/c/3/0/c3013ef8aea6736d9984d158973f0f19e3b6ee86eb3c5bb83f6a14f806e93a36/home_aristoteles_documentos_Pre_1.pdf)

<sup>27</sup> *Ibíd.*



la necesita, y ese es precisamente el esquema ético básico de la Seguridad Social”,<sup>28</sup> en contraposición a la justicia conmutativa, en la se entiende una sinalagmaticidad entre la cotización y la prestación.

### **2.3. El sistema de Ahorro de Fondos de Pensiones.**

Han sido dos los grandes modelos que las sociedades occidentales han abrazado en relación al financiamiento del Sistema de Seguridad Social, en general, y de las pensiones de los trabajadores, en particular. Estos dos grandes modelos han sido el Sistema de Reparto, por un lado, y las Cuentas de Capitalización Individual, por el otro.

El primero de estos modelos, caracterizado por los principios de solidaridad y confianza pública, le otorgaba al sistema un fuerte contenido ético social, al entender como tarea de la sociedad en su conjunto, el retribuir de forma justa el trabajo desarrollado durante la vida del trabajador, en miras a conseguir una vida digna en los años de retiro. Sin embargo, “el desequilibrio demográfico y las sucesivas crisis mundiales demostraron sus falencias y creciente dificultad para sostener el crecimiento del sistema, a no ser por recortes de beneficios y aumento progresivo y sostenido de tasas de cotizaciones e impuestos generales.”<sup>29</sup>

En contraposición a lo anterior, durante la segunda mitad del siglo XX, se han venido desarrollando grandes cambios en los sistemas de Seguridad Social. Dentro de estos cambios, se destaca “elsurgimiento de fuentes de financiamiento diversas a los denominados “Fondos de Reparto”, otorgándose así un rol muy importante a las denominadas “Cuentas de Capitalización Individual”, fundadas en el ahorro personal.”<sup>30</sup>

La idea de este sistema basado en el ahorro personal del cotizante, es que “dicho ahorro adopta un esquema institucional, en el que los que deciden en qué invertir

---

<sup>28</sup> Buenaga Ceballo, Óscar. (2016) *“El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores”* (Tesis doctoral de la Universidad de Cantabria, España). p. 36.

<sup>29</sup> Humeres Noguera, Héctor. (2013). *“Los desafíos de la Seguridad Social en el siglo XXI.”* Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N°7, Santiago. p. 149

<sup>30</sup> *Ibíd.* p. 140

los ahorros son profesionales que tienen conocimientos bastante profundos del mercado financiero<sup>31</sup>, que en la teoría, les permitiría obtener mayores rentabilidades en la inversión de los capitales encomendados.

Así entonces, surge como alternativa ante al Sistema de Reparto, las Cuentas de Capitalización Individual. En Chile, pioneros en la creación de este modelo de pensiones, se dicta en 1980, el Decreto Ley 3.500, cuya idea central se basa en el ahorro que cada trabajador realiza en un sistema administrado por entes privados, los cuales a través de la capitalización de dicho ahorro, acumula individualmente determinados fondos que financiarían la jubilación del trabajador, “cuyos monto y duración en el tiempo, depende directamente del total de dineros ahorrados, la rentabilidad que se ha obtenido mediante la inversión de dichos fondos, y la expectativa de vida de cada individuo.”<sup>32</sup>

De esta forma, se crean los entes previsionales privados que otorgarán las pensiones a los trabajadores de Chile, se crean Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

La experiencia, sin embargo, ha demostrado<sup>33</sup> que los sistemas de capitalización individual, las AFP, en nuestro país, también tiene distorsiones y falencias estructurales que la aquejan. Por un lado, y desde la óptica de la Seguridad Social, el ente previsional que otorga las pensiones de los trabajadores, debe resguardar una debida correlación de lo obtenido por el trabajador en su vida laboral con la pensión que recibirá al momento del retiro, asegurando una debida prestación a la contingencia social que se genera.

---

<sup>31</sup>Humeres Noguera, Héctor. (2019). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Tomo III De la Seguridad Social. Decimoséptima edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 23

<sup>32</sup> Fuenzalida Martínez, Patricia. (2015). “*El Derecho de la Seguridad Social como herramienta de inclusión social del Estado democrático Constitucional.*” Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 6, N°11, Santiago. p.187

<sup>33</sup> Al respecto, Gálvez Carrasco, Recaredo y Kremerman Strajilevich, Marco. (2019). “*Pensiones bajo el mínimo, resultados del sistema de capitalización individual en Chile.*” Fundación Sol. Recuperada el 27 de enero de 2020 desde <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2019/07/Pensiones-bajo-el-minimo-2019-1.pdf>

Sin embargo, al ser las AFP entes privados constituidos en sociedades anónimas, su naturaleza está determinada por perseguir fines de lucro, éstas tenderían, pues así lo exige su giro, a privilegiar la rentabilidad del negocio y maximizar sus utilidades, en desmedro del debido funcionamiento del sistema, lo que impactaría a las prestaciones que debería otorgar, “pareciera que una adecuada conjunción entre los sistemas de reparto y capitalización individual, fuere la idea más razonable para obtener el desarrollo del Sistema de Pensiones, ya que permitiría asegurar una base de equidad y sostenibilidad.”<sup>34</sup>

Las lagunas previsionales son otra dificultad que afronta el sistema, producido por el tiempo de vacancia en que el trabajador no aporta en el pago de sus cotizaciones previsionales. Igual resultado produce el no pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador, cuando retuvo las cotizaciones de sus trabajadores, pero no las pagó. En este sentido, la deuda previsional en Chile (considerando sólo las cotizaciones declaradas y no pagadas), según el último Informe Anual de Deuda de Pensiones de la Superintendencia de Pensiones, asciende a la suma de \$278.000.000.000<sup>35</sup>, al día 31 de diciembre de 2017.<sup>36</sup>

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), mediante su comisión de expertos, no se ha restado de las críticas y ha sugerido indicaciones que modifiquen al Sistema Previsional Chileno. Las recomendaciones han sido las siguientes: “i) Que el sistema de pensiones establecido en el DL 3.500, en 1980, sea administrado por instituciones que no persigan fines de lucro.; ii) que los representantes de los asegurados participen en la gestión del sistema en las condiciones que determine la legislación y las prácticas locales; y iii) que los empleadores contribuyan a su financiamiento.”<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Humeres Noguera, Héctor. (2013). “*Los desafíos de la Seguridad Social en el siglo XXI.*” Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N°7, Santiago. p. 150

<sup>35</sup> Cifra nominal, ya que no incluye reajustes, intereses y recargo.

<sup>36</sup> Superintendencia de Pensiones. (2018). “*Informe Anual Deuda Previsional*”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-13289.html>

<sup>37</sup> Arellano Ortiz, Pablo y Cifuentes Lillo, Hugo. (2010). “*Legislación chilena del pensiones e indicaciones de la comisión de expertos de la OIT.*” Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N°2, Santiago. p 124

De acuerdo a la primera recomendación realizada por la OIT, que el sistema de pensiones sea administrado por instituciones que no persigan fines de lucro, el sistema chileno se acomodó en parte a esta recomendación, validando por un lado la existencia de las AFP como sistema de gestión del régimen de capitalización individual, y creando, por el otro, el Instituto de Previsión Social (INP), un servicio público encargado de la administración del sistema solidario de pensiones, financiadas por el Estado, otorgando de esta forma, prestaciones no contributivas en determinados casos de vejez e invalidez.

Respecto a la segunda recomendación, el sistema de pensiones chileno, cuenta con la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones, dentro de cuyas funciones se encuentra informar sobre las evaluaciones que sus representados realicen respecto del funcionamiento del sistema de pensiones, y proponer estrategias de educación y difusión.

Por último, en cuanto a la contribución de los empleadores al financiamiento del sistema, se contempla en el caso de trabajadores que realicen trabajos calificados como pesados, la que está sujeta a una estricta reglamentación; en la llamada cotización adicional del empleador, que realiza en el financiamiento de un seguro de invalidez y sobrevivencia en beneficio de los trabajadores; y en el ahorro previsional colectivo, cuyo funcionamiento se genera en una situación escasa, ya que considera un alto nivel de negociación colectiva, que genera la posibilidad de que el empleador realice una contribución igual o superior a la realizada por el trabajador en el pago de sus cotizaciones previsionales.

Así entonces, las indicaciones que ha formulado la OIT respecto a modificaciones en el sistema de pensiones de nuestro país, han sido implementadas de una forma parcial y escasa, por cuanto no se ha generado un real impacto en el funcionamiento del sistema, que adolece de las mismas falencias arriba mencionadas.

En este sentido, podemos mencionar como falencias del sistema previsional, la correlación entre el ahorro previsional de cada trabajador y el mercado del trabajo.

De este último factor, el mercado del trabajo, depende el desarrollo de la inserción laboral, la calidad en el empleo y la continuidad de éste, de tal forma que las fluctuaciones propias del mercado laboral, hacen que en determinados momentos, muchos trabajadores no cuenten con el aporte que deben realizar en las AFP. De esta forma, puede verse afectado fuertemente la periodicidad y nivel de los aportes realizados a la cuenta de capitalización individual.

Otra dificultad ligada al mercado laboral, la podemos anotar en que “la evasión laboral, la ausencia de cotización y la subdeclaración de ingresos son problemas severos que afectan el desempeño del Sistema de Pensiones en cuanto a cobertura y suficiencia de las prestaciones.”<sup>38</sup> Así por ejemplo, la creación de puesto de trabajos informales o precarizados, en los que al trabajador no se le descuentan las cotizaciones de seguridad social correspondientes, constituye un grave problema que el mercado del trabajo aún no ha solucionado.

Por otro lado, expertos han mencionado que “las políticas públicas relativas al envejecimiento y bienestar de la población requieren de la dimensión de género sea incorporada como una consideración central”<sup>39</sup>, ya que en el funcionamiento del Sistema de Pensiones, se produce una gran asimetría en las pensiones que reciben los hombres en desmedro de las mujeres; ya sea por la gran diferencia que existe en la brecha de salarios entre hombres y mujeres; la división sexual del trabajo, esto es la distribución del trabajo dentro y fuera del hogar; la menor participación de la mujer en el mercado laboral; y los periodos de interrupción laboral por la maternidad, entre otros factores.

Podemos también esbozar también una crítica al actual sistema de pensiones, desde la óptica de la Seguridad Social, en cuanto a la prestación que las AFP deben entregar a los trabajadores en retiro, ya que “más que el derecho del afiliado a la protección social, otorga la capacidad de elegir dentro de las opciones

---

<sup>38</sup> Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones. (2015). “Informe Final.” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://prensa.presidencia.cl/lfi-content/otras/informes-comisiones/InformePensiones.pdf> p. 68

<sup>39</sup> Ibid. p. 70

consideradas eficientes para administrar en forma individual aquellos riesgos que le impedirían disponer de ingresos suficientes en las edades adultas”<sup>40</sup>, así entonces, la lógica del sistema responde al funcionamiento de los mecanismos del mercado como los encargados de definir la oferta óptima de las AFP, que guiadas por la competencia, fomentarían su rentabilidad y bajas comisiones, en beneficio de los afiliados y pensionados.

De esta forma, no se garantiza una prestación de Seguridad Social a la contingencia del retiro, sino que solamente la facultad de elegir en que administradora de fondos de pensiones puedo mantener el ahorro previsional.

Por último, cabe mencionar una gran carencia que el sistema presentaba respecto de la solución previsional de un gran número de trabajadores agrupados en el empleo independiente, el cual representa algo menos de un 25% de los ocupados en nuestro país<sup>41</sup>. No fue sino hasta el año 2008, mediante la dictación y publicación de la Ley N° 20.255, que se estableció que los trabajadores independientes que emiten boleta de honorarios se incorporarían gradualmente al sistema de pensiones a contar del 1 de enero de 2012, contribuyendo de esta forma, a asegurar las prestaciones previsionales en la época de su jubilación.

Ahora bien, sin perjuicio de que la implementación gradual de la Ley N°20.255, incluyó a los trabajadores independientes al sistema de pensiones, aún quedan “ocupados en calidad de empleadores, familiares no remunerados y asalariados con contratos no escriturados que representan el 12% de los ocupados que se estiman tampoco cotizan”<sup>42</sup>

Las soluciones, según algunos expertos<sup>43</sup>, podrían ir enfocadas en diversas vías de acción, entre las que encontramos: el aumento de la cobertura, la implementación de fuentes de financiamiento sostenido, mejoras al sistema de

---

<sup>40</sup> Ibid. p. 73

<sup>41</sup> Ibid. p. 69

<sup>42</sup> Ibíd. p. 69

<sup>43</sup> Humeres Noguera, Héctor. (2013). “*Los desafíos de la Seguridad Social en el siglo XXI.*” Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N°7, Santiago.

gestión público-privada, disminución de las brechas de género, y la ampliación e integración de políticas dirigidas al adulto mayor.

### **3. La nulidad del despido**

#### **3.1. Normativa**

La regulación de la llamada “nulidad del despido”, se encuentra en el artículo 162, incisos del 5° al 9°, y en el artículo 510 del Código del Trabajo. En los mencionados artículos e incisos respectivos, el legislador introdujo una modificación en la regulación del término de contrato de trabajo, creando requisitos, obligaciones, derechos y sanciones.

El artículo 162 inciso 5° del Código Laboral, establece la obligación del empleador de informar por escrito el estado del pago de las cotizaciones previsionales al trabajador, para proceder del despido. Cabe mencionar que además, el empleador debe adjuntar los comprobantes de pago que justifiquen el entero de los montos en las respectivas instituciones previsionales.

Ahora bien, si el empleador no hubiere efectuado el pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido, el legislador establece como sanción jurídica que, el despido no producirá el efecto de poner término al contrato. En efecto, la sanción establecida por la ley al empleador que no ha pagado las cotizaciones previsionales corresponderá a que deberá continuar pagando las remuneraciones y cotizaciones previsionales hasta la convalidación del despido.<sup>44</sup>

Se ha discutido acerca de que si el incumplimiento de la obligación del empleador, de informar el estado de pago de las cotizaciones previsionales hace aplicable la nulidad del despido. Parte de la doctrina ha estimado que “del análisis del mismo inciso 5° del artículo 162, puede desprenderse de que la sanción ante el incumplimiento de esta obligación por el empleador [la obligación de informar el estado de pago de las cotizaciones previsionales], a diferencia de la señalada

---

<sup>44</sup> Explicaremos la convalidación del despido en el apartado siguiente.

anteriormente, no acarrea la nulidad del despido<sup>45</sup>, sin embargo, en una sentencia de la Corte Suprema<sup>46</sup>, se entendió que el inciso 8° del artículo 162, precisando la obligación de comunicar el estado de pago de las cotizaciones previsionales, señala que cualquier error u omisión en que se incurra con ocasión de la comunicación que el empleado deba realizar al trabajador, *que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las cotizaciones previsionales*, no invalidarán la terminación del contrato. “A contrario sensu, los errores en toda comunicación que tenga relación con el pago íntegro de las cotizaciones previsionales deberán sancionarse con la nulidad del despido.”<sup>47</sup>

Respecto a la procedencia de la aplicación de la llamada nulidad del despido en los diversos tipos de contrato de trabajo, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha considerado que es jurídicamente compatible con la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo estipulado; la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato de trabajo; caso fortuito; fuerza mayor; las causales de despido imputables al trabajador contenidas en el artículo 160; la causal de necesidades de la empresa del artículo 161; y en el caso del despido improcedente por invalidez total o parcial.

La interpretación de la Corte Suprema, supone, por ejemplo, en el caso de la terminación del contrato por el vencimiento del plazo establecido, que, el artículo 162 inciso 5° en *“la remisión a “los incisos precedentes” comprende, desde luego, a su inciso primero, que al respecto declara: “Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 o 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160 ...”, siendo la del artículo 159 N°4, la causal de terminación del contrato por vencimiento del plazo convenido*”<sup>48</sup>, procedería aplicar la nulidad del despido en todos los tipos de contrato mencionados en los incisos del artículo 162 y del

---

<sup>45</sup> Vergara Miranda, Rafael. (2017). *“Terminación del contrato de trabajo. Cuarta Parte”*. Editorial Metropolitana, Santiago. p. 297-298.

<sup>46</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 4079-2000.

<sup>47</sup> Vergara Miranda, Rafael. (2017). *“Terminación del contrato de trabajo. Cuarta Parte”*. Editorial Metropolitana. Santiago. p. 299.

<sup>48</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 31.967-2017.



actual artículo 161 bis, que establece la improcedencia del despido por causa de invalidez.

### **3.2. Convalidación del despido.**

Los incisos 6° y 7° del artículo 162 Código del Trabajo, dispone la regulación de la convalidación del despido, como una facultad del empleador y a su vez, como una obligación de éste. El inciso 6 del artículo en comento, dispone que el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, comunicándolo mediante carta certificada y acompañando los certificados correspondientes. Es decir, para darle la eficacia jurídica al acto del despido, el empleador debe solucionar la deuda previsional con el trabajador y comunicárselo acompañando los comprobantes que acrediten el pago en la institución previsional correspondiente.

Por otro lado, el inciso 7° del artículo 162, disponiendo que sin perjuicio de haber convalidado el despido según lo dispuesto en el inciso 6° comentado anteriormente, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajado durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.

En síntesis, para que el empleador pueda convalidar el despido, es necesario el cumplimiento copulativo de las siguientes cargas: (i) el pago de las cotizaciones adeudadas hasta el último día del mes anterior al del despido en suspenso; (ii) la solución de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en la ley y en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la completa convalidación del despido; y (iii) el envío o entrega de la carta certificada donde se comunica el pago de las cotizaciones adeudadas, acompañando los documentos que acrediten dichos pagos en las instituciones previsionales correspondientes.

Se ha discutido acerca del momento en que se produce la convalidación del despido por parte del empleador, pudiendo ser éste en los siguientes momentos:

con la ocurrencia del pago de las cotizaciones adeudadas o con la comunicación que el empleador debe realizar al trabajador de dicho pago, acompañando los certificados correspondientes.

La Corte Suprema ha interpretado la normativa en cuestión, de la siguiente forma: *“el inciso 7° obliga al empleador a pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el pacto laboral durante el período comprendido entre la fecha de la desvinculación y la de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”*<sup>49</sup>, entendiéndose como parte esencial de la convalidación del despido, el cumplimiento de la entrega o envío de la carta certificada que comunica el estado del pago de las cotizaciones previsionales al trabajador.

Ahora bien, existe una excepción a la regla general anteriormente analizada. El inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo señala que no será exigible pagar las remuneraciones y demás prestaciones que establece el contrato de trabajo, (por efecto de la nulidad del despido), cuando el monto de lo adeudado por concepto de cotizaciones previsionales devengadas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales.

De esta forma, se debe contemplar la deuda previsional anterior al despido, luego la deuda previsional posterior al despido, que juntas, conforman la deuda total previsional. En la situación descrita en la ley, el monto de la deuda previsional al despido no debe ser mayor que 2 UTM o el 10% de la deuda previsional total, que se conforma con la suma de la deuda previsional anterior y posterior al despido.

Cabe decir para la aplicación de la excepción comentada, el empleador debe realizar el pago de las cotizaciones previsionales adeudadas dentro de 15 días hábiles contados desde la notificación de la demanda.

---

<sup>49</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 6534-2015

### **3.3. Efecto de la nulidad del despido.**

El efecto principal de la nulidad del despido, está contenido en la parte final del inciso 5° del artículo 162, esto es, que el despido no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo. En ese sentido, el inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, se relaciona con el efecto principal de no poner término al contrato de trabajo, en cuanto señala que sin perjuicio de la convalidación del despido, el empleador se encuentra obligado a pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato durante el periodo que medie entre el despido y la fecha de entrega de la comunicación al trabajador de que las cotizaciones previsionales adeudadas se encuentran pagadas. De esta forma, la aplicación de la nulidad del despido, hace subsistir las obligaciones para el empleador.

Se puede entender que la expresión “remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato” del artículo mencionado más arriba, hace referencia a todos aquellos emolumentos en dinero o en especies que el trabajador tiene derecho a percibir según su contrato, siendo irrelevante si constituyen remuneración en los términos descritos en el artículo 41 inciso 1° del Código del Trabajo. Lo anterior, ciertamente, incluye también el pago de las cotizaciones previsionales que se devenguen desde el momento del despido, hasta su total convalidación.

Respecto a la extensión de los efectos propios de la nulidad del despido, se ha discutido acerca de su duración, existiendo hasta ahora dos posturas. Una primera postura de la jurisprudencia interpretaba por analogía el plazo de prescripción de la nulidad del despido, consagrado en el artículo 510 inciso 3°, a la extensión de la obligación del empleador de pagar las remuneraciones y demás prestaciones laborales, por el plazo de 6 meses. Más tarde, sin embargo, mediante la dictación de la Ley 20.194, se interpretó lo señalado en el inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, en cuanto “el pago al cual está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales, comprende la totalidad del periodo de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador le comunica al

trabajador que ha pagado las cotizaciones previsionales morosas”<sup>50</sup>, por lo que el plazo de prescripción del artículo 510 inciso 3° del Código del Trabajo se considera para el solo efecto de la interposición de la demanda.

Se ha planteado en la discusión doctrinaria como supuestos efectos de la nulidad del despido la suspensión de la obligación del trabajador a prestar servicios y si procede o no la reincorporación del trabajador. Ambos efectos son aparentes, según lo que expondremos en el apartado a propósito de la naturaleza jurídica de la nulidad del despido.

### **3.4. Compatibilidad de acciones de la nulidad del despido.**

#### **3.4.1. Compatibilidad de acciones entre la nulidad del despido y el despido injustificado o despido indirecto.**

La Corte Suprema ha establecido en una sólida jurisprudencia<sup>51</sup> la compatibilidad de acciones entre el despido injustificado y la nulidad del despido, argumentando que obedecen a diversos objetivos, aduciendo que *“el artículo 162 del Código del Trabajo, pretende sancionar al empleador negligente que no entera las cotizaciones del trabajador, imponiéndole la obligación de continuar pagándole a éste, las remuneraciones y demás prestaciones estipuladas en el contrato de trabajo, la acción por despido [injustificado], en cambio, conduce a la calificación de la terminación de los servicios, a fin de determinar la procedencia de las indemnizaciones legales”*<sup>52</sup>.

Así entonces, se ha entendido que al ser las acciones señaladas de diversa naturaleza jurídica, estas no se contraponen. La llamada nulidad del despido apunta a una sanción impuesta por ley al empleador que no ha enterado las cotizaciones previsionales del trabajador al momento del despido, a modo de

---

<sup>50</sup> Benavides Fritis, Carlos. (2010). *“El despido en la nueva justicia laboral”*. Thomson Reuters Puntotex. Santiago. p. 187.

<sup>51</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 482- 2019, 11.584-2014, 24.388-2015 y 47.861-2016

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 5369-2006.

incentivar su íntegro cumplimiento. Lo anterior entonces, no obsta a que se pueda realizar el examen de la calificación jurídica del despido, para determinar la procedencia de las indemnizaciones legales consecuentes.

### **3.4.2. Compatibilidad de acciones entre la nulidad del despido el despido indirecto o autodespido.**

Se discutió por la jurisprudencia acerca de la compatibilidad de accionar conjuntamente a través del autodespido y la nulidad del despido. Una primera jurisprudencia señaló que “se produce una incompatibilidad entre la acción ejercida [despido indirecto] y el efecto del no cumplimiento exigida por la llamada “Ley Bustos”. Al ser el actor quien pone término al contrato de trabajo invocando una causal legalmente establecida en contra del empleador no puede sustentar la acción de nulidad del despido que tiene como base fundamental el hecho de que dicho despido no produjo efecto”<sup>53</sup>, aduciendo a que el despido o la terminación de la relación laboral fue provocada por el mismo actor.

En este sentido, se entendía que la regulación de la nulidad del despido, estaba establecida sólo en el caso de que el empleador proceda a despedir al trabajador. Adicionalmente, la Corte Suprema, aduciendo que la regulación de la nulidad del despido, al estar enfocada en el despido realizado por el empleador, señalaba que *“siendo la nulidad del despido una sanción, como tal ha de aplicarse de manera restrictiva a los casos expresamente contemplados por la ley y no por analogía”*<sup>54</sup>.

Luego, la jurisprudencia tuvo un cambio de criterio en la consideración de la compatibilidad de la acción de nulidad del despido con la del autodespido. En esta nueva forma de interpretación, se obedece al tener literal del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, que señala que si el empleador no hubiera efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo, por lo que no existe razón valedera para excluir el “autodespido o despido indirecto” del concepto general de “despido” establecido en la norma, ya que de otra forma se podría

---

<sup>53</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 325-2006.

<sup>54</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 42-2013

estar privilegiando al patrón incumplidor de sus deberes de seguridad social, ya que éste podría llevar al trabajador a una situación tal, en la que prácticamente, haga inevitable el autodespido de éste último, por lo que no le afectaría dicha carga.<sup>55</sup>

Así entonces, en palabras de la Corte Suprema: *“si es el trabajador el que decide finiquitar el vínculo laboral mediante la figura que la doctrina laboral denomina “autodespido”, puede reclamar que el empleador no ha efectuado el íntegro de las cotizaciones previsionales a ese momento y, por consiguiente, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo”<sup>56</sup>*, por medio de la aplicación de la nulidad del despido.

Por último, se ha interpretado el espíritu de la ley, aduciendo que *“la finalidad de la citada norma es precisamente proteger los derechos de los trabajadores afectados por el incumplimiento del empleador en el pago de sus cotizaciones de seguridad social, la que no se cumpliría si sólo se considera aplicable al caso del dependiente que es despedido por decisión unilateral del empleador”<sup>57</sup>*.

#### **4. Naturaleza jurídica de la nulidad del despido.**

##### **4.1. Historia de la Ley**

Durante la discusión del proyecto de ley en la sala de la Cámara de Diputados, uno de los miembros de la Comisión de Trabajo, el Diputado Muñoz, abogado, dio luces de la que podía considerarse como la naturaleza jurídica de la posteriormente llamada nulidad del despido, a propósito de la situación que se genera cuando a los trabajadores no se les han enterado sus cotizaciones previsionales que les fueron descontadas mes a mes, señalando lo siguiente: *“De allí que el proyecto viene a reparar una situación injusta que afecta a los trabajadores, además de contener una sanción adicional: no provocar el efecto*

---

<sup>55</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1887-2012

<sup>56</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 95037-2016

<sup>57</sup> *Ibíd.*

*jurídico de la terminación del contrato de trabajo.*<sup>58</sup> La nulidad del despido, de esta forma, se configura como una sanción al momento del despido del trabajador, no produciendo el término de la relación laboral por el incumplimiento específico del empleador, de no haber enterado las cotizaciones previsionales del trabajador que fueron descontadas mes a mes durante el desarrollo de la relación laboral.

Se pensaba que la sanción impuesta a dicho incumplimiento generaría en el empleador un desincentivo económico poderoso frente a la decisión de poner fin a la relación jurídica laboral, ya que generaría una obligación ostensiblemente más onerosa que el mismo pago de las cotizaciones previsionales adeudadas. En este sentido se pronuncia en la discusión en sala de la Cámara del Sena, el Ministro del Trabajo y Previsión Social, a propósito de los empleadores que despiden a los trabajadores sin haber aportado las cantidades respectivas en las Administradores de Fondos de Pensiones, y que por lo tanto no se hallaren al día en el pago de las cotizaciones previsionales: *“el propósito del Gobierno es establecer una sanción clara, tendiente a impedir la validez del despido de un trabajador si no se hallan al día las cotizaciones previsionales”*<sup>59</sup>, por lo que claramente se configura como una sanción al empleador por la apropiación de los dineros que le corresponden al trabajador, y que le son descontados de la remuneración.

#### **4.2. La jurisprudencia.**

La jurisprudencia se ha referido a la naturaleza de la llamada nulidad del despido, desde varios enfoques. Por un lado, se ha pronunciado en el sentido de la historia de la ley, aduciendo su naturaleza punitiva en los siguientes términos: *“No se trataba de una nulidad sino de una sanción pecuniaria, reflejada en la subsistencia de la obligación del empleador de pagar las remuneraciones del*

---

<sup>58</sup> Congreso Nacional de Chile. (1999). Historia de la Ley N°19.631. p. 23

<sup>59</sup> *Ibíd.* p. 71.

*trabajador –a pesar del despido-, hasta la “convalidación”, o sea, hasta que se produzca el íntegro de las cotizaciones adeudadas”<sup>60</sup>*

Por otro lado, ha habido jurisprudencia que le ha dado más relevancia a los efectos jurídicos que produce la llamada nulidad del despido para intentar dar luces acerca de su naturaleza jurídica, de la siguiente forma: *“La nulidad de que se trata no contempla la posibilidad de reincorporar al trabajador despedido como lo pretende el actor y, por el contrario, el efecto jurídico es distinto, por cuanto sólo deja vigente la obligación de remunerar de cargo del empleador, lo que equivale a una suspensión relativa de la relación laboral.”<sup>61</sup>* Entendiendo entonces que la llamada nulidad del despido, no produce el efecto de retrotraer a las partes al estado anterior del despido nulo, por no estar obligado el trabajador a la reincorporación, se vislumbra ya no como una nulidad, sino que como una suspensión relativa del contrato de trabajo, que sanciona al empleador y beneficia al trabajador, suspendiendo su obligación de prestar servicios. Veremos más adelante que esta concepción de suspensión relativa, a su vez, presenta también muchos inconvenientes técnicos y teóricos.

Por último, ha existido jurisprudencia que ha entendió la nulidad del despido como una figura inclasificable, señalando que *“no se está en presencia de una nulidad propiamente tal, sino de una figura sui generis, de la cual una exoneración que por una parte es eficaz tanto en la extinción del vínculo cuanto en la génesis de las indemnizaciones consecuentes a su eventual injustificación y, que por otra parte, es ineficaz para liberar al empleador de sus obligaciones por mientras no haga lo que le ordena el citado inciso 6 [del artículo 162 del Código del Trabajo].”<sup>62</sup>*

### **4.3. La doctrina.**

Desde un punto eminentemente civil, la expresión del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo “no producirá el efecto de poner término al contrato”, al

---

<sup>60</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 5984-2011

<sup>61</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 6477-2007

<sup>62</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 11.605-2008



referirse al despido realizado por el empleador, no habiendo efectuado éste el íntegro de las cotizaciones previsionales correspondientes, puede interpretarse como una verdadera ineficacia jurídica al realizar el empleador [el despido], sin cumplir con alguno de los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo, de esta forma, la ineficacia del acto, retrotraería a las partes hasta antes del despido. Sin embargo, encontramos con claridad en la ley, que sólo será el empleador quien deberá seguir cumpliendo con las obligaciones que le impone el contrato, en cuanto al pago de remuneraciones y demás prestaciones laborales, mas el trabajador encontrará suspendida su obligación de trabajar.

Así entonces, de partida, es difícil para la doctrina la comprensión de la institución creada a propósito de lo que llamamos la nulidad del despido.

Dentro de la doctrina laboral chilena, en cuanto al estudio de la llamada nulidad del despido, el profesor don Claudio Palavecino, ha realizado un profundo y crítico análisis de dicha institución. Parte su análisis advirtiendo que lo más saludable para el sistema jurídico laboral, sería la cabal e inmediata derogación de la normativa que regula la llamada nulidad del despido.

En una primera aproximación con la nulidad del despido, se propone desentrañar en sus palabras la indescifrable naturaleza jurídica de la figura, preguntándose si se trata de nulidad del despido, suspensión del contrato de trabajo o una nulidad sui generis, haciendo entrever las posturas que ha tomado la jurisprudencia en determinados momentos.

En análisis de si la naturaleza jurídica de la institución comentada corresponde a una nulidad del despido, tendríamos que establecer que las cotizaciones previsionales adeudadas cuando ocurre el despido, serían el “vicio de nulidad” del mismo. A su vez, aclararía también el concepto de nulidad del despido, el hecho de que éste último acto, sujeto al vicio de nulidad indicado, podría ser “convalidado” por el empleador mediante el pago de las cotizaciones previsionales y cumpliendo los demás requisitos que la ley exige.

La nulidad del despido es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, no lo es en el derecho comparado, que ha establecido diferentes tipos de nulidades del despido, sobre todo en los aspectos de fondo que se relacionan con

el acto, vale decir, “por fundarse la decisión extintiva en una causa ilícita (el fraude a la ley o el despido discriminatorio o, en general, violatorio de derechos constitucionales específicos e inespecíficos del trabajador).”<sup>63</sup>

En términos formales, se ha concebido la nulidad del despido, como excepción, en el caso de los trabajadores aforados, en el que el despido sin la autorización judicial previa, puede desembocar en el reintegro del trabajador a sus funciones y el pago de las remuneraciones y demás prestaciones devengadas durante la separación del trabajador. Así también, podría concebirse en el imaginario, la nulidad del despido por la omisión de una causal legal o el aviso previo, ya que son situaciones jurídicas que se relacionan directamente con el acto del despido.

Ahora bien, el estado de no pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido, para el profesor Palavecino, como vicio de nulidad, es una situación jurídica completamente ajena e independiente del despido.<sup>64</sup>

En cuanto a los efectos jurídicos con los que operaría la nulidad del despido, éstos son totalmente disímiles a los que traería aparejada la nulidad propiamente tal, esto es, en cuanto al efecto de retrotraer a las partes hasta antes del acto nulo. En el del despido, por tanto, si la nulidad del despido operara en este sentido, sería necesaria “la reconstrucción del vínculo contractual quebrado por la voluntad unilateral del empleador y conlleva, como consecuencia lógica de esta reconstrucción, la readmisión obligatoria del trabajador separado de sus funciones”<sup>65</sup>. Sabemos en la actualidad con certeza, ya que fue algo discutido por una pasajera jurisprudencia, que la nulidad del despido no opera en el sentido propio de la nulidad, por cuanto el trabajador no es obligado a continuar prestando servicios ni tampoco procede su reincorporación, por un asunto de sentido común, ya que en la práctica, se trataría de un “empleador obstinado en su morosidad, con el que el reintegro del trabajador, supondría que éste trabajará gratis hasta cumplida la ejecución, si es que además de obstinado, el empleador no es

---

<sup>63</sup> Palavecino Cáceres, Claudio. (2002). “*El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico.*” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://vlex.com/vid/despido-nulo-deuda-previsional-esperpento-43457533>. p. 4

<sup>64</sup> *Ibíd.* p. 4

<sup>65</sup> *Ibíd.* p. 4.

insolvente”<sup>66</sup>, teniendo presente también que la confianza en la que se basa el contrato de trabajo ya no existe, por lo que no tendría sentido reincorporar a un trabajador a sus funciones en ese contexto, lo que podría ser hasta vulneratorio de derechos fundamentales.

En cuanto a la suspensión del contrato de trabajo como naturaleza jurídica de la institución introducida por la llamada “Ley Bustos”, como dijimos, se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, entendiendo que *“el efecto jurídico [de la llamada nulidad del despido]es distinto, por cuanto sólo deja vigente la obligación de remunerar de cargo del empleador, lo que equivale a una suspensión relativa de la relación laboral”*<sup>67</sup>, enfocándose en los efectos propios del acto para determinar su clasificación.

Ahora bien, la doctrina compara ha señalado contestemente que la suspensión del contrato de trabajo obedece en el Derecho del Trabajo a una finalidad relacionada con el principio de continuidad de la relación laboral, “en cambio, con la nulidad que estudiamos no se persigue de ningún modo salvar el contrato de trabajo, sólo se pospone su extinción hasta que el empleador salde su deuda previsional”<sup>68</sup>.

Por otro lado, el efecto propio de la suspensión, tiene como presupuesto la ocurrencia de una interrupción, por causa temporal y no culpable. Señala el profesor Palavecino que la interrupción y posterior suspensión del contrato de trabajo, configuraría un incumplimiento contractual en el trabajador, que otorgaría para el empleador-acreedor dos derechos<sup>69</sup>: la acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, en la suspensión del contrato de trabajo, al empleador queda privado de la acción resolutoria, pero queda liberado de la obligación de remunerar, y ya que en la institución comentada, precisamente funciona en un sentido inverso respecto de las obligaciones del empleador, es

---

<sup>66</sup> Ibíd. p. 5.

<sup>67</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 6477-2007.

<sup>68</sup> Palavecino Cáceres, Claudio. (2002). *“El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://vlex.com/vid/despido-nulo-deuda-previsional-esperpento-43457533>. p. 5

<sup>69</sup> Ibíd. p. 6

difícil su comprensión desde la llamada “suspensión del contrato de trabajo”, “pero sobre todo, porque pague o no pague el empleador las imposiciones, el contrato nunca más volverá a recuperar su plena eficacia,”<sup>70</sup> por lo que de mala forma podría tratarse de una suspensión del contrato de trabajo, cuando la intención del legislador no es la de preservarlo, sino que de extinguirlo, una vez solucionada la deuda previsional.

Finalmente, el profesor Palavecino, plantea que la naturaleza jurídica de la figura estudiada corresponde más bien a una “nulidad-sanción”<sup>71</sup> que, en lugar de privar completamente de eficacia al despido, reduce de manera sustancial su propio efecto y característico –la extinción del contrato de trabajo y, por vía consecencial, de las obligaciones que conforman su objeto- dejando subsistente el contrato y la obligación de pagar al trabajador sus remuneraciones y demás prestaciones.”<sup>72</sup> De lo anterior entonces, se configuraría una sanción en perjuicio del empleador por el incumplimiento de su correlativa obligación de enterar las cotizaciones previsionales del trabajador, en la institución previsional correspondiente.

#### **4.4. La nulidad del despido desde el Derecho de la Seguridad Social.**

Existe un consenso generalizado en la dificultad que presenta una definición del Derecho de Seguridad Social, dado su constante dinamismo y evolución, características esenciales propias de esta rama del derecho.

---

<sup>70</sup> Ibíd. p. 6

<sup>71</sup> Definida por el profesor Pablo Rodríguez Grez como “una sanción civil que consiste en privar, total o parcialmente, de validez provisional a un acto jurídico, o bien en atribuirle otros efectos diversos a los queridos y previstos por las partes, deslegitimando las situaciones jurídicas forjadas a su amparo, en la forma prevista y sin perjuicio de las excepciones legales.” (inexistencia y nulidad en el código civil chileno, editorial jurídica de chile, 1 edición, 1995. p 124.

<sup>72</sup> Palavecino Cáceres, Claudio. (2002). “*El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico.*” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://vlex.com/vid/despido-nulo-deuda-previsional-esperpento-43457533>. p. 6.

Para poder dar una idea más acertada de qué se entienden por el Derecho de la Seguridad Social, nos tenemos que remontar a sus raíces más próximas en la Seguridad Social. La Seguridad Social moderna tiene una primera manifestación importante a finales del siglo XIX, con la influencia de Bismarck en Alemania, en base a la dictación de 3 leyes: (i) Ley sobre seguro de enfermedad, (ii) Ley sobre seguro de invalidez y vejez, y (iii) Ley sobre accidentes del trabajo. Luego, en el año 1942, se presenta ante el parlamento británico lo que se conoce como el Informe Beveridge, el cual contenía un extenso estudio sobre la formulación de reformas en materia de seguros sociales, que tuvieron como consecuencia la promulgación de diferentes leyes, dentro de las que encontramos las siguientes: Ley sobre subsidios familiares, Ley sobre accidentes del trabajo, Ley sobre seguros sociales, Ley sobre servicio nacional de salud y la Ley sobre unificación de los servicios de asistencia y previsión social.

Dentro de estas primeras manifestaciones de la Seguridad Social, ya se vislumbraban ciertos principios orientadores del sistema. Encontramos por ejemplo dentro del informe Beveridge, la proclamación de la intención de extender la Seguridad Social a todos los residentes del país; la idea de que la protección de la Seguridad Social debía extenderse a todas las contingencias sociales (tan solo con algunas limitaciones); la unificación de todas las instituciones de seguros sociales en un servicio público único; y en lo relativo a los aportes pecuniarios del sistema, se estimaba que debían ser del mismo monto para todas las personas<sup>73</sup>, delineando de esta manera, los principios de universalidad objetiva, universalidad subjetiva, unidad e igualdad.

En Chile, no se trató la problemática de la Seguridad Social de forma completa y acabada, sino hasta el año 1959, en el que se mandató a una Comisión de Expertos la elaboración del “Informe sobre la reforma de la Seguridad Social chilena”, en el que se dio a conocer el estudio más amplio y acabado sobre la

---

<sup>73</sup>Humeres Noguera, Héctor. (2019). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Tomo III De la Seguridad Social. Decimoséptima edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 14.

Seguridad Social en nuestro país, el que fue conocido bajo el nombre de “Informe Prat”<sup>74</sup>.

En lo que respecta al concepto de Seguridad Social, el “Informe Prat” la definió de la siguiente manera: *“La Seguridad Social -en su concepto integral y moderno- es la rama de la política socio-económica de un país, por la cual la comunidad protege a sus miembros, asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, más progreso y mayor bienestar comunes”*.<sup>75</sup> Nos parece que esta definición tiene la característica de ser muy amplia en sus alcances, lo que es una gran virtud, considerando los múltiples y diversos fines perseguido por la Seguridad Social.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también ha entregado una definición de lo que puede entenderse por Seguridad Social, de la siguiente manera: *“Es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular, en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.”*<sup>76</sup> En este caso, se concibe a la Seguridad Social como un sistema de protección frente a circunstancias limitantes o contingencias específicas que ocurren en la vida de los individuos o colectividades protegidas.

Ahora bien, entendiendo el inicio y posterior desarrollo de la Seguridad Social, así como su conceptualización, y los fines perseguidos por esta rama de la política socio-económica, podemos anotar una de sus principales características, en las que ha estado conteste parte de la doctrina nacional e internacional. Se ha mencionado que “la Seguridad Social se encuentra en permanente cambio (es

---

<sup>74</sup> En homenaje a don Jorge Prat Echaurren, abogado, quien presidió la Comisión de Expertos encargados de la elaboración del “Informe sobre la reforma de la Seguridad Social chilena”, el que fue dado a conocer en el año 1962.

<sup>75</sup> Informe sobre la reforma a la Seguridad Social chilena. (1964).

<sup>76</sup> Definición de la Organización Internacional del Trabajo, en *“Hechos concretos sobre la Seguridad Social.”* Recupera el 27 de enero de 2020 desde [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf)

una de sus características) y sus instituciones se adaptan con frecuencia a las nuevas realidades”<sup>77</sup>, profundizando cada vez más en la regulación de las prestaciones otorgadas, así como en las soluciones a las problemáticas que la extensión de esta rama de la política socio-económica ha llevado a cabo.

El concepto dinámico de la Seguridad Social también ha permeado a su vez en el Derecho de la Seguridad Social, abriendo paso para que algunos autores conceptualicen el principio de dinamismo<sup>78</sup>, que se traduce en la expansión y consolidación de la institución que empuja hacia la consecución tanto de la universalidad subjetiva de cobertura (todos los ciudadanos e incluso los residentes en el territorio del Estado) como de la universalidad objetiva (protección frente a los estados de necesidad en que pueden verse los individuos cuando se concretan en ellos ciertos riesgos sociales identificados)<sup>79</sup>. El principio de dinamismo, entonces, es la constatación de la necesidad de adecuar la teoría, la práctica y la legislación vigente, a la consecución de un fin determinado, el cual consiste en la protección eficaz del individuo o una colectividad, frente a contingencias sociales específicas.

En definitiva, la Seguridad Social, en su constante evolución a través del siglo XX, ha dado paso también a la concreción del Derecho de la Seguridad Social, una rama del Derecho que presenta características propias. Debido a su constante evolución a través del siglo XX, esta rama del derecho ha cobrado un dinamismo singular, tanto en las coberturas de determinadas contingencias sociales, su financiamiento, como respecto de la formulación de soluciones prácticas y eficaces, en aras de propender al fortalecimiento de la protección de los individuos o colectividades frente a necesidades sociales específicas.

---

<sup>77</sup>Arellano Ortiz, Pablo y Cifuentes Lillo, Hugo. (2010). “*Legislación chilena del pensiones e indicaciones de la comisión de expertos de la OIT.*” Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N°2, Santiago. p. 130.

<sup>78</sup>Aparicio Tovar, Joaquín. (2015). "La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social", Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 33, núm. 2. p. 289-309.

<sup>79</sup> Buenaga Ceballos, Óscar. (2016) “*El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores.*” (Tesis doctoral de la Universidad de Cantabria, España). p. 291

Se ha entendido que el constante cambio que se ha venido desarrollando a partir de la realidad social y económica de los Estado modernos, ha influido tanto en cómo se entiende la Seguridad Social en el Derecho, y en sus instituciones, así como también ha dinamizado la búsqueda de los objetivos de dicha rama del Derecho, ampliando las prestaciones que se consideran cubiertas, así como los mecanismos de protección para que las prestaciones señaladas se otorguen.

Respecto a la contingencia social específica de la vejez y la jubilación, en particular, el sistema de Seguridad Social se ha dinamizado con el objeto de conseguir que el sistema de capitalización individual, reinante en nuestro país, dé pensiones acorde al ahorro y el trabajo realizado durante la vida activa del trabajador.

Cabe mencionar que el Derecho de la Seguridad Social, a su vez, ha sido definido por la OIT como el conjunto de disposiciones legislativas que crean un derecho a determinadas prestaciones para determinadas categorías de personas, en condiciones específicas.

Según lo anterior este conjunto de normas tiene la finalidad de reglar el funcionamiento institucional de la Seguridad Social; reglar las relaciones de los servicios con las entidades empleadoras o con los trabajadores, así como también regular la relación que se produce entre estos dos últimos; y por último, resolver los conflictos que puedan presentarse entre todos los sujetos regulados y anteriormente mencionados, ya sea por vía administrativa o judicial.

De esta forma, desde el Derecho de la Seguridad Social se deben configurar las herramientas jurídicas para solucionar las problemáticas que la contingencia de la jubilación plantea frente a la población activa que entra en fase de inactividad o descanso.

En base a esta problemática general anterior, veníamos revisando la dificultad puntual que presentó y presenta el sistema previsional chileno por el no pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador. Sabemos que el legislador frente al incumplimiento del empleador en el pago de las cotizaciones previsionales del trabajador, y ante el fracaso de otras herramientas jurídicas que existían en la época, para el efectivo cobro de dicha deuda previsional, es que



creó la institución que la doctrina y la jurisprudencia denominó como “nulidad del despido.”

Entendimos también las múltiples falencias que presentó y presenta la conceptualización y aplicación de la normativa que establece la llamada nulidad del despido. Sin embargo, entendiendo ahora, los márgenes en los que se desarrolla el Derecho de la Seguridad Social y la Seguridad Social misma, es que queremos dar una idea de su conceptualización a través de esta rama del Derecho.

Así entonces, aun cuando la llamada nulidad del despido, pueda ser duramente criticada en base a criterios jurídicos de índole civil, no es menos cierto que, su creación respondió a una contingencia social específica, producida por el no pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores por parte de sus respectivos empleadores, así como un obligación del Estado, respecto del imperativo de otorgar garantías básicas en materia de Seguridad Social, por aplicación de la Recomendación N°202, de 2012, de la OIT sobre Piso de Protección Social, que consagra la obligación de que los Estados partes deben propender a evitar el fraude, la evasión fiscal y el no pago de las cotizaciones previsionales.

En síntesis, se convirtió en una herramienta propia del Derecho de la Seguridad Social tendiente a alcanzar el completo pago de los montos que le son descontados al trabajador de su remuneración, para que de esta forma, sean enterados en las respectivas instituciones previsionales, a través de las cuentas de capitalización individual que al efecto tiene cada trabajador.

La aplicación de la norma dispone que de no cumplir el empleador, su obligación de enterar los fondos que se debieron descontar de la remuneración del trabajador, a las respectivas instituciones previsionales, y de ocurrir el despido, éste no produciría el efecto de dar por terminada la relación laboral, hasta el íntegro pago de las cotizaciones adeudadas. Lo anterior, supone entonces, una onerosa sanción al empleador, que incentivaría el cumplimiento por parte del empleador, de enterar los fondos que debió descontar y pagar de la remuneración del trabajador.

Podemos anotar que la modificación introducida por el legislador al sistema jurídico laboral chileno respondió a una coyuntura específica que requería de regulación legislativa, por la transcendencia que significa establecer herramientas para la solución de las necesidades previsionales de los trabajadores, y darle en este sentido, satisfacción a una necesidad que plantea el Derecho de la Seguridad Social.

Podemos establecer entonces, un nexo entre la institución comentada e introducida por el legislador, y el Derecho de la Seguridad Social, ya que la finalidad de la primera está en concordancia con los fines delimitados por la segunda, por cuanto responde a una necesidad de protección de la jubilación del trabajador.

Entendiendo que “la Seguridad Social es un fin en sí misma, y su objeto es la protección del hombre contra las contingencias sociales, utilizando todos los medios que estime necesarios para su realización,”<sup>80</sup> podemos concebir que las raíces jurídicas de la llamada nulidad del despido se encuentran dentro del Derecho de la Seguridad Social, ya que tanto su concepción como aplicación, respondió a una coyuntura específica, que requería de regulación legislativa. De esta forma, la respuesta a la problemática planteada, fue la introducción de una institución que responde al dinamismo que el Derecho de la Seguridad Social plantea en la solución de las problemáticas que tiene la concreción de sus fines.

---

<sup>80</sup> Etala, Juan José. (1966). “*Derecho de la Seguridad Social*”. Edición Ediar. p. 51

## **Capítulo II. Los trabajadores públicos contratados a honorarios.**

### **1. Antecedentes**

La sociedad actual ha experimentado durante las últimas décadas una compleja transformación en la satisfacción de sus necesidades e intereses. En concordancia con el artículo 1° inciso 3° de la Constitución Política de la República, la ciudadanía le ha exigido a la Administración del Estado un crecimiento sostenido de su ámbito de acción, para la creación de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible.

De esta forma, para lograr el fin de promover el bien común, al Estado se le ha exigido el crecimiento de su aparato institucional, lo que conlleva en definitiva, el incremento en la contratación de personal que cumplan con el ejercicio de la función pública.

Sin embargo, este mayor crecimiento del empleo público, no ha correspondido con la ya superada idea de que los funcionarios y trabajadores del Estado, necesariamente, gozan de una mayor estabilidad y seguridad en el empleo, así como de elevadas remuneraciones. Por el contrario, ha quedado demostrado que el grueso de las contrataciones que se han realizado en este crecimiento sostenido de la institucionalidad pública, se ha caracterizado por la predominancia de la relación funcionaria temporal, realizada por medio de la contrata; y precarizando a un segmento de trabajadores del Estado, que son contratados bajo la modalidad a honorarios, pero que muchas veces cumplen sus funciones bajo subordinación y dependencia.<sup>81</sup> De esta forma, la contratación de los trabajadores a honorarios se presenta como la posibilidad de expandir una gestión individual de recursos humanos, sin las rigideces de la burocracia tradicional.

---

<sup>81</sup> Sumada a la precarización laboral existente en el sector público, podemos mencionar también la omisión al reconocimiento del derecho a negociar colectivamente con el Estado, y la prohibición explícita al ejercicio del derecho a huelga.

Las estadísticas elaboradas por la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, reflejan el constante crecimiento del personal a contrata y a honorarios dentro de la Administración del Estado, lo que ha generado una constante precarización del empleo. Por otro lado, el número del personal a planta, esto es, quienes detentan cargos permanentes, gozan de estabilidad en el empleo, y son el sujeto por antonomasia de la carrera funcionaria, prácticamente se ha mantenido a lo largo de la última década, no experimentando un mayor crecimiento.

En el año 2005, la dotación total de trabajadores del gobierno central fue de 165.163, y de ellos, 73.938 eran a contrata, lo que corresponde al 44,7% del personal total. Las contrataciones a planta en el mismo año ascendían a un 54,6% del total de los trabajadores señalados.<sup>82</sup> Más tarde, las estadísticas del año 2014 arrojaron que el total de trabajadores del gobierno central correspondía a 227.867, y de esta cifra, un 60,85% se trataban de personal a contrata, mientras que el 37,3% correspondía a planta.<sup>83</sup>

En lo que respecta a la contratación a honorarios, conforme a las estadísticas de recursos humanos que elabora la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, durante el periodo 2008-2017, el 31 de diciembre de 2015 se generó la cantidad más alta de personal contratado a honorarios. El total de trabajadores a honorarios a finales del año 2015 era de 47.577. Así entonces, desde el año 2008 al 2015, hubo un aumento del 86% en la contratación bajo la modalidad de honorarios. Luego, el año 2017, se genera una baja del 27% respecto del año 2015.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda. (2015). *“Estadísticas de Recursos Humanos del sector público 2005-2014”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros\\_articulo\\_4779\\_group\\_pvid\\_22369](https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_22369)

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, *“Estadísticas de Recursos Humanos del sector público 2008-2017”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros\\_articulo\\_4779\\_group\\_pvid\\_24043](https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_24043)

Sin embargo, para algunos autores el grueso de las estadísticas mencionadas, resultan sospechosamente bajas cuando se contrastan con otras fuentes de información pública, ya que “no se condicen con la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos a la Unión Nacional de Trabajadores/as a Honorarios del Estado, conforme a la cual para el año 2014 se identificaron un total de 350.255 trabajadoras y trabajadores a honorarios en el Estado (ministerios, municipalidades, hospitales, universidades y otras institucionales fiscales). De ese total, 186.722 pertenecen a instituciones fiscales y 153.533 a municipalidades.”<sup>85</sup>

En el contexto del crecimiento que ha tenido en las últimas décadas la institucionalidad del Estado, la búsqueda por la racionalización de los recursos, y el aumento de la productividad en la satisfacción de intereses públicos, podemos señalar que el crecimiento del segmento a honorarios estaría relacionado con: 1) la creación de programas para implementar un restringida política social focalizada; y 2) la posibilidad de implementar una gestión que introduzca mayor flexibilidad en la contratación y despido de persona. Lo anterior entonces, permitiría al Estado un aumento en su productividad colectiva, al implementar y financiar planes y programas, que luego serán ejecutados por las municipalidades, como sucede en el sector de la salud y la educación.

Entendemos la situación del aumento del personal a contrata y a honorarios, como una señal clara de precarización laboral dentro del sector público, ya que este tipo de contrataciones, son básicamente de naturaleza transitoria y accidental, respectivamente, por lo que es clara la situación de que se estarían ocupando de manera abusiva.

Se ha privilegiado entonces la precarización laboral de las personas contratadas al interior de la Administración, sumándole a eso, la pérdida de puestos de trabajo en calidad de funcionarios a planta, quienes según la ley, son los únicos que pueden gozar de carrera funcionaria.

---

<sup>85</sup>Varas Marchant, Karla. “Radiografía del empleo público en Chile: Derechos Laborales de los Funcionarios Públicos”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.elmostrador.cl/media/2016/11/Radiografia-empleo-publico-1.pdf> p. 257.

La situación descrita en los apartados anteriores, dan cuenta de que Estado contrata los servicios de una gran cantidad de personas bajo la modalidad a honorarios, según lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 18.883 y el artículo 11 de la Ley 18.834, y que se desarrolla en muchos casos, bajo un vínculo de subordinación y dependencia al organismo, servicio o municipalidad, existiendo como contrapartida de lo anterior, una remuneración por el cumplimiento de las prestaciones del trabajador.

De esta forma de contratación han resultado consecuencias muy perniciosas para los trabajadores. “En primer lugar, son trabajadores que quedan al margen de toda protección laboral y, por ende, aunque desempeñan funciones habituales de la institución, no cuentan con garantías mínimas para el desarrollo de su función (límite de jornada, descansos, permisos, vacaciones, licencias médicas, protección de la maternidad, etc.). En segundo lugar, no gozan de estabilidad en el empleo, ya que su continuidad queda al arbitrio de la autoridad de turno, y por tanto fuertemente determinada por factores políticos”<sup>86</sup>, aun cuando en la práctica ejerzan la función pública, en cumplimiento del principio de servicialidad del Estado.

Por otro lado, cabe señalar que se han realizado esfuerzos legislativos para propender a la protección de los trabajadores a honorarios. La Ley N° 21.123 establece la incorporación de los trabajadores independientes a los regímenes de protección social. En otras palabras, y en el caso particular de los trabajadores a honorarios del Estado, para éstos, se origina la obligación de pagar las cotizaciones previsionales en las instituciones previsionales que correspondan. Paradójicamente, el reconocimiento en la desprotección de este segmento de trabajadores, por medio de la promulgación de la ley N°21.133, y la respectiva obligación de cotizar, no está acompañado de un reconocimiento respecto de los demás derechos laborales de las personas contratadas bajo la modalidad de honorarios como trabajadores en tanto tal.

Por último, cabe mencionar respecto de la contratación a honorarios dentro de la Administración del Estado, según diversos estudios, lo siguiente: “esta forma de

---

<sup>86</sup> *Ibíd.* p. 253.

contractual se ha desvirtuado, exigiéndoles deberes propios de los trabajadores dependientes (regularidad en sus servicios, cumplimiento de horarios, desempeño de sus funciones en un lugar determinado, etc.), sin ser garantes de sus mismos derechos (derecho a sindicalizarse, derechos maternales y paternales, licencias médicas, vacaciones, etc.)”<sup>87</sup>, por lo que claramente se generan condiciones de precariedad laboral cuando se realiza contratación de personal bajo esta modalidad.

## **2. Marco regulatorio.**

### **2.1. Regulación general de los funcionarios y trabajadores del Estado.**

Para entender la relación de los trabajadores públicos contratados a honorarios por el Estado, primero debemos entender cuál es el marco normativo que regula, en general, las relaciones funcionarias y de trabajo de las personas con el Estado.

La estructura y organización de la Administración del Estado, o Administración Pública, se encuentra regulada en sus bases generales por la Constitución Política de la República, contemplando una serie de principios, organismos y funciones que forma parte fundamental de la Administración.

La Ley N°18.834, que aprueba el llamado Estatuto Administrativo, regula las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados, con excepción de los organismos que la ley expresamente excluya. Por su parte, la Ley N°18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, regula la relación de las Municipalidades con el personal que desempeña labores dentro de dicho organismo.

---

<sup>87</sup> Yáñez, Sonia, y Rojas, Irene. (2017). “*El empleo público en Chile: ¿Trabajo decente en el Estado? Apuntes para el debate.*” Editorial. FLACSO-Chile, Santiago. p. 37.

Según lo establecido en los estatutos administrativos mencionados más arriba, la forma de contratación con el Estado, sea a través de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, servicios públicos centralizados y descentralizados, como por intermedio de las Municipalidades, puede ser de diversas formas, las que revisaremos a continuación.

El artículo 2° de la Ley N° 18.834, establece los cargos de planta y a contrata, señalando que sólo a estos tipos de funcionarios, les corresponderá el cumplimiento de las funciones propias de la institución en la que prestan servicio. A su vez, el artículo 3° del Estatuto Administrativo establece diversas definiciones que dan luz de la naturaleza jurídica de diversos conceptos. Para efectos de este estudio, nos interesan las definiciones que consagran en la letra b) y c) de dicho artículo. La letra b), define la Planta de personal como el conjunto de *cargos permanentes asignados por la ley a cada institución*, que se conformarán a su vez de los siguientes estamentos: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares.

Las personas que se desempeñen en cargos de planta, lo podrán hacer a su vez, en las calidades de titulares, suplentes y subrogantes. La primera es quien ocupa el cargo en propiedad de un cargo vacante. La segunda, respecto de aquellos que sean designados en la calidad de suplente, por la circunstancia de que no sea desempeñado por el titular durante un lapso no inferior a 15 días. Los subrogantes son aquellos que desempeñan el cargo del titular o suplente por el sólo ministerio de la ley, cuando los primeros estén impedidos de desempeñar su cargo por cualquier causa.

Una de las características fundamentales de los funcionarios a planta, la encontramos en el artículo 3° del Estatuto Administrativo. Este segmento de funcionarios son los únicos que por ley pueden acceder a la llamada carrera funcionaria, definiéndolo como *“el sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.”*



Por otro lado, la letra c) del artículo 2° de la Ley N°18.834, a su vez, define el Empleo a contrata como *aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución*. A su vez, el artículo 10° del Estatuto Administrativo, admitiendo el carácter transitorio de la designación a contrata, establece que dichos cargos tendrán como máxima duración el 31 de diciembre de cada año, fecha en la cual expiran sus contratos por el solo ministerio de la ley, salvo que con a lo menos 30 días de anticipación, se haya dispuesto la prórroga de la contrata. De esta forma, al ser un empleo de naturaleza temporal, este sector de trabajadores del Estado, no tiene acceso a la carrera funcionaria.

Cabe decir, por cierto, que ambos tipos de contratación, a saber, planta y contrata, conforman las dotaciones propias de cada institución.

En una menor medida, “se identifican empleados públicos cuyos estatutos se remiten íntegramente al Código del Trabajo, como por ejemplo el caso del Instituto Nacional de Derechos Humanos o el Consejo para la Transparencia. Estos últimos funcionarios gozan, al igual que los trabajadores del mundo privado, de estabilidad y protección laboral”<sup>88</sup>.

Casi de igual forma que la regulación de la relación administrativa y/o de trabajo establecida en el Estatuto Administrativo, encontramos la regulación del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. El inciso primero del artículo 2° de la Ley N°18.883, señala que los cargos de planta son aquellos que conforman la organización estable de la municipalidad, en relación a las funciones que establece la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley N°18.695.

Del inciso segundo al sexto, del artículo 2° de la ley que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, se regulan los cargos a contrata que podrán tener las dotaciones de las municipalidades. Una de las características esenciales que se menciona la ley respecto de este tipo de cargo, es que tendrán el carácter de transitorias, pudiendo durar como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año.

---

<sup>88</sup> *Ibíd.* p. 37.

Sin embargo, el Estatuto Administrativo para funcionarios Municipales, presenta algunas características que lo diferencian del Estatuto Administrativo contenido en la Ley 18.834. El artículo 3 de la Ley 18.883 establece que la municipalidad podrá contratar trabajadores según lo establecido en las normas del Código del Trabajo, siendo este tipo de contratación una excepción, entre los que se encuentran los trabajadores de balnearios u otros sectores turísticos o de recreación de la municipalidad y los trabajadores de servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público que administre la directamente la municipalidad.

En síntesis, la dotación regular y general de los servicios u organismos públicos, corresponden a los funcionarios a planta y contrata,

## **2.2. Regulación de la contratación a honorarios.**

El artículo 11 de la Ley 18.834 establece la facultad de la Administración de contratar sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o a expertos en determinadas materias.

Se establece que la contratación a honorarios deberá hacerse cuando las labores que deban realizarse sean de naturaleza accidental, y que no constituyan labores habituales al interior de la institución. De igual forma, se establece dicha posibilidad de contratación para extranjeros que posean el título correspondiente a la especialidad requerida por la institución. Podrá contratarse bajo la modalidad de honorarios, también, en el caso de que la prestación de servicios sea para cometidos específicos, conforme a las normas generales. Es decir, se podrá contratar bajo la modalidad de honorarios cuando las funciones a realizar sean de naturaleza accidental, requieran una determinada especialidad o sean para cometidos específicos.

En el artículo que hemos venido comentando, se estipula a su vez, que la contratación a honorarios se regirá por las reglas y disposiciones del respectivo contrato, excluyendo la aplicación del Estatuto Administrativo a la relación jurídica entre el trabajador a honorario y la Administración.

En lo que respecta a la contratación a honorarios, la regulación del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales es idéntica a la establecida en el Estatuto Administrativo, con la pequeña salvedad de que la institución y la autoridad correspondiente señalada en esta última, es la municipalidad y el alcalde, respectivamente. En síntesis, el artículo 4° de la Ley N°18.883, consagra también la facultad de poder contratar sobre la base a honorarios en la municipalidad, cuando las labores que deban desempeñarse sean accidentales y no habituales, o los servicios sean requeridos para cometidos específicos. A su vez, también se podrá contratar bajo esta modalidad a los extranjeros que posean el título de la especialidad requerida.

De esta forma, los trabajadores contratados bajo la modalidad de honorarios, ya sea aquellos establecidos tanto en el Estatuto Administrativo como en el Estatuto Administrativo para los Funcionarios Municipales, serán regidos por las disposiciones que establezca el respectivo contrato, y no les serán aplicables las disposiciones de los respectivos Estatutos.

Cabe señalar por último que de las disipaciones mencionadas, la contratación a honorarios se configura como una excepcionalidad, ya que los supuestos en que éstas deban realizarse, se relacionan con labores específicas, temporales y que no sean habituales del servicio o la municipalidad.

### **2.3. Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.**

La Contraloría General de la República, encuentra sus bases constitucionales en el artículo 98 de la Constitución Política de la República, por cuanto ésta le encomienda el ejercicio del control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, además de desempeñar las demás funciones establecidas en la respectiva ley orgánica constitucional.

Ligado a las funciones establecidas para este organismo fiscalizador, encontramos el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y el artículo 2° de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

Administración del Estado, que consagran el llamado principio de juridicidad, entendido como la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar, lo que garantiza una efectiva limitación del ejercicio del poder público y la existencia de un Estado de Derecho.

A su vez, el artículo 1° de la Constitución Política de la República, relacionado con el artículo 51 y siguientes de la Ley N°10.339, establecen las atribuciones que tendrá el Órgano Contralor. Específicamente se establece la atribución de pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención. Asimismo, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República las instituciones fiscales y semifiscales y, en general, todos los organismos creados por el Estado o dependientes de él.

Así entonces, la Contraloría General de la República es el organismo llamado a pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones que disponen la contratación de personal mediante la modalidad de honorarios, y su vez, vigilar que las disposiciones del Estatuto Administrativo sean cumplidas.

Respecto de los contratados a honorarios, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, ha establecido desde el año 1982, mediante el Dictamen N°16.220, que: *"El contrato a honorarios es un mecanismo de prestación de servicios que tiene por objeto permitirá los jefes superiores de la Administración del Estado contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, siempre que se trate de realizar funciones propias del respectivo servicio, cuando presenten carácter ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicio."* Se ha entendido la contratación a honorarios como una facultad de los Jefes de Servicio, en el que pueden encomendar tareas, cuando se cumplan determinadas condiciones. Así entonces, el servicio y las funciones desempeñadas por el personal contratado a honorario debe ser ocasional o respecto de tareas específicas.

La jurisprudencia de este órgano de control, en la materia estudiada, ha sido desarrollada también, entre otros, en los dictámenes N°s. 12.473, de 2002; 58.093, de 2007 y 41.319, de 2017, donde se ha establecido que *“el personal a honorarios no revisten la calidad de funcionarios públicos y tienen como única norma reguladora de sus relaciones con la entidad administrativa, el propio acuerdo que ha servido de base al acto que materializa su contratación, careciendo de los derechos que el ordenamiento jurídico contempla para aquellos, de modo que solo poseen los beneficios estipulados en dicho pacto, sin perjuicio de que en éste pueda reconocérseles derechos similares a los que las leyes establecen para los servidores del Estado, no así superiores.”*<sup>89</sup>

Los dictámenes de la Contraloría General de la República, dan cuenta de una visión eminentemente formalista en el pronunciamiento de consultas que dan origen a los respectivos dictámenes. Ha señalado el Órgano Contralor, respecto a la aplicación de las disposiciones sobre el uso de licencias médicas<sup>90</sup>, la acumulación de feriado y permiso sin goce de remuneraciones<sup>91</sup>, el término del vínculo con la administración<sup>92</sup>, que quienes han sido contratado a honorarios dentro de la Administración del Estado no revisten la calidad de funcionarios públicos, constituyendo el propio pacto la única norma reguladora de la relación entre el trabajador a honorario y el Estado, de manera que los primeros no gozan de más beneficios que los que se contemplan expresamente en el pertinente acuerdo de voluntades.

En lo que respecta a la protección a la maternidad, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha tenido una evolución desde la óptica formalista contenida en los dictámenes N°5.908 y 22.302, ambos del año 2012. Primero, el órgano controlar dispuso en los referidos dictámenes que *“quienes sirven a la Administración del Estado bajo la modalidad de honorarios no tienen la*

---

<sup>89</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 4.372 del año 2019.

<sup>90</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 12.221 del año 2011 y N° 80.167 del año 2014.

<sup>91</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 19.444 de año 2011 y N° 61.532 del año 2014.

<sup>92</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República. N° 12.221 del año 2011 y N°39.518 del año 2015.

*calidad de funcionarios públicos, por lo que carecen de las prerrogativas de dichos empleados, como son las normas de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, contenidas en el Código del Trabajo, a menos que tales beneficios se hayan estipulado expresamente en la correspondiente convención”, para luego, disponer en el dictamen N° 20.921 del año 2018 que “corresponde concluir que resultan extensibles los derechos referidos a la protección de la maternidad, actualmente contenidos en el Título II, Libro II, del Código del Trabajo, entre ellos el fuero maternal, a las servidoras que prestan servicios a honorarios en virtud de un contrato de esa naturaleza, celebrado conforme al inciso segundo del artículo 11 de la ley N° 18.834, que desarrollan funciones habituales, por lo que esos derechos se entenderán implícitamente incorporados a sus contratos, lo cual no obsta a que se añadan expresamente a éstos últimos.”*

Por otro lado, aun cuando la Contraloría General de la República, establece que la norma reguladora del vínculo del personal contratado a honorario con el Estado, es el convenio respectivo que suscribieron las partes, incorpora una carga a los trabajadores respecto de determinados principios que informan a la relación funcionaria. El dictamen N°79.410 del año 2014, dispone que: *“las personas contratadas a honorarios están sujetas al principio de probidad y deben respetar las normas que lo regulan, puesto que aun cuando no son funcionarios, tienen el carácter de empleados estatales, precisando, además, que en virtud del artículo 5° de la Ley N° 19.896, les resultan aplicables los preceptos que establecen las inhabilidades e incompatibilidades administrativas”*. Por lo tanto, se puede concluir lo razonado por algunos autores, en cuanto *“la Entidad Fiscalizadora, por una parte, limita las prerrogativas propias de todo funcionario público, justificando tal argumento en que el personal a honorarios no sería dependiente de la Administración del Estado, pero al mismo tiempo les hace aplicables principios que rigen a los servidores públicos, pudiendo incluso hacer efectiva la responsabilidad administrativa.”*<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup>Cabrera Serrano, Paulina. (2016). *“Los Funcionarios Públicos y la contratación a honorarios: Una mirada desde la perspectiva de la Jurisprudencia Administrativa.”* Estudios Laborales de la Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo, Vol. 12. p. 195.

Luego del análisis de los dictámenes de la Contraloría General de la República, quien es el órgano llamado a fijar el alcance y sentido de la normativa que pudiese ser aplicable a la contratación a honorarios, además de fiscalizar su cumplimiento, podemos vislumbrar una visión formalista y restringida en la interpretación sostenida en los dictámenes comentados en este apartado. Lo anterior, por cuanto el órgano contralor, se limita a la verificación de supuestos formales en la determinación del vínculo que une al personal a honorarios con el Estado. Se verifican solamente las normas que se establecen en el respectivo convenio suscrito por ambas partes, para determinar los beneficios que puede gozar el personal contratado bajo la modalidad que hemos venido mencionando, sin entrar al fondo del asunto, omitiendo un pronunciamiento respecto a si la contratación se desarrolla respecto de funciones que no son ocasionales ni específicas, si no que por el contrario, se desarrollan respecto de funciones propias y permanentes del servicio, y en determinados casos, bajo subordinación y dependencia.

La ocurrencia del razonamiento sostenido por la Contraloría General de la República, se basa principalmente en la naturaleza de las fiscalizaciones de dicho órgano, por cuanto dentro de sus atribuciones, no está la determinación o declaración de relaciones laborales cuando se cumplan los supuestos de su existencia.

De esta forma, los trabajadores contratados a honorario “han instado por una vía distinta a la administrativa, a fin de reclamar el cumplimiento de sus prerrogativas, una vez finalizado el vínculo con la Administración, alternativa en la cual han obtenido el reconocimiento del carácter de dependientes del Estado, prevaleciendo, en gran medida, el principio de primacía de la realidad, que inspira la legislación laboral.”<sup>94</sup>

Cabe señalar por último un interesante dictamen de la Contraloría General de la República, en el que señala que: *“en la actualidad, las mujeres que prestan servicios a honorarios para la Administración en las condiciones señaladas, y que coticen para los distintos regímenes de protección social, tienen derecho a*

---

<sup>94</sup> Ibíd. p. 196.

*acceder a las coberturas que ellos otorgan y, por tanto, a invocar los beneficios que correspondan a la maternidad derivados de aquella cobertura, en razón de lo cual, tales derechos no pueden ser restringidos en los respectivos contratos de honorarios.”<sup>95</sup> Continúa señalando el órgano contralor que: “En ese orden de ideas, el fuero constituye un resguardo del que goza la madre trabajadora desde el embarazo hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental, para mantener su fuente laboral y asegurarle un medio de subsistencia económica para el debido cuidado tanto de ella como de su hijo y, asimismo, permanecer adscrita al sistema de seguridad social antes aludido.”<sup>96</sup>*

Es dable anotar, entonces, que por un lado, la Contraloría General de la República desconoce el carácter laboral que tiene la relación entre un trabajador a honorario y el Estado, pero por otro, establece garantías laborales a propósito de la protección a la maternidad, para el grupo de trabajadores a honorarios dentro del Estado. Lo anterior, si bien es celebrado por comprender la extensión de los derechos laborales cuando concurren los elementos de dicho tipo de relación, demuestra una inconsistencia del órgano contralor, lo que puede abrir una posibilidad, para que en futuro haya reconocimiento de la relación laboral en sede administrativa.

#### **2.4. ¿Subsidiaridad del Código del Trabajo?**

Primero que todo, cabe mencionar que no se discute la aplicación subsidiaria del Estatuto Administrativo para los trabajadores que desempeñan sus funciones en calidad de honorarios, lo anterior por mandato expreso de la ley. Así, el artículo 11 inciso 3° del Estatuto Administrativo señala que: “Las personas contratadas a honorarios se regirán por las normas que establece el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este estatuto”, excluyendo expresamente la aplicación del Estatuto Administrativo.

---

<sup>95</sup> Dictamen Contraloría General de la República, N° 14.498 del año 2019.

<sup>96</sup> *Ibíd.*



Ahora bien, cabría preguntarse entonces cuál es el régimen subsidiario que se les aplica a los trabajadores a honorarios dentro del Estado. Nosotros nos preguntamos particularmente por el Código del Trabajo.

Para poder entender la posibilidad de que el Código del Trabajo rija de forma subsidiaria las relaciones jurídicas que se forman en la contratación de servicios a honorarios, primero debemos entender la relación jurídica que este Código rige: la relación laboral; entender su naturaleza, elementos y presunciones. También será necesario dilucidar los distintos escenarios donde el Código del Trabajo recibe aplicación.

La naturaleza de la relación laboral ha sido discutida a propósito de su generación a través del contrato de trabajo. Respecto a esta discusión, ha habido tres grandes posturas. La primera de ellas, es a la que adscribieron los sistemas latinoamericanos y europeos continentales, y se refiere a la idea de que la relación laboral es el resultado de la celebración de un contrato de trabajo. La segunda postura, tuvo su origen en Alemania, y sostenía que la relación jurídica laboral es el resultado del hecho de ingresar el trabajador en la empresa, por lo que el contrato de trabajo pasaba a ser una formalidad, pero no esencial para el nacimiento de la relación de trabajo. La tercera postura, ecléctica, sostiene que la determinación de la relación laboral por medio de hechos, es excepcional y subsidiaria a la existencia de un contrato de trabajo.

Los elementos de la relación laboral en nuestro sistema jurídico han sido asociados a los contemplados en el contrato de trabajo, según su definición consagrada en el artículo 7 del Código del Trabajo. De tal definición, aparecen los siguientes elementos: “dos partes ligadas por un vínculo; subordinación o dependencia y prestación de servicios remunerados. La doctrina nacional agrega un cuarto: la continuidad de los servicios.”<sup>97</sup>

Considerando los elementos anteriores, el artículo 8° del Código del Trabajo realiza una presunción de contrato de trabajo, y por lo tanto, de relación laboral se la siguiente manera: *“Toda prestación de servicios en los términos señalados en*

---

<sup>97</sup>Humeres Nogueira, Héctor. (2013). *“Derecho del Trabajo y de la seguridad social”*, Tomo I Derecho Individual del Trabajo y procedimiento laboral. Editorial Jurídica. Santiago. p. 117

*el artículo anterior [artículo 7 del Código del Trabajo, que define el contrato individual de trabajo], hace presumir la existencia de un contrato de trabajo". De tal suerte, si una relación jurídica laboral no escriturada o una relación jurídica que formalmente sea civil, que presente a dos partes ligadas en virtud de la cual, una persona presta servicios bajo subordinación y dependencia de la otra, que a su vez, realiza el pago de una remuneración por los servicios, y que se desarrollan de forma continua en el tiempo, deberá presumirse la existencia de un contrato de trabajo.*

En cuanto a la aplicación del Código del Trabajo, el artículo 1° de éste, establece que *"Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias".* Luego, su inciso segundo señala una excepción de la siguiente forma: *"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".* Finalmente, su inciso tercero establece una contra excepción, señalando que: *"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 regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos".*

De esta forma, interpretando el último inciso del artículo antes mencionado, podemos dilucidar, en palabras de la Corte Suprema, *"la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula a la entidad contratante, prestan servicios en las condiciones previstas por el Código del ramo"*<sup>98</sup>, es decir, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 7 del Código del Trabajo.

---

<sup>98</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 11584-2014.

En este sentido, alguna jurisprudencia ha entendió *“que el Código del Trabajo constituye la regla general en las relaciones personales”*<sup>99</sup> que se conforman con la exigencia establecida por el legislador laboral para efectos de entenderla regulada por dicha normativa.

Cabe hacer notar, entonces, que para que pueda operar la subsidiariedad del Código del Trabajo a la relación jurídica creada a propósito de una contratación bajo la modalidad a honorarios dentro de la Administración, se debe necesariamente recurrir a un examen fáctico sobre el cumplimiento de los requisitos que la ley laboral establece para presumir la existencia de una relación laboral.

Por último, la historia de la Ley 18.620, que establece el Código del Trabajo, se manifestó que: *“el sentido de la enmienda es el de enfatizar la generalidad del campo de aplicación del Código del Trabajo, manteniendo su carácter expansivo, en cuanto su normativa se aplicará también supletoriamente a los funcionarios públicos o trabajadores de empresas afectas al sector público.”*<sup>100</sup> Si bien es cierto que la citada declaración, no menciona expresamente la aplicación general o subsidiaria del Código del Trabajo en el caso de los trabajadores a honorarios contratados por el Estado, es posible interpretar la voluntad del legislador de hacer aplicable la normativa laboral, en los casos donde el Estado mantiene una relación de subordinación y dependencia, como es el caso de los trabajadores contratados a honorarios.

### **3. El reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores a honorarios.**

La jurisprudencia que ha optado por el reconocimiento de la relación laboral en los casos de trabajadores contratados bajo la modalidad de honorarios dentro de la Administración, lo ha hecho principalmente en torno al siguiente argumento: *“el*

---

<sup>99</sup>Varas Marchant, Karla. *“Radiografía del empleo público en Chile: Derechos Laborales de los Funcionarios Públicos”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.elmostrador.cl/media/2016/11/Radiografia-empleo-publico-1.pdf> p.254.

<sup>100</sup> Congreso Nacional de Chile. (1987). Historia de la Ley N°18.620. p. 519.

*principio de la primacía de la realidad, que, en la dogmática se la define como aquel suceso que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno factual, el que, indudablemente, debió conducir a la existencia de un vínculo de naturaleza laboral entre las partes, sin que pueda admitirse que el Municipio demandado se asile en la imposibilidad legal que lo ampara de contratar personal sometido al Código del Trabajo, para celebrar convenciones fuera de los casos permitidos por la ley e invocar esa misma ley con fines ajenos a su naturaleza.”<sup>101</sup>*

En nuestro país, las sentencias que se han pronunciado sobre el reconocimiento de la relación laboral, han sido principalmente cuando ésta ha sido terminada por la Administración, por lo que el juez laboral realiza un examen de la situación una vez finalizada la prestación de servicios. Al estar concluida la relación laboral, y reconocida ésta por los Tribunales de Justicia, el empleador, asumido por el Servicio o la Administración, es condenado a las prestaciones e indemnizaciones de índole laboral que no hayan sido solucionadas, tanto en el desarrollo de la relación laboral, como en su término.

Las prestaciones a la que ha sido obligado el Estado, han sido las siguientes:

- a. Indemnización sustitutiva de aviso previo.

Esta indemnización está establecida en el artículo 162 inciso 4° del Código del Trabajo, y es equivalente a la última remuneración devengada

- b. Indemnización por años de servicio.

Esta indemnización está establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo, y es equivalente al pago de 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses, prestados continuamente para su empleador. El límite de esta indemnización es de 11 años.

- c. Recargo de indemnización por años de servicio.

---

<sup>101</sup>Sentencia de la Corte Suprema, rol 11584-2014

El recargo de la indemnización por años de servicio está consagrada en el artículo 168 del Código del Trabajo, y establece que el trabajador tendrá derecho a reclamar la calificación de la causal de despido, cuando éste haya sido injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal.

Los recargos establecidos en la ley, tienen tres tramos dependiendo de la calificación del despido. Si es calificado de improcedente en relación al artículo 161 del Código del Trabajo el recargo es de un 30%; si es calificado de injustificado en relación a las causales del artículo 159 del Código del Trabajo, o no se invocó causal, el recargo corresponde a un 50%; y si se hubiere dado término por una causal indebida en relación a las establecidas en el artículo 160, el recargo correspondería a un 80% sobre las indemnización por años de servicio.

Debido a que normalmente la vigencia de un contrato a honorario queda determinada por la voluntad del empleador, en este caso la Administración del Estado, el término de la relación jurídica no viene aparejada de una causal o justificación, por lo que la calificación del después determinado despido, suele ser injustificado.

d. Feriado legal.

El artículo 73 del Código del Trabajo establece en su primer inciso que el feriado legal no podrá compensarse en dinero. Sin embargo, su inciso segundo hace la siguiente excepción: *“Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquier circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido”*, por lo que en el reconocimiento de la relación laboral, aun cuando para encuadrar la norma, teóricamente, se tendría que homologar la empresa al Estado, los Tribunales de Justicia han fallado en este sentido amplio, otorgando todas las prestaciones laborales que le corresponden por la calificación de la relación jurídica.

e. Las cotizaciones previsionales por todo el período trabajado, debiendo oficiarse a las entidades pertinentes para los fines a que haya lugar.

En relación a la obligación mencionada, la extinta Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones, reguló por medio de la Circular N°1101, la forma en que deberán pagarse las cotizaciones previsionales declaradas y no pagadas o no declaradas, situación esta última, que se aplica al caso que venimos desarrollando.

f. Condena por nulidad del despido.

Antes del 2018, la jurisprudencia acogía la acción de nulidad del despido y, por consiguiente, se condenaba a la demandada a pagar al actor las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la de la convalidación. Sobre este punto, nos detendremos en el capítulo siguiente.

g. Reajuste e intereses.

Según el artículo 63 del Código del Trabajo, las sumas que los empleadores adeuden por concepto de remuneraciones, indemnizaciones o cualquier otra prestación, se pagaran reajustadas el mismo porcentaje que ha variado el Índice de Precios al Consumidor (IPC), entre el mes anterior en que debió efectuarse el pago y el precedente a aquel en que efectivamente se realice.

El último inciso del artículo 63 del Código del Trabajo, indica a su vez, que las sumas señaladas en él, devengarán el interés máximo permitido para operaciones reajustables a partir desde que la obligación se hizo exigible. Por otro lado, el artículo 173 del Código del Trabajo señala específicamente que la indemnización por años de servicios, el recargo a la indemnización por años de servicio, la indemnización por despido indirecto, y la indemnización especial por necesidades de la empresa y desahucio, se reajustarán conforme a la variación del IPC de igual forma que el artículo 63 del Código del Trabajo y devengarán también el máximo interés permitido para operaciones reajustables.

Todas las indemnizaciones y prestaciones que establecía la Corte Suprema en la declaración de existencia de relación laboral, a favor del demandante, tienen un sustento legal establecido en el Código del Trabajo, y su aplicación es determinada a propósito del fin de la relación laboral.

Las indemnizaciones por años de servicio, el recargo sobre las indemnizaciones por años de servicio, la indemnización sustitutiva de aviso previo y la aplicación de la nulidad del despido, tienen su origen en el acto del despido y en el entendimiento que la relación laboral se desarrolló desde el inicio de la relación jurídica determinada en la sentencia judicial.





### **Capítulo III. Análisis de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los funcionarios públicos a honorarios.**

En este capítulo analizaremos los criterios jurisprudenciales más importantes que han tenido los tribunales superiores de justicia de nuestro país, revisaremos las principales sentencias y los argumentos dados en éstas para sustentar cada uno de los criterios jurisprudenciales.

La jurisprudencia nacional ha sido variable y ha ido mutando a lo largo del tiempo en el reconocimiento de la relación laboral entre los trabajadores contratados a honorarios por el Estado.

Así en una primera etapa, hasta el año 2014 la Corte Suprema estuvo por negar la posibilidad de declarar que los contratos a honorarios de los trabajadores con el Estado encubrían una relación laboral, siguiendo un criterio eminentemente formalista, sin la aplicación de los principios básicos del Derecho del Trabajo.

En una segunda etapa el tribunal supremo varía el criterio jurisprudencial reconociendo a los trabajadores contratados a honorarios la posibilidad de tener los derechos de un trabajador bajo las normas del Código del Trabajo.

En la tercera etapa, desde el año 2018 hasta la actualidad, la Corte Suprema, declarando el reconocimiento de la relación laboral entre un trabajador contratado a honorarios y el Estado, rechaza aplicar la nulidad del despido, en consideración a que quien fue declarado como empleador es el Estado.

A continuación pasamos a revisar con mayor detalle cada una de las etapas jurisprudenciales respecto de la materia.

#### **1. La jurisprudencia.**

##### **1.1. Primera Etapa.**

En un primer momento el criterio jurisprudencial mayoritario de los Tribunales de Justicia, respecto de la declaración de la existencia de una relación laboral entre trabajadores contratados a honorarios por el Estado, y con ello, la aplicación de la

sanción de la nulidad del despido, fue negar la calidad de trabajadores dependientes sujetos al Código del Trabajo a los trabajadores contratados bajo dicha modalidad, en base a la aplicación supletoria del Código Civil.

En un primer acercamiento jurisprudencial a la materia, la Corte Suprema, estimó que *“las contrataciones a honorarios se regulaban únicamente por la norma especial contenida en los respectivos Estatutos Administrativos, lo que significó declarar inaplicables las normas del Código del Trabajo.”*<sup>102</sup> Para ello se amparaba en el artículo 11 de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, como en el artículo 4° de la Ley 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, los que disponen que las personas contratadas a honorarios por el Estado se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicable las disposiciones de este Estatuto, refiriéndose al Estatuto Administrativo. La regulación de los trabajadores a honorarios, entonces, quedaba entregada únicamente al contrato de honorarios mismo, por lo cual se no se aplicarían las normas del Estatuto Administrativo, y ni mucho menos, las del Código del Trabajo.

Ahondando en la razonado, la Corte Suprema aplica el principio de juridicidad o legalidad, conforme al cual, el mencionado Código no resultaría aplicable a la relación entre la Administración y su personal, por cuanto el Estatuto Administrativo contempla expresamente solo tres modalidades de contratación: planta, contrata y honorarios<sup>103</sup>, las que deben ser respetadas irrestrictamente de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política,

---

<sup>102</sup> Vergara, Alejandro. *“Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17077-profesor-alejandro-vergara-contratos-honorarios-servicios-personales>

<sup>103</sup>El artículo 3 de la Ley 18.883 establece de forma especialísima los casos en que se permite la contratación sujeta a las normas del Código del Trabajo, señalando que éstas deben ser transitorias para municipalidades que cuenten con balnearios u otros sectores turísticos o de recreación. A su vez, el personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre la municipalidad se regirá también por las normas del Código del Trabajo.

faltando con ello, la habilitación legal, previa y expresa, para contratar conforme a las reglas del Código del Trabajo.

En sede de unificación de jurisprudencia, la Corte Suprema, en un primer momento<sup>104</sup>, estimó que no resultan aplicables al personal que presta servicios para el Estado bajo honorarios, las normas del Código del Trabajo, ya que se rige enteramente por las reglas del respectivo contrato de prestación de servicios, asumiendo que la regulación subsidiaria sería la contenida en el Código Civil, en las materias o aspectos no previstos en él.

Así entonces, ya que los contratos a honorarios están contemplados en el Estatuto Administrativo, y no les resulta aplicable ni siquiera dicha normativa estatutaria, muchos menos correspondería aplicar la normativa laboral. Para la Corte Suprema fue totalmente indiferente que en ese tipo de contrato se haya pactado un horario, el derecho a feriado legal, la obligación del demandante de sujetarse a las instrucciones de su jefatura u otra disposición propia de las relaciones laborales.

En definitiva, la Corte Suprema resolviendo un recurso de unificación de jurisprudencia en la materia, concluye que: *“debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo”*.<sup>105</sup>

La Corte Suprema rechazó sistemáticamente las demandas de trabajadores contratados a honorarios, interpuestas en contra de órganos administrativos (diversos servicios públicos y municipalidades) ya sea por despido injustificado, nulidad de despido u otros casos, fundándose en que tales contrataciones a honorarios se regulaban únicamente por la norma especial contenida en los

---

<sup>104</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 6781-2009, 10.800-2011 y 6335-2009.

<sup>105</sup> Varas Marchant, Karla. *“Radiografía del empleo público en Chile: Derechos Laborales de los Funcionarios Públicos”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.elmostrador.cl/media/2016/11/Radiografia-empleo-publico-1.pdf> p. 255.

respectivos estatutos administrativos de los funcionarios, que a su vez, establece que en tal caso, regirán las normas contenidas en el respectivo contrato, lo que significó declarar inaplicables las normas del Código del Trabajo.

Para la Corte Suprema no importa que existan todas las características de una relación laboral, pues las partes pueden pactar libremente las cláusulas que las partes estimen convenientes, incluso todas aquellas que son de la esencia de la relación laboral, sin que ello desnaturalice la esencia del contrato a honorarios celebrado con el Estado.

Dicho razonamiento es claramente erróneo, pues basta con señalar que muchas veces, la existencia de los contrato de honorarios se debe a la intención de excluir las normas laborales que regularían la relación que se produce al efecto. No se atiende la sustancia del contrato celebrado ni la relación que se da por la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia, lo que choca con el aforismo interpretativo que señala que los contratos (en este caso las relaciones) son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

## **1.2. Segunda Etapa.**

Hasta 2014 la Corte Suprema consideró que los funcionarios a honorarios estaban regulados únicamente por el propio contrato de honorarios (y supletoriamente por el Código Civil); no aceptando la aplicación principal del Código del Trabajo por medio del reconocimiento de la relación o laboral; o supletoria, por medio de la regulación de materias que no estuviesen incorporadas en los respectivos contratos de honorarios. En este sentido, “durante mucho tiempo la judicatura amparó y legitimó la contratación fraudulenta del Estado, ensanchándole el camino para depredar las relaciones de trabajo que mantiene con su personal”<sup>106</sup>

A partir de abril de 2015, una nueva y coherente línea jurisprudencial en materia de trabajadores a honorarios vino a mejorar el estándar de tal relación. La Corte

---

<sup>106</sup>Aravena, Javiera. (2016). “La vía judicial. Devolviendo derechos a los falsos honorarios.” Revista Laboral Chilena, N°243. p. 79.

Suprema, en un caso emblemático, conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia<sup>107</sup>, cambia completamente su criterio anterior, declarando aplicable el Código del Trabajo a los trabajadores contratados a honorarios por la Administración del Estado, dado que la naturaleza de la relación de las partes resulta ser, en la realidad, de índole laboral. En este sentido, el considerando 9° de la sentencia, dispone lo siguiente, en relación a la normativa aplicable a los trabajadores contratado a honorarios bajo vínculo de subordinación y dependencia:

*“Ausentes las condiciones que permiten contratar sobre la base de honorarios, excluyen de su ámbito las vinculaciones pertinentes (arrendamiento de servicios personales regulado por el Código Civil), corresponde subsumirlas en la normativa del Código del Trabajo, en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones –prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia y a cambio de una remuneración, según ya se dijo-, no sólo porque la vigencia del Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, sino porque no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de Derecho.”*

La Corte Suprema ha mantenido su criterio en sentencias sucesivas, entre las que podemos mencionar los siguientes casos: Medina Jorquera con Municipalidad de San Antonio, del año 2015; Guzmán Tapia con Serviu, del año 2015; Ríos Salazar con Serviu, del año 2016; y González Vera y otros con Municipalidad de Talca del año 2016. Lo anterior se produjo debido a los votos de los ministros titulares de la Cuarta Sala Laboral: Chevesich, Blanco, Muñoz (Andrea), Muñoz (Sergio) y Cerda.

---

<sup>107</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 11.584-2014.

Así entonces, la nueva sala laboral, dio inicio a una era distinta para los trabajadores a honorarios del Estado. En efecto, la Corte Suprema sostuvo que el Código del Trabajo se aplica a la función pública en dos supuestos: (a) respecto de los funcionarios de la Administración del Estado que no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial; (b) aquellos que contando con un estatuto, éste no regula el aspecto o materia de que se trate, siempre que tal materia no resulte incompatible con su marco jurídico.

En las sentencias que se empiezan a dictar en este sentido, se ofrecen tres sólidos argumentos para el cambio jurisprudencial:

1. La Corte Suprema realiza una interpretación del artículo 1° del Código del Trabajo, que dispone:

*Artículo 1°. Las relaciones laborales entre los 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 regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.*

*Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este código.*

La Corte Suprema entiende que se desprende de la lectura de la regla, excepción y contra-excepción contenida en el artículo mencionado, que el Código del Trabajo presenta la calidad de estatuto laboral común y supletorio en las relaciones de índole laboral entre una persona natural y el Estado

2. Se funda la decisión de la Corte Suprema, también en la aplicación de uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo, esto es, el principio de la primacía de la realidad. El principio mencionado encuentra su consagración legal en los artículos 7 y 8 inciso 1° del Código del Trabajo, que disponen:

*Art. 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 aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.*

*Art. 8°. Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.*

3. En cuanto a la respuesta del argumento sostenido por la jurisprudencia anterior, que señala que la Administración no podría contratar bajo la normativa del Código del Trabajo, “la Corte Suprema señala que la Administración no puede invocar el principio base de legalidad de los artículos. 6 y 7 de la Constitución, para justificar una artificial contratación laboral, pues eso significaría aceptar, al mismo tiempo, la precariedad e informalidad laboral al interior de la Administración.”<sup>108</sup>

En relación a lo anterior, podemos decir que la Corte concluye dos cuestiones de vital importancia. Primero, que el Código del Trabajo constituye la regla general

---

<sup>108</sup> Vergara, Alejandro. “Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio.” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17077-profesor-alejandro-vergara-contratos-honorarios-servicios-personales>

en el campo de las relaciones personales, y segundo, que el Estado no puede invocar el principio de juridicidad para propiciar la precariedad e informalidad laboral.

Cabe destacar que “el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces se libera de la pobre lectura que en los fallos anteriores se le daba al principio de juridicidad consagrado en la Constitución, la Corte observa que las entidades que forman parte de la Administración estatal han transgredido este principio toda vez que, amparándose en la norma que les permite vincularse con personal bajo el contrato de honorarios, han excedido el ámbito de su competencia”<sup>109</sup>

En consecuencia, la Corte Suprema entiende unificada la jurisprudencia en el sentido que: *“corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una Municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece para el caso del artículo 4 de la Ley 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente”*.<sup>110</sup>

Se entiende de esta forma, que lo dispuesto tanto en el artículo 11 del Estatuto Administrativo, como en el artículo 4 del Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, en relación a la contratación a honorarios, es una norma imperativa, por lo que las labores desempeñadas en el desarrollo de la prestación de servicios, deben ser accidentales y no habituales, por requerir el servicio una determinada especialidad o realizarse para el cumplimiento de cometidos específicos.

---

<sup>109</sup>Aravena, Javiera. (2016). “La vía judicial. Devolviendo derechos a los falsos honorarios.” Revista Laboral Chilena, N°243. p. 75

<sup>110</sup>Varas Marchant, Karla. “Radiografía del empleo público en Chile: Derechos Laborales de los Funcionarios Públicos”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.elmostrador.cl/media/2016/11/Radiografia-empleo-publico-1.pdf> p. 256



La Corte Suprema entonces, en la aplicación del principio de la realidad, ha reconocido que “los trabajadores a honorarios son falsos prestadores de servicios, que cumplen labores habituales del Estado bajo subordinación y dependencia, y que por lo tanto son garantes de los derechos que les corresponden a los trabajadores afectos al Código del Trabajo.”<sup>111</sup>

Otra cuestión que merece la pena señalar es lo ocurrido en las respectivas sentencias de reemplazo, pues la Corte Suprema junto con declarar el reconocimiento de la relación laboral del trabajador contratado a honorarios por el Estado, condenaba consecuentemente a éste último, al pago de los siguientes conceptos: indemnización sustitutiva de aviso previo, indemnización por años de servicios, recargo legal sobre las indemnizaciones por años de servicios, compensación por feriado legal, cotizaciones previsionales por todo el periodo trabajado y haciendo aplicable la llamada nulidad del despido, por lo que el Estado también debía pagar las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la de su convalidación.

Esta jurisprudencia, entonces, declaraba la existencia de relación laboral entre el funcionario a honorarios y el Estado y a la vez condenando al Estado a pago de todas las prestaciones y derechos laborales que adeudaba a sus trabajadores a consecuencia de la relación laboral

### **1.3. Tercera Etapa.**

A principio del año 2018, la jurisprudencia de la Corte Suprema realizó un cambio de criterio respecto de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores contratados a honorarios por parte del Estado, la que se ha mantenido hasta la actualidad. Se inició un cambio de jurisprudencia en la materia realizando una excepción en razón de que la parte demandada es el mismo Estado.

---

<sup>111</sup> Valdebenito, Sebastián. “¿Cuántos trabajadores emplea el Estado de Chile? Problematización y orden de magnitud de la contratación a honorarios.” Editorial FLACSO. p. 39.

La Corte Suprema entiende que en el tipo de caso en comento, concurre un elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la nulidad del despido cuando se trata de contratos a honorarios celebrados con un organismo del Estado, en contraste de la celebración de este mismo contrato entre privados, pues los actos del Estado se encuentran amparados por la presunción de legalidad de los actos de la administración del Estado. Lo anterior permite entender que debido a las particularidades del caso, no nos encontramos frente a la hipótesis específica que se previó con la incorporación de la nulidad del despido.

Por otro lado, en la aplicación de un criterio de justicia, la Corte Suprema razona que las entidades públicas no se encuentran en igual condiciones de convalidar el despido que las empresas privadas, por lo que la declaración de la relación laboral con un trabajador a honorario, significaría siempre un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que gravaría de forma desigual a la Administración del Estado, tomando en cuenta también la alta onerosidad que significa la aplicación de esta sanción.

Así entonces se ha venido desarrollando la jurisprudencia de la Corte Suprema, en que sienta las bases definitivas del reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores contratados a honorarios por parte del Estado, pero exceptúa de la aplicación laboral, la institución de la nulidad del despido, en atención a la calidad de la parte que debe soportar la sanción o las obligaciones que de ella provienen, es decir, cada vez cada vez que sea el Estado a quien se demande por el reconocimiento de una relación laboral, este no responderá de la nulidad del despido, solo por ser quién es, lo que en realidad carece de todo argumento lógico y no tiene un argumento jurídico de peso para establecer esta odiosa excepción.

## **2. Análisis de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores públicos a honorarios.**

En esta parte del trabajo, se analizarán en forma particular y detallada, los argumentos entregados por la jurisprudencia, para no hacer aplicable la nulidad del despido, y los argumentos para señalar que sí es procedente su aplicación.

## **2.1. Argumentos en contra de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores públicos a honorarios.**

### **2.1.1. Argumentos Generales.**

#### **2.1.1.1. Principio de juridicidad y legalidad.**

Desde un punto de vista más general, se ha sostenido como argumento en contra del reconocimiento judicial de la relación laboral, el principio de juridicidad y/o de legalidad.

El principio de juridicidad se encuentra recogido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, y constituye una de las bases fundamentales del Estado de Derecho moderno, sobre el cual se construye una de las limitaciones más importantes al poder público.

Se ha entendido por la doctrina que el principio de juridicidad es “la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar, lo que garantiza una efectiva limitación del ejercicio del poder público y la existencia de un Estado de Derecho,”<sup>112</sup> logrando así que puedan tener plena eficacia el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el artículo 6° de la Constitución, en su primer inciso, establece la obligación general a todos los órganos del Estado de actuar conforme a las normas que ésta misma dicta, de la siguiente manera: “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República*”. A su vez, cabe destacar la generación de una nueva obligación establecida a todos los órganos del Estado, la cual corresponde a garantizar el orden institucional de la República, algo que hasta antes de la reforma del 2005, estaba establecida sólo a propósito de las funciones de las Fuerzas Armadas.

---

<sup>112</sup>Soto Kloss, Eduardo. (1996). “*Derecho Administrativo: Bases fundamentales. Tomo II: El Principio de Juridicidad*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p. 24

El inciso segundo de dicho artículo dispone: *“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*, consagra así lo que conocemos como supremacía constitucional. Finalmente, el inciso tercero del artículo 6° de la Constitución, señala que: *“La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”*, de modo que si los integrantes de los órganos del Estado actúan al margen de la Constitución, serán responsables en la forma que determine la ley, esto es, podría derivar en responsabilidades constitucionales, administrativas, civiles, penales, etc.

Por otro lado, se ha entendido que del artículo 7° de la Constitución, se desprende a su vez, otro principio ligado al de juridicidad. Este principio es el principio de legalidad. El inciso primero de dicho artículo dice lo siguiente: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.”* De esta forma, la Constitución establece tres requisitos para que las actuaciones de los órganos del Estado. En primer lugar, se exige que los nombramientos de sus integrantes hayan sido realizados en conformidad a la Constitución. En segundo lugar, que las actuaciones de los órganos del Estado sean efectuados dentro de la esfera de su competencia, es decir, conforme a las atribuciones que establece la misma Constitución y las leyes. En tercer lugar, se exige que dichas actuaciones sean con el resguardo de las formalidades que establece la ley.

El inciso segundo del mencionado artículo 7°, señala que: *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”* La doctrina ha señalado a propósito del mencionado inciso, que éste consagra la separación de poderes del Estado. A su vez, del vocablo “expresamente” la doctrina infiere el aforismo jurídico por el cual *“en Derecho Público sólo puede hacerse aquello para lo cual el gobernante se encuentra expresamente facultado”*.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 7° de la Constitución, establece que: *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”* En consecuencia, los efectos

de un acto que contraviene la Constitución o la ley, son: a) generar las sanciones que establezca la ley; y b) la nulidad del acto.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), dispone en relación al principio de legalidad que: *“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico.”* Siguiendo el mandato constitucional, la ley orgánica mencionada desarrolla el principio de legalidad, señalando casi de forma expresa, lo que se infiere de la norma constitucional analizada en el párrafo anterior, en el que señalamos el aforismo jurídico por el cual *“en Derecho Público sólo puede hacerse aquello para lo cual el gobernante se encuentra expresamente facultado”*.

En lo que respecta al estudio de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento de la relación laboral de los trabajadores públicos contratados a honorarios, la jurisprudencia ha argumentado en virtud de estos dos principios; el de juridicidad y legalidad, para fundamentar su posición en aras de considerar inaplicable la institución de la nulidad del despido, en los siguientes términos: *“Al respecto, expuso que en diversos fallos se ha reconocido que un tribunal no puede otorgar la calidad de trabajador, regido por el estatuto laboral, a un demandante que preste servicios a honorarios para la administración pública, atendido el principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, pues sería contrario con el estatuto jurídico que regula la respectiva vinculación contractual, la que, por lo demás, es materia exclusiva de ley, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1° y 18° del artículo 60 de la Carta Fundamental, en relación con lo contemplado en las leyes N° 18.883 y N° 18.834.”*<sup>113</sup>

Según esta jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, la Administración del Estado estaría impedida de contratar personal sujeto al Código del Trabajo, en virtud de la interpretación y aplicación del Estatuto Administrativo. La regla general, entonces, que rige las funciones entre el Estado y su personal es

---

<sup>113</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 37.339-17 del 28 de marzo de 2018.

eminentemente estatutaria. Los casos en que la Administración está autorizada a contratar bajo la sujeción del Código del Trabajo, se encuentran regulados a propósito de ciertas labores expresadas solamente en el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. Así entonces, esta regulación en el quehacer estatal, constituyen casos específicos y excepcionalísimos.

De esta forma, al estar impedida la Administración del Estado a contratar personal sujeto al Código del Trabajo al margen de los casos señalados y determinados en la ley, estaría actuando fuera del ámbito de sus atribuciones, y al mismo tiempo, no lo estaría haciendo en la forma que prescribe la Constitución y las Leyes, en virtud de los principios de juridicidad y legalidad antes tratados.

En el análisis concreto de la jurisprudencia, algunos autores han criticado la argumentación descrita, aduciendo que “dan cuenta de una comprensión del principio de juridicidad superflua y formal. Argumentativamente, esto se denomina falacia circular.”<sup>114</sup> Así entonces, el aparente silogismo sería el siguiente: La Administración del Estado o Las municipalidades no tienen la potestad legal para contratar personal sujeto al Código del Trabajo, salvo en determinadas excepciones, que no corresponden al caso en concreto. Asimismo, en virtud del principio de legalidad, éstos, al no tener la atribución legal, no pueden incumplir la ley. Luego, jurídicamente, no se puede entender que la Administración del Estado o las Municipalidades han contratado personal sujeto al Código del Trabajo, ya que según el principio de legalidad, no tienen las potestades para hacerlo.

Así entonces, “con este intrincado argumento la Corte permite que una entidad que satisface necesidades públicas, invoque la misma ley que viola para asegurarse un lugar de inmunidad jurídica.”<sup>115</sup> De esta forma, la jurisprudencia le otorga a la Administración del Estado y a las Municipalidades, la incapacidad de poder infringir la ley en el ejercicio de sus funciones o en la realización de sus actos jurídicos, lo que corresponde a una conclusión totalmente falaz.

---

<sup>114</sup>Aravena, Javiera. (2016). “*La vía judicial. Devolviendo derechos a los falsos honorarios.*” Revista Laboral Chilena, N°243. p. 80.

<sup>115</sup> *Ibíd.* p. 80

De esta forma, la Corte Suprema le brinda protección a la Administración del Estado, mediante una argumentativa tautológica, en base a los principios de juridicidad y legalidad a los que el Estado debe ceñirse y respetar, señalando que por existir esos principios el Estado no puede violarlos y que incluso si el Estado los viola -como cuando encubre contratos de trabajo en la figura de contrato a honorarios,- ello no implica que el Estado es responsable, pues no puede violar esos principios porque existen. Dicha argumentación es falaz, tautológica y contra fáctica, porque va contra la realidad y deja al Estado como un ente irresponsable en la comisión de estos actos, y a los trabajadores en plena indefensión.

Contra la argumentación que rechaza el reconocimiento de la relación laboral y la aplicación de la nulidad del despido, por la aplicación de los principios de juridicidad y legalidad, finalmente, la misma Corte Suprema señaló que *“no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de Derecho.”*<sup>116</sup>

#### **2.1.1.2. Cometido específico.**

Han sido de variada índole los argumentos que se han sostenido en general, en contra del reconocimiento de la relación laboral de un trabajador contratado a honorarios por el Estado, aunque siempre ha sido con sustento normativo dentro del Derecho Administrativo, en específico, o del Derecho Público, en general.

Una especial mirada merece uno de los argumentos que ha intentado la parte litigante Estado, nos referimos a que las funciones están realizadas y autorizadas en el cometido específico de la función que desarrolla el trabajador al interior del servicio.

---

<sup>116</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 11.584-2014.

Al efecto, la Corte ha señalado que *“el artículo 4° de la Ley N° 18.883, establece la posibilidad de contratación a honorarios, como un mecanismo de prestación de servicios a través del cual la Administración puede contar con la asesoría de expertos en determinadas materias, cuando necesita llevar a cabo labores propias y que presentan el carácter de ocasional, específico, puntual y no habitual”*<sup>117</sup>, haciendo alusión tanto a la característica accidental, no habitual y específica de la labor que debe ser desempeñada por el trabajador.

Antes que todo, cabe decir que la construcción de este argumento respecto del cometido específico, creemos que nace de la siguiente situación: Por un lado, se hace insostenible en los hechos argumentar a favor de que la relación que une al trabajador con el Estado es por la autorización normativa establecida en el artículo 11 de la Ley 18.834 y el artículo 4° de la Ley 18.883, que establece la posibilidad de contratar bajo la modalidad de honorarios a profesionales y técnicos de la educación, cuando las labores que deban realizarse sean de naturaleza accidental y que no constituyan labores habituales al interior del servicio o la municipalidad, respectivamente. Es insostenible, ya que en la gran mayoría de los juicios, es un hecho de la causa la repetición constante por parte del estado y el trabajador de renovar anualmente el vínculo jurídico, lo que desvirtúa en los hechos cualquier alegación en este sentido.

Al ser más difícil desvirtuar la alegación del demandante, que reclama que las labores desempeñadas por el trabajador a honorario no eran accidentales y constituían labores habituales, se empezó a desarrollar una línea argumentativa en consideración al inciso segundo, tanto del artículo 11 de la Ley 18.834, como del artículo 4° de la Ley 18.883, que dispone lo siguiente: *“Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.”*

La jurisprudencia, participando en el entendimiento de las “labores accidentales y no habituales” y del “cometido específico”, ha señalado lo siguiente: *“Lo trascendente en el negocio sub iudice, se reduce a aclarar qué son “labores accidentales y no habituales de la Municipalidad”, siendo aquéllas que, no*

---

<sup>117</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 8272-2018.



*obstante ser propias de dicho ente, son ocasionales, circunstanciales, accidentales y distintas de las que realiza el personal de planta o a contrata; y por cometidos específicos las tareas puntuales, y perfectamente individualizadas o determinadas con claridad en el tiempo y que, sólo por excepción, pueden consistir en funciones propias y habituales del ente consistorial.”*<sup>118</sup> Por un lado, se entiende que las labores accidentales y no habituales, deben ser circunstanciales, pero más importante, no deben ser las mismas funciones que desempeñe el personal propio de la institución regulado por el Estatuto Administrativo. Por otro lado, señala que la contratación debido a cometidos específicos, lo debe ser tanto en la función como en la duración de ésta, entendiendo, por tanto, que tal forma de contratación lleva envuelto un plazo establecido y conocido por las partes.

También se ha entendido por cometidos específicos, como aquella labor que no integra la estructura institucional del servicio o la municipalidad, en los siguientes términos: *“Una cualificación técnica o profesional de esa índole, respecto de una labor que no integra la estructura institucionalizada o generalmente conocida de las corporaciones municipales puede y debe ser asumida como propia de un cometido específico”*<sup>119</sup>

Esta típica defensa del Estado que se ha interpuesto en nuestros tribunales, se entiende como una extensión indebida de la relación laboral a sujetos que prestan servicios dentro de una institución o municipalidad, siguiendo una lógica eminentemente formalista. En este sentido, se ha expresado que *“la aplicación de la legislación laboral a una relación vinculada por un contrato sobre la base de honorarios, constituye una extensión ilegal de aquella a un supuesto no establecido en el ordenamiento jurídico, ya que la accidentabilidad y no habitualidad del servicio prestado no transforma el contrato de honorarios en uno de trabajo, ya que, por una parte, también opera respecto de cometidos específicos y, por otra, aun cuando no concurra este supuesto, eventualmente*

---

<sup>118</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 34.530-17 de 22 de enero de 2018.

<sup>119</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 991-2017 de 14 de agosto de 2017.

*torna ilegal el respectivo contrato, pero no lo transformaría jurídicamente en uno de trabajo.*<sup>120</sup>

Ahora bien, cabe hacer presente que esta línea argumental ha sido superada en el tiempo por la jurisprudencia de la Corte Suprema, en virtud de que el entendimiento del cometido específico, se relaciona con una vigencia determinada del contrato, y a la vez, que las tareas no correspondan a labores propias de la institución o municipalidad.

La Corte Suprema en este sentido ha señalado que *“en efecto, no de otro modo pueden calificarse la subordinación y dependencia y el cumplimiento de las funciones de apoyo social, la percepción de un estipendio mensual, y el cumplimiento de jornada, circunstancias que echan por tierra las defensas de la demandada en cuanto a que se trató de una vinculación celebrada al amparo del inciso segundo del artículo 4° de la ley N° 18.883, norma que lo permite para cometidos específicos, expresiones que, por lo demás, suponen una transitoriedad o temporalidad lejanas al caso que se ventila en estos antecedentes, en los que se ha establecido que el programa en que se desempeñaba el demandante se ha mantenido ininterrumpidamente vigente por catorce años, de modo que quien ha sido empleador debe asumir sus responsabilidades como tal.*<sup>121</sup>

Así entonces, se torna especialmente relevante, revisar las características de la relación jurídica llevada a cabo por el trabajador y el Estado en el desarrollo de las funciones del primero, para determinar la *laboralidad* de los servicios, en el caso de que la relación jurídica sea llevada a cabo bajo un vínculo de subordinación y dependencia.

---

<sup>120</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 79-2016 de 9 de mayo de 2017.

<sup>121</sup> Sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, rol 11.584-14 de 1 de abril de 2015, y rol 34.530-2017 de 22 de enero de 2018.

## 2.1.2. Argumentos específicos.

### 2.1.2.1. Presunción de legalidad de los actos de la administración del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema que no acepta la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento de la relación laboral de los trabajadores a honorarios, ha sido normalmente la siguiente: *“Que, sin embargo, tratándose, en su origen, de contratos a honorarios celebrados por órganos de la Administración del Estado –entendida en los términos del artículo 1° de la ley 18.575–, a juicio de esta Corte, concurre un elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la referida institución, cual es que fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad, lo que permite entender que no se encuentran típicamente en la hipótesis para la que se previó la figura de la nulidad del despido.”*<sup>122</sup>

Respecto a este escueto y típico considerando, caben muchas interrogantes, nosotros abordaremos las siguientes: a) ¿Cuál es la relación de la presunción de legalidad con los actos administrativos y los contratos administrativos?, b) ¿está hablando la Corte Suprema de presunción de legalidad o validez?, para finalmente preguntarnos, c) ¿es aplicable la presunción de legalidad a los contratos a honorarios? Y si lo es, d) ¿hasta cuándo se presume que el contrato ha sido celebrado acorde a la ley?

a. ¿Cuál es la relación de la presunción de legalidad con los actos administrativos y los contratos administrativos?

Para explicar la relación de la presunción de legalidad con los actos administrativos y los contratos administrativos, tendremos que explicar primero en qué consisten estos dos últimos.

El artículo 3° de la ley 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA), en su inciso segundo, establece un concepto de acto administrativo, de la

---

<sup>122</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 8.272-2018.

siguiente manera: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.”

Para cierta parte de la doctrina, el concepto de acto administrativo engloba al contrato administrativo, configurando una especie de noción amplia de lo que se entiende por acto administrativo.

Para el otro sector de la doctrina “la limitación del concepto de acto administrativo a la propia Ley de Procedimiento Administrativo al decir que es “para los efectos de esta ley”, es muy relativa, ya que, tratándose de actos administrativos y como la ley es de Bases de Procedimientos, en realidad se aplica a todos los actos administrativos que no tengan, de acuerdo con el artículo 1º, un procedimiento administrativo especial. Esto permite descartar casi totalmente a los contratos administrativos”<sup>123</sup>, y que éstos tienen una regulación especial.

La inclusión de los contratos administrativos dentro del concepto de acto administrativo, no es algo en lo que esté de acuerdo la doctrina comparada. En efecto, para la doctrina española "el acto administrativo es la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto"<sup>124</sup>, excluyendo la noción de contrato administrativo. Para la doctrina alemana "el acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la Administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de Derecho en un caso concreto"<sup>125</sup>.

Así entonces, resulta fundamental dentro del concepto de acto administrativo que éste se entienda en el ejercicio de una decisión o acto de autoridad que produce efectos jurídicos. En palabras de don Jorge Bermúdez Soto: “*lo esencial del acto*

---

<sup>123</sup> Pierry Arrau, Pedro. “Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República.” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/14b0181a-a031-47f3-a12a-825285f51a7e/5.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>124</sup> Gallego, Alfredo. y Menéndez, Ángel. (2001). “Acto y Procedimiento Administrativo.” Editorial Marcial Pons, Madrid. p. 22.

<sup>125</sup> Mayer, Otto. (1949). “Derecho Administrativo Alemán.” Tomo I, Editorial Depalma. p. 126.

*administrativo está en el ejercicio del poder público, cuyo ejercicio válido queda determinado por la competencia para su ejercicio, el cual permite que lo resuelto, es decir, la decisión de aplicación del ordenamiento jurídico, pueda imponerse de manera unilateral sobre los ciudadanos.”<sup>126</sup>*

Ahora bien, que la definición legal de acto administrativo no señale que se trate de una declaración de voluntad unilateral, no obsta para entender que, si el acto administrativo es una decisión de autoridad, no está relacionada en su génesis con el acuerdo de voluntad de otra parte, por lo que dicho acto se impone sin necesitar la manifestación de conformidad por parte del destinatario. De mala forma entonces, podría incluirse a los contratos administrativos dentro del concepto de acto administrativo.

Por su parte, la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos (LBCA), no entrega una definición ni un concepto sobre qué debe entenderse por contrato administrativo, sin embargo, en su artículo 1° nos señala el ámbito de aplicación en el que se desarrollará la contratación administrativa, de la siguiente forma: *“Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.”*

De esta norma, también se puede desprender algunos de los principios básicos que permite distinguir al contrato civil del contrato administrativo, nos referimos al principio de mutabilidad del contrato, que implica la facultad de la Administración de modificar el contrato cuando las necesidades públicas así lo requieran, y al “principio de la preeminencia de la administración, expresada en la facultad de modificar el contrato, dirigir su ejecución e interpretarlo.”<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Bermúdez, Jorge. (2010). *“Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”* Revista de Derecho V. XXIII. p 107.

<sup>127</sup> Muñoz Chui, Natalia. *“Contratación Administrativa.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/da207097-6515-4ee5-a2dd-16a6ea40182f/2.pdf?MOD=AJPERES>

Se entiende entonces que en el contrato administrativo no hay una igualdad entre las partes contratantes, ya que la circunstancia de comparecer el Estado como tal, hace que el contrato adquiera una naturaleza distinta a la civil, considerando que las actuaciones de éste se enmarcan en la finalidad del bien común.

El jurista don Enrique Silva Cimma, explica los elementos del contrato administrativo de la siguiente forma: “1º. *Es preciso un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular; 2º. El acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración...; 3º. La prestación que suministrará el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un Servicio Público; 4º. Las partes, por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial del Derecho Público*”.<sup>128</sup>

El artículo 7 de la LBCA entrega una clasificación y un concepto de los contratos administrativos, en razón del procedimiento llevado a cabo para contratar con la administración, y son los siguientes:

*a) Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.*

*En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento.*

---

<sup>128</sup> Silva Cimma, Enrique. (1959). “*Derecho Administrativo.*” Tomo II, Editorial Universitaria, Santiago. p. 307.

*b) Licitación o propuesta privada: el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.*

*c) Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento.*

*La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación.*

Ahora bien, respecto a la relación de la presunción de legalidad con los actos y contratos administrativos, podemos señalar que el artículo 3º, inciso octavo, de la LBPA, establece que: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”*

Por otra parte, podemos señalar que la Ley de Bases de Contratos Administrativos, no regula la presunción de legalidad a propósito de los contratos administrativos, entonces cabe preguntarse ¿se entienden incorporados éstos (los contratos administrativos) en el concepto de acto administrativo, para efectos de hacer valer a su favor la presunción de legalidad de que gozan estos últimos?

Para una parte de la doctrina, los contratos administrativos estarían sin duda incorporados en el concepto de acto administrativo, porque es la comparecencia del Estado mismo, ya sea por medio de un acto o contrato, lo que hará presumir su actuación conforme a la ley.

Ahora bien, la expansión de este concepto a la mera comparecencia del Estado, significa elevar a rango constitucional una institución que tiene rango legal y se estableció a propósito de los actos administrativos y no de todas las actuaciones del Estado.

Se podría argumentar también que la presunción de legalidad rige a los contratos administrativos, por lo establecido en el artículo 1° de la LBCA, que dispone la aplicación supletoria del Derecho Público a los contratos allí regulados. ¿Se le aplica entonces la presunción de legalidad a los contratos administrativos, porque la LBCA dispone la aplicación supletoria del Derecho Público, y la LBPA es parte del Derecho Público? Entendiendo el mandato del legislador en sentido extenso, sí, se le aplicaría supletoriamente la presunción de legalidad. Sin embargo, no nos deja de parecer una extensión algo forzada de una institución que estaba contemplada para determinadas actuaciones de la administración.

Se puede advertir del tenor literal de la norma, “la presunción de legalidad se reconoce como un atributo de los actos administrativos que representa la exigibilidad directa e inmediata de los mismos a sus destinatarios”<sup>129</sup>, lo que a su vez, está relacionado con lo dispuesto en el artículo 51 de la LBPA, que establece que “*los actos de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo, causan inmediata ejecutoriedad.*” En otras palabras, se presume la legalidad de los actos administrativos, en relación a la importancia en la exigibilidad y cumplimiento de la decisión de la autoridad.

Para esta doctrina, entonces, los contratos administrativos no se entienden incorporados en el concepto de actos administrativos, y por ende, no gozan de la presunción de legalidad que tienen estos últimos.

En la práctica, nuestros tribunales de justicia, han entendido tan extensamente la presunción de legalidad, que ésta regiría desde los mismos actos administrativos hasta incluso los contratos a honorarios.

b. ¿está hablando la Corte Suprema de presunción de legalidad o validez?

---

<sup>129</sup>Zapata, Juan. (2015). “*Revisión y visión de la presunción de legalidad en la jurisprudencia administrativa*”. (Tesis de Magister en Derecho, Universidad Austral de Chile). p. 15



Se ha discutido por la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de la institución establecida en el inciso octavo del artículo 3° de la LBPA. Para una parte de los juristas, lo que estableció el legislador en la norma señalada, se refiere a la presunción de validez de los actos administrativos. Esta doctrina entiende que legalidad y validez no son lo mismo, ni tampoco se les puede considerar como equivalentes.

La presunción de legalidad, ha sido entendida por la Corte Suprema como aquella que *“es propia del ámbito del ejercicio de la función administrativa, conforme a la cual se presume que éstos han sido pronunciados por el competente funcionario, estando legalmente investido y que tal acto ha sido el resultado de un proceso administrativo”*<sup>130</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que la presunción de legalidad significa *“la suposición que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones [legales] y constitucionales, que es perfecto, y que tiene por tanto, valor y eficacia jurídica”*.<sup>131</sup>

Nuestra jurisprudencia judicial y constitucional, ha entendido entonces, tradicionalmente, que la presunción de legalidad parta de la suposición que las actuaciones del Estado fueron acorde al principio de juridicidad o legalidad establecidos en el artículo 6 y 7 de la Constitución, que lo dota de validez y eficacia, haciendo en una parte de sus definiciones, sinónimos los términos legalidad y validez.

La presunción de validez de los actos administrativos, por otra parte, no ha sido definida por la ley, así que ha sido la doctrina quien lo ha hecho. Ha sido definida como la *“cualidad de los actos administrativos en cuya virtud existe el deber de actuar y decidir partiendo de la premisa de que los actos administrativos son válidos en tanto no se declare su nulidad o sean anulados”*<sup>132</sup>. Se enfoca como

---

<sup>130</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 5.143-2009 y rol N° 9.728-2009.

<sup>131</sup> En Cordero, Luis. *“La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias”*. Publicado en *Revista de Derecho Público Contemporáneo*. Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República, v.7, N° 12, 2007, p.33-47.

<sup>132</sup> Rebolledo, Manuel, *“La presunción de validez”*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Vol. 128. 2005. p. 591.

una prerrogativa de los actos administrativos, que establece el deber de acatamiento inmediato de los efectos que éste produce, en tanto no sea destruida la presunción, por alguno de los mecanismos que la ley dispone. Por su parte, la Contraloría General de la República, en este sentido, ha sostenido en diversos dictámenes<sup>133</sup> que *“la presunción de validez establece que el acto administrativo respectivo debe ser obedecido tanto por las autoridades como por los particulares a quienes afecta, sin perjuicio de que con posterioridad a su entrada en vigencia, la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, o el juez en su caso dispongan invalidar tales decisiones cuando nuevos elementos de juicio o antecedentes demuestran su contrariedad con el Derecho.”*

Así entonces, del tenor de lo dispuesto en el artículo 3° de la LBPA, que establece: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”*, se desprende que *“la interpretación correcta que se debe dar de su artículo 3 es que el legislador ha situado en el ordenamiento jurídico chileno a la institución de la presunción de validez de los actos administrativos en su estricto rigor, no obstante se haya expresado con un léxico inconveniente, a nuestro parecer, a la presunción de legalidad”*<sup>134</sup>, ya que el imperio, la exigibilidad y ejecución del acto frente a los destinatarios del acto, se enmarca mejor en el concepto de presunción de validez, que de legalidad.

c. ¿es aplicable la presunción de legalidad a los contratos a honorarios?

Pareciera ser que la presunción de legalidad o de validez, establecida en la LOCBP, y a propósito de los actos administrativos, sitúa al Estado en un nivel

---

<sup>133</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 44.041 de 2005 y N° 26.826 de 2006.

<sup>134</sup> Delgado Lara, Álvaro. (2018). *“Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la ley de bases de los procedimientos administrativos.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/algunos+comentarios+sobre+la+presunci%C3%B3n/WW/vid/741338837/graphical\\_version](https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/algunos+comentarios+sobre+la+presunci%C3%B3n/WW/vid/741338837/graphical_version). p 94

superior en su condición de Poder Público, al hacer presumir la legalidad de los actos administrativos.

El principal efecto de la presunción de legalidad o validez, de esta forma, es la obligatoriedad inmediata del acto administrativo frente a los particulares. En este sentido se ha manifestado la Contraloría General de la República, señalando que *“la presunción de validez establece que el acto administrativo respectivo debe ser obedecido tanto por las autoridades como por los particulares a quienes afecta, sin perjuicio de que con posterioridad a su entrada en vigencia, la autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, o el juez en su caso dispongan invalidar tales decisiones cuando nuevos elementos de juicio o antecedentes demuestran su contrariedad con el Derecho.”*<sup>135</sup>

Respecto a la presunción de legalidad o validez, “la doctrina continental europea, –especialmente Italiana y Española-, comparte la existencia de un vínculo entre el concepto en estudio y la ejecutoriedad de los actos administrativos, dado que la presunción sería el fundamento de la especial fuerza obligatoria de los actos que permite su ejecución, aun contra la voluntad de sus destinatarios.”<sup>136</sup>

Es clara entonces la relación existente entre el acto administrativo y la presunción de legalidad o validez, la que está determinada por la eficacia que el acto debe tener frente a los particulares como un acto de autoridad.

En el contrato a honorarios, por el contrario, El Estado comparece no ejecutando un acto de autoridad, así, debido a la naturaleza civil de la contratación, se establece una igualdad jurídica respecto de las partes, por lo que podría discutirse la aplicación de la presunción de legalidad a la mera comparecencia del Estado a la celebración de este tipo de contratación, ya que éste último estaría actuando como un particular.

Finalmente, podemos mencionar que el artículo 3° de la LBCA establece la exclusión de la aplicación de la ley, respecto de *“las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales y los contratos*

---

<sup>135</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 44.041 de 2005 y N° 26.826 de 2006.

<sup>136</sup> Zapata, Juan. (2015). *“Revisión y visión de la presunción de legalidad en la jurisprudencia administrativa”*. (Tesis de Magister en Derecho, Universidad Austral de Chile). p. 41

*a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten”,* por lo que la aplicación supletoria del Derecho Público establecida en el artículo 1 de la LBCA no sería aplicable a los contratos a honorarios, y por tanto, tampoco les sería aplicable la presunción de legalidad. Así, en esta contratación, el Estado comparece como un particular, aplicándose supletoriamente, por tanto, las disposiciones del derecho común.

d. ¿hasta cuándo se presume que el contrato ha sido celebrado acorde a la ley?

Ahora bien, si aun así, se entiende que la presunción de legalidad es aplicable a la celebración de los contratos a honorarios, cabría preguntarse hasta cuándo se presume que el contrato ha sido celebrado acorde a la ley.

Para responder a esta pregunta, debemos responder primero a qué tipo de presunción corresponde la presunción de legalidad comentada. Se ha entendido que “las presunciones legales se clasifican en presunciones simplemente legales y presunciones de derecho. Para hacer esta clasificación se atiende a si el legislador admite o no prueba en contrario contra lo que se presume. Si la presunción admite prueba en contrario, es simplemente legal (artículo 47 inciso 3 del Código Civil). Si la presunción es de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba en contrario, supuestos los antecedentes o circunstancias (artículo 47 inciso final del Código Civil).”<sup>137</sup>

En consideración a lo anterior, el artículo 3 inciso 6 de la LGBPA, establece que: *“Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”* Nos señala la disposición transcrita, que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad salvo que, mediante un procedimiento de impugnación se

---

<sup>137</sup> Rodríguez Papic, Ignacio. (2010). *“Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía”*. Editorial Jurídica. Santiago. p. 250.

ordenase su suspensión, o que esto lo hiciera el juez conociendo por la vía judicial.

En relación a lo último planteado, podemos establecer que “los Tribunales de Justicia, en ejercicio de las referidas facultades de control, pueden declarar la nulidad, invalidar o dejar sin aplicación actos administrativos impugnados, incluso, si estos han sido cursados por la Contraloría.”<sup>138</sup>, por lo que la judicatura, resolviendo a través de sus sentencias, establecerá de forma definitiva, la invalidación o nulidad del acto, si se determina que fue dictado vulnerando el ordenamiento jurídico.

En definitiva, la presunción de legalidad corresponde a una presunción simplemente legal, por lo que la circunstancia presumida puede ser contrapuesta con otros medios probatorios, y eventualmente, lograr que dicha presunción, pueda ser destruida a través de una sentencia judicial, por lo que “es posible que esta presunción caiga definitivamente fulminada en el evento que se constate que vulnera el ordenamiento jurídico positivo.”<sup>139</sup>

En este mismo sentido, se ha establecido que “es aceptado por la unanimidad de la dogmática que está conteste que es una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iuris* y, por ende, admite prueba en contrario, de tal manera que el acto administrativo se presume legal, mientras aquella presunción no sea destruida por una declaración que establezca su invalidación o nulidad.”<sup>140</sup>

De esta forma, en el procedimiento judicial que se lleva a cabo por el reconocimiento de la relación laboral de un trabajador a honorario contratado por el Estado, se examinan diferentes medios probatorios que hacen concluir a los sentenciadores que la relación establecida entre las partes del litigio era de carácter laboral.

---

<sup>138</sup>En Poblete, Julia. (2009). “*Actos y contratos administrativos*”. Santiago: Legal Publishing, 5ª edición. p.340.

<sup>139</sup>Hanssen, C. (2007). “*La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El Juicio de Cuentas*”. LexisNexis, Santiago. p. 220.

<sup>140</sup>Jara, Jaime. (2004). “*La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*”. Editorial Libromar, Santiago. p. 285.

La naturaleza civil de la contratación a honorarios alegada por el Estado, queda totalmente desvirtuada por la sentencia judicial, que argumenta sobre la artificialidad de la contratación bajo los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley 18.834 y en el artículo 4° de la Ley N°18.883, por lo que se establece una vulneración al ordenamiento jurídico, en la parte que regula la relación del Estado con el personal por el cual se dota.

Estimamos entonces que no es procedente invocar la presunción de legalidad, a secas, al momento declarar judicialmente la existencia de una relación laboral, escondida bajo un contrato de honorario dispuesto por el Estado, ya que dicha presunción precisamente fue destruida al momento en que se dicta la sentencia que reconoce la *laboralidad* de las funciones prestadas por el trabajador.

Respecto al ámbito estrictamente procesal de la presunción de legalidad, la doctrina ha señalado que “la Administración no necesita probar la legitimidad de su pretensión, pues, ello incumbe al particular”<sup>141</sup>, alterando de esta forma, la carga de la prueba. En relación a lo último, la doctrina ha señalado que “la carga de la prueba para demostrar su invalidez incumbe siempre a quien impugna los actos cuestionando su legalidad.”<sup>142</sup>

Sin embargo, para otro sector doctrinario, al que adhiere parte de la doctrina nacional, la presunción si bien no altera la carga de la prueba, puesto que la Administración Pública “es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones”<sup>143</sup>, atribuyéndole un efecto procesal relativo, pues la presunción de legalidad para algunos autores “sólo expresa de manera bastante crítica la imposición al destinatario del acto de la carga de recurrirlo si desea privarle de eficacia”<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup>Diez, Manuel. (1961). “*El acto administrativo*”. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 2a edición. p. 278.

<sup>142</sup> Betancor, Andrés (1992). “*El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*.” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. p. 416

<sup>143</sup>García de Enterría, Eduardo. y Fernández, Tomás-Ramón. (2006). “*Curso de Derecho Administrativo*.” Editorial Aranzadi, 13° Edición, Madrid. p. 518

<sup>144</sup> Santamaría, Juan., “*Principios de derecho administrativo*.” Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 3a edición, vol. II, 2002, Madrid: p.164.

Sostenemos, entonces, que la invocación de presunción de legalidad para justificar la no aplicación de la nulidad del despido al caso que hemos estado desarrollando, resulta artificiosa y aplicada fuera de un contexto que lo permita.

#### **2.1.2.2. Desigualdad del ente público en la convalidación del despido.**

En varias de las sentencias que deciden no aplicar la sanción de la nulidad del despido cuando se declara una relación laboral de un trabajador contratado a honorarios, la Corte Suprema ha señalado que existe una desigualdad entre las partes litigantes, por cuanto el Estado no se encuentra en la misma posición que un empleador particular, toda vez que no cuenta con la facultad de convalidar el despido cuando lo estime necesario, ya que no tiene la capacidad de allanarse a la demanda contraria, por lo que el pago de la sanción del artículo 162 del Código del Trabajo, sería siempre inevitable.

En todas las sentencias mencionadas, encontramos un considerando típico que transcribimos a continuación: *“Que, por otro lado, la institución contenida en el artículo 162 ya mencionado, se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que para ello requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido, de manera que no procede aplicar la nulidad del despido.”*<sup>145</sup>

Como consecuencia de esta desigualdad primaria (en la posibilidad de ejercer ciertas facultades que entrega la ley para el empleador moroso de cotizaciones previsionales que despidió a un trabajador), la jurisprudencia vislumbra otra desigualdad, que se produce cuando en estos casos, la sanción indemnizatoria

---

<sup>145</sup> CORTE SUPREMA. Sentencia rol 22.881-2018, del 14 marzo 2019 y rol 8.272-2018, del 11 octubre 2019

establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, puede reemplazar a las indemnizaciones del despido. Es decir, con la aplicación de la nulidad del despido en estas circunstancias particular, la institución se desnaturaliza y pasaría a ser una indemnización adicional para el trabajador, por el solo hecho de ser declarado el Estado como empleador.

Según estos argumentos se configura una desigualdad que afecta al Estado, ya que por un lado existiría una sentencia que reconoce al Estado como empleador, pero éste a su vez, no cuenta con las herramientas que entrega el ordenamiento jurídico para hacer menos gravosa la sanción, convalidando el despido, ya que no existe la facultad de allanamiento por parte del Estado como litigante, por lo que sería algo que va en contra del mismo ordenamiento jurídico.

Lo máximo que establece la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (LOCDE), a propósito de los procesos en los que interviene, es la celebración de transacciones. El artículo 7° de la LOCDE, dispone a su vez, que el acuerdo para celebrar dichas transacciones deben contar con el voto de las tres cuartas partes de los miembros del consejo en ejercicio y en sesión especialmente convocada con tal objeto, lo que supone por cierto, algo muy excepcional.

Sumado a lo anterior, de esta consecuencia inevitable de no poder convalidar el despido, el demandante en este caso, recibiría una indemnización adicional también inevitable, lo que constituye finalmente, una segunda desigualdad.

Ahora bien, nos parece que la convalidación del despido es una facultad accesoria con la que cuenta el empleador para actuar frente a una demanda de nulidad del despido. Por lo que no es un elemento esencial, ni un requisito para la aplicación de la sanción de la nulidad del despido.

Por otro lado, la jurisprudencia, siempre ha usado el vocablo “generalmente”, para referirse a los casos en que el Estado no puede convalidar libremente un despido, por lo que a contrario sensu, existen casos en que sí puede realizarlo.

Se puede sumar el argumento que sostiene que si bien el Estado no puede allanarse a la demanda, por no estar expresamente facultado, sí lo estaría para convalidar el despido. El artículo 162 inciso sexto señala: *“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.”* El artículo 3° dispone a su vez que: *“Para todos los efectos legales se entiende por: 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.”* Ahora, entendiendo que el Estado se constituye en un empleador en los términos del mencionado artículo 3, adquiere por mandato expreso de la ley, la facultad para convalidar el despido.

No se puede alegar de esta forma, que el Estado no cuenta con el mandato expreso de la ley que le otorgue la facultad de convalidar el despido. De esta forma, es difícil seguir sosteniendo el argumento que debido a que el Estado no puede convalidar el despido, no es aplicable la nulidad del despido.

Los argumentos antes mencionados tienen como finalidad la no aplicación de una norma y de sus consecuencias a favor del trabajador, por lo que al acogerlos se opta por seguir dejando en la indefensión y precariedad laboral a los recién declarados trabajadores bajo régimen del Código del trabajo, desconociendo sus derechos, en base a que cumplir con todos ellos es gravoso para el Estado.

Se hace una ponderación de derechos que va en contra de los intereses del trabajador, violando con ello los principios mismos del Derecho del Trabajo. Lo anterior deviene en absurdo, pues nuevamente se le permite al Estado seguir violando los principios de legalidad y de juridicidad, porque no se crean incentivos para que éste no siga generando precariedad laboral, pues aun cuando se declare que existe un régimen laboral regido bajo la ley laboral, no se harán aplicable en su contra una de las sanciones más importantes que trae aparejada el reconocimiento de la relación laboral, es decir, no se aplicará la nulidad del despido, con lo que nuevamente se deja impune al Estado cuando vulnera los derechos laborales de los trabajadores.

### 2.1.2.3. Historia de la Ley

La interpretación de la Corte Suprema respecto a la historia de la Ley 19.631, se puede resumir en que *“la procedencia de aplicación de la sanción de invalidez del despido debe determinarse a la luz de la finalidad que tuvo el legislador al instaurarla, que es precisamente estimular al empleador a enterar en los órganos respectivos las cotizaciones que retuvo, sin que sea necesaria la intervención de la autoridad administrativa o judicial, ergo, supone que esa obligación de retención es manifiesta para las partes.”*<sup>146</sup>

De esta forma, la jurisprudencia ha entendido que la sanción instaurada por la nulidad del despido, corresponde aplicarla solamente cuando el empleador ha actuado como un agente retenedor de las cotizaciones previsionales descontadas de la remuneración, es decir, en el caso en que la relación laboral no es discutida por las partes.

En palabras de la Corte Suprema, se ha establecido que *“dicha sanción ha sido prevista para el empleador que ha efectuado la retención correspondiente de las remuneraciones del trabajador y no entera los fondos en el organismo respectivo, es decir, no ha cumplido su rol de agente intermediario y ha distraído los dineros, que no le pertenecen, en finalidades distintas a aquellas para las cuales fueron retenidos.”*<sup>147</sup>

Esta idea de agente retenedor se puede entender también de la siguiente manera: *“10° Que, como se advierte, regulan la situación que se configura porque el empleador al momento de la desvinculación del dependiente se encontraba en mora en el pago de las cotizaciones previsionales, cuyos montos descontó y retuvo de las remuneraciones respectivas sin enterarlos en los organismos pertinentes, no aquella que se presenta cuando una sentencia establece que las partes estaban vinculadas laboralmente”*<sup>148</sup>

Una importancia preponderante le da la jurisprudencia a la postura que asume el Estado durante el juicio. El estado evidentemente a lo largo del juicio desconoce

---

<sup>146</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 36.601-17.

<sup>147</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 37.339-17 y rol 2392-13.

<sup>148</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 36.601-17

la relación laboral que tuvo con el demandante, lo que conjuga a su favor, según la Corte Suprema, al señalar que *“en lo relativo a la aplicación del artículo 162 del Código del Trabajo, en los casos en que es la sentencia la que establece la existencia de la relación laboral, la sanción ha sido prevista para el empleador que ha efectuado la retención correspondiente de las remuneraciones del trabajador y no ha enterado los fondos en el organismo respectivo, es decir, no ha cumplido con su rol de agente recaudador e intermediario y ha distraído dineros que no le pertenecen en finalidades distintas a aquellas para las cuales fueron dispuestos, de modo que se hace acreedor a la sanción pertinente, lo que no ocurre si la retención no se hizo, ya que para el demandado existía un vínculo de naturaleza civil.”*<sup>149</sup>

Sabemos también que una de las principales fórmulas planteadas por la jurisprudencia para rechazar la aplicación de la nulidad del despido, respecto a la calidad de agente retenedor del empleador, ha sido la siguiente: *“Que, sin embargo, como dicha obligación no resulta patente para un litigante que desconoce la existencia de la relación laboral, controversia que solo fue dirimida en la sentencia que se impugna, aplicar la sanción de la nulidad del despido en esos caso importa extender la finalidad de la norma más allá de lo querido por el legislador, con ello, obligar al empleador a asumir una actitud que de buena fe estima que no le es exigible, por ley ni por contrato, lo que también entendió el trabajador, según denota su actitud conforme durante toda la vigencia de la relación laboral.”*<sup>150</sup>

Al respecto, cabe hacer un análisis crítico de lo planteado por la Corte Suprema. Podemos analizar que existe una importante consideración a la actitud que asume el Estado durante el juicio al no reconocer la relación laboral.

Existe también una grave inconsistencia al reivindicar la buena fe del empleador, toda vez que fue condenado porque la contratación a honorarios no se ajustaba a derecho y escondía una relación laboral, con todo el incumplimiento que la normativa del ramo dispone.

---

<sup>149</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 2392-13, rol 5447-10 y rol 1855-12

<sup>150</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 36.601-17

De esta forma, la jurisprudencia termina culpando al trabajador por la actitud que éste asume antes de demandar sus derechos, lo que nos parece conclusiones exageradas, toda vez que éstas justifican la no aplicación de la nulidad del despido al caso que estamos trabajando.

Cabe precisar, sin embargo, que en la historia de la ley en comento, también es una preocupación esencial no solamente la aplicación de la sanción de la nulidad del despido, sino que esta sanción, fuera lo suficientemente onerosa para el empleador incumplidor o moroso, con el objeto de que los dineros de las cotizaciones previsionales de los trabajadores pudieran terminar finalmente en las instituciones previsionales correspondientes.

El enfoque de esta finalidad en la historia de la ley, podría hacer más extensiva la tutela de la nulidad del despido, ya que está centrada en la prevención general de que el empleador, se reconozca formalmente como tal o no, cumpla con su obligación de enterar los fondos previsionales que le corresponde a cada trabajador, bajo amenaza de una sanción más gravosa.

Ahora bien, la postura mayoritaria de la jurisprudencia ha sostenido que la Historia de la Ley 19.631 es una de las razones para no aplicar la nulidad del despido, ya que las consideraciones fácticas a la época de la dictación de la ley y de la sanción específica de la nulidad del despido, no corresponde con una relación laboral que previamente no está reconocida por una de las partes, o se resiste a dicho planteamiento.

Sin embargo, de igual forma podría entenderse la historia de la ley para argumentar una posición que determine la aplicación de la nulidad del despido al caso estudiado. Al respecto, se ha señalado que *“el tenor del inciso 5° fue introducido por el artículo N° 1, letra c), de la Ley N° 19.631, para salvaguardar los derechos previsionales de los trabajadores por la ineficiente normativa legal en materia de fiscalización, y por ser poco efectiva la persecución de las responsabilidades pecuniarias de los empleadores a través del procedimiento ejecutivo; cuyas secuelas negativas las experimentan los trabajadores en la medida que resultan burlados sus derechos previsionales y, por ello, en su vejez deben recurrir a las pensiones asistenciales, siempre insuficientes, o a la caridad;*

*sin perjuicio de que, además, por el hecho del despido quedan privados de su fuente laboral y, por lo mismo, sin la posibilidad de solventar sus necesidades y las de su grupo familiar.”<sup>151</sup>*

La finalidad de la norma incorporada por el legislador, según el considerando expuesto, no estaría entendida solamente por la protección de las cotizaciones previsionales que se retuvieron por el empleador, sino que los derechos previsionales de los trabajadores en general, aduciendo además, múltiples razones de justicia material.

De esta forma, lo que debe primar sobre la historia de la ley, y los casos concretos que previó el legislador de una determinada época, es la integración de la norma jurídica al sistema que se deposita. Correspondería aplicar la norma, entonces, en el caso en que los supuestos de hecho como normativos, se verifiquen.

Respecto a esta idea, la Corte Suprema ha señalado que *“si bien es cierto que la norma establecida en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo tuvo por objeto inicialmente sancionar a los empleadores morosos en el pago de las cotizaciones previsionales, atendida a la gravedad de la deuda previsional existente, no impide su aplicación a los casos en que se discute la existencia de la relación laboral, ya que la controversia sobre ésta no puede suprimir la obligación que pesa sobre el empleador en estas circunstancias.”<sup>152</sup>*

La doctrina también ha contribuido a este debate, señalando que *“la voluntad del legislador no puede ostentar una relevancia protagónica en la interpretación normativa, lo que importa es la norma, la cual debe bastarse a sí misma con independencia de la voluntad legislativa”<sup>153</sup>*

---

<sup>151</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 32.232-16

<sup>152</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 28.568-2016

<sup>153</sup> Gamonal Contreras, Sergio. (2014). *“Fundamentos del derecho del trabajo”*. Thomson Reuters, Santiago. p.160.

## **2.2. Argumentos a favor de la aplicación de la nulidad del despido en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores públicos a honorarios.**

### **2.2.1. Aplicación de la norma de forma estricta.**

De las principales reglas de interpretación que contiene nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 19 del Código Civil dispone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Recurrir a la historia de la ley, correspondería según lo establecido en el inciso segundo del artículo 20 del Código Civil, en casos donde haya alguna expresión obscura en la ley, por lo que antes de recurrir a la historia de la ley, debemos establecer si el sentido de la ley es claro.

El inciso 5 del artículo 162 del Código del Trabajo dispone: *“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 de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.”* En dicho inciso se contempla la obligación del empleador de informar el estado del pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido, pero no impone en la misma una sanción a la inobservancia de dicha obligación. Por otro lado, sí le impone una sanción al empleador que al momento del despido, no hubiera efectuado el íntegro de las cotizaciones previsionales devengadas durante el desarrollo de la relación laboral, estableciendo que dicho despido no producirá el efecto de poner término al contrato.

La principal diferencia entre el argumento que establece la aplicación de la nulidad del despido de forma estricta y literal, de la que argumenta en contra de su aplicación, en consideración a la historia de la ley, radica en la naturaleza o característica que se le atribuye a las cotizaciones previsionales adeudadas que hace referencia la ley.

Por un lado, la literalidad de la norma, establece la obligación de integrar las cotizaciones previsionales devengadas.

Por otro lado, para los que argumentan en contra de la aplicación de la nulidad del despido en el caso de los contratados a honorarios, la naturaleza de la cotización previsional que establece el artículo 162, es respecto a aquella que es retenida y no pagada por el empleador, entendiendo la sanción vinculada al empleador que actúa como agente retenedor de las cotizaciones previsionales.

Cabe entonces establecer cuál es el sentido que la ley le otorga al vocablo “devengado” para determinar su claridad u oscuridad. Según la Real Academia Española (RAE), devengar está definido como: *“Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título.”*

De ahí se puede colegir que a las cotizaciones que hace referencia la ley para aplicar la nulidad del despido, son aquellas a las que el trabajador, por tal, adquirió el derecho a percibir en un futuro mediante la acumulación de éstas.

En relación con esta última línea jurisprudencial, pero entendiendo la naturaleza jurídica de la cotización previsional, la Corte Suprema ha establecido que: *“la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley y ésta se presume por todos conocida, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° del Código Civil, de modo que las remuneraciones siempre revistieron dicho carácter, lo que lleva a que el empleador debe hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales respectivos y al no cumplir con esta exigencia se hace acreedor de la sanción establecida en el artículo 162, incisos 5°, 6° y 7°, del Código del Trabajo”*<sup>154</sup> Se aplica entonces la nulidad del despido de forma estricta, bastando la inobservancia de la obligación del empleador de no haber deducido y enterado las cotizaciones previsionales de la remuneración del trabajador.

Establecer que la institución de la nulidad del despido es aplicable en los casos en que el empleador actuó solamente como agente retenedor de las cotizaciones previsionales del trabajador, significa incorporar un requisito que la ley no contempla para su procedencia.

---

<sup>154</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 8.318-14, rol 9.690-15, rol 76.274-16 y rol 191-17.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que *“la doctrina sobre la materia sostiene que exigir para la procedencia de la sanción establecida en el artículo 162, inciso 5° y 7° del Código del Trabajo, que se hubiere otorgado un contrato escrito o que se trate de una relación de trabajo no discutida, implica imponer requisitos que el precepto no contiene y desconocer el carácter consensual del contrato de trabajo”* <sup>155</sup>

Respecto a la importancia de que el empleador actuase como agente retenedor, la Corte Suprema ha estimado lo siguiente: *“Que, en consecuencia, si el empleador durante la relación laboral infringió la normativa previsional corresponde imponerle la sanción contemplada en los incisos 5° y 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, independiente de que haya retenido o no de las remuneraciones de los trabajadores las cotizaciones previsionales y de salud, pues el presupuesto fáctico que autoriza para obrar de esa manera se configura, según se aprecia de su tenor, por el no entero de las referidas cotizaciones en los órganos respectivos en tiempo y forma; razón por la que, verificado, el trabajador puede reclamar el pago de las remuneraciones y demás prestaciones de orden laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y la de envío de la misiva informando el pago de las imposiciones morosas;”* <sup>156</sup>

Por último, cabe hacer presente un interesante voto de minoría de la Corte Suprema, en relación a lo antes analizado: *“En consecuencia, si el empleador durante la relación laboral infringió la normativa previsional corresponde imponerle la sanción contemplada en los incisos 5° y 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, independiente de que haya retenido o no de las remuneraciones de los trabajadores las cotizaciones previsionales y de salud, pues el presupuesto fáctico que autoriza para obrar de esa manera se configura, según se aprecia de su tenor, por el no entero de las referidas cotizaciones en los órganos respectivos en tiempo y forma; razón por la que, verificado, el trabajador puede reclamar el pago de las remuneraciones y demás prestaciones de orden laboral durante el período*

---

<sup>155</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 28.568-16

<sup>156</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 32232-16



*comprendido entre la fecha del despido y la de envío de la misiva informando el pago de las imposiciones morosas;*<sup>157</sup>

Así entonces, al declarar la relación laboral, se entiende que las cotizaciones previsionales se han devengado a lo largo del desarrollo de dicha relación, y si éstas no han sido enteradas por el empleador en las instituciones previsionales correspondientes, al momento del despido, nos encontramos en el presupuesto fáctico de la norma que aplica la nulidad del despido.

## **2.2.2. Aplicación de principios del Derecho del Trabajo.**

### **2.2.2.1. Principio protector.**

Desde el principio protector se puede entender la desigualdad que existe entre las partes que concurren a la celebración de un contrato de trabajo, ya que agrega una nueva desigualdad para poder situar a las partes en un relativo estado de igualdad.

Las situaciones de poder que envuelven a la relación laboral son muy disímiles de las que se entienden gobiernan a una relación jurídica civil, ya que el trabajador como parte negociadora débil de la relación laboral, está sometida al poder económico, de control y dirección que el empleador ejerce sobre el primero.

De esta forma, el principio protector entiende en la fundación del Derecho del Trabajo, una vocación de amparo del trabajador, otorgándole derechos que son irrenunciables y tutelando los derechos establecidos en favor de los trabajadores, ya sea respecto de su vida y salud, sus remuneraciones, las acciones que pueda intentar o interponer en contra su empleador, etc. “Esta tendencia a dar especial protección a la parte más débil de la relación de trabajo -esto es, el trabajador- se conoce como principio protector. Es el principio rector del Derecho del Trabajo,

---

<sup>157</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 36601-2017

confiriéndole a esta rama jurídica su carácter peculiar como derecho tutelar de los trabajadores.”<sup>158</sup>

Así, la jurisprudencia, ha razonado en cuanto a la finalidad implícita dentro de la norma que regula la nulidad del despido, en un sentido general, para decidir aplicarla en el reconocimiento judicial de la relación laboral de los trabajadores a honorarios contratados por el Estado, de la siguiente forma: “ *Que, en esta materia, resulta de interés tener presente que la razón que motivó al legislador para modificar el artículo 162 del Código del Trabajo, por la vía de incorporar, por el artículo N° 1, letra c), de la Ley N° 19.631, el actual inciso 5°, fue proteger los derechos previsionales de los trabajadores por la insuficiencia de la normativa legal en materia de fiscalización, y por ser ineficiente la persecución de las responsabilidades pecuniarias de los empleadores a través del procedimiento ejecutivo; cuyas consecuencias negativas en forma indefectible las experimentan los trabajadores, en especial los más modestos, quienes ven burlados sus derechos previsionales, y, por ello, en su vejez no les queda otra posibilidad que recurrir a las pensiones asistenciales, siempre insuficientes, o a la caridad; sin perjuicio de que, además, por el hecho del despido quedan privados de su fuente laboral y, por lo mismo, sin la posibilidad de solventar sus necesidades y las de su grupo familiar.* ”<sup>159</sup>

El razonamiento que efectúa la Corte Suprema del artículo 162 del Código del Trabajo, entonces, dice relación con la finalidad tutelar de la norma, por cuanto se dispone un mecanismo de protección de las cotizaciones previsionales de los trabajadores en general. Bajo este panorama, sería aún más urgente resguardar las cotizaciones previsionales de aquellos trabajadores que se encuentran en una condición aún más desfavorable, ya que ni siquiera se le han realizado los respectivos descuentos y retenciones. En síntesis, se ha entendido que la finalidad de la citada norma es proteger los derechos de los trabajadores afectados por el incumplimiento del empleador en el pago de sus cotizaciones de seguridad social.

---

<sup>158</sup> Palavecino Cáceres, Claudio. “*Los Principios del Derecho del Trabajo.*” Apuntes de clases. p. 6.

<sup>159</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 381-17

Por otro lado, la jurisprudencia ha vislumbrado una compleja situación en cuando a la postura que no aplica la sanción de la nulidad del despido al reconocimiento judicial de la relación laboral, señalando que es *“absurdo que el empleador que niega la existencia de la relación laboral gozaría de una situación jurídica más favorable que aquel que la reconoce, pues sí se le aplicaría la sanción establecida en la disposición citada. En este sentido, negar la relación laboral y despedir al trabajador, sin pagar las cotizaciones previsionales, no llevaría envuelta la nulidad del despido, lo que sí se produciría si se hubiere reconocido desde un principio la relación laboral a través del respectivo contrato de trabajo.”*<sup>160</sup> Se dejaría de esta forma en una situación más desfavorable a aquellos trabajadores que teniendo empleadores inescrupulosos, han celebrado un aparente contrato de honorarios, para no aplicar la legislación laboral correspondiente en favor del trabajador. Se genera un incentivo perverso tanto para el Estado como para los empleadores privados, para celebrar contratos de honorarios encubriendo un contrato de trabajo.

La doctrina ha sostenido que *“el principio protector se especifica en una serie de principios derivados, que lo desarrollan en aspectos puntuales. Tales son el principio de la norma más favorable, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos, el de la primacía de la realidad y el de la continuidad de la relación de trabajo”*<sup>161</sup>, así como ha entendido que en materia de interpretación dicho principio rector del Derecho del Trabajo, se manifiesta en la regla indubio pro operario, entendiéndola de la siguiente forma: *“En caso de que un enunciado normativo admita dos o más sentidos, el juez deberá escoger aquel más favorable al trabajador. También se aplicaría esta regla a la hora de interpretar los hechos, o si se prefiere, al ponderar el valor de la prueba.”*<sup>162</sup>

Relacionando lo anterior con el tema central de este trabajo, se puede entender que la aplicación de dicho principio y la regla que se establece en caso de interpretación normativa, ha permitido la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del derecho del trabajo a nuevos modos de trabajar en que los

---

<sup>160</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 28.568-2016

<sup>161</sup> Palavecino Cáceres, Claudio. *“Los Principios del Derecho del Trabajo.”* Apuntes de clases p. 7

<sup>162</sup> *Ibíd.* p. 6-7

contornos no son tan nítidos como en el contrato de trabajo o la relación de trabajo tradicional, tal como sucede en el caso de que el Estado contrate a trabajadores bajo la modalidad de honorarios, encubriendo una verdadera relación laboral.

El principio protector, por otro lado, tiene también una manifestación en el derecho procesal del trabajo. Según la doctrina, “el derecho procesal del trabajo tiene un carácter tuitivo del trabajador, en cuanto parte débil de la relación laboral y en la instancia procesal.”<sup>163</sup> El jurista don Eduardo Couture, enseña que “el derecho procesal del trabajo es un derecho elaborado totalmente con el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia.”<sup>164</sup>

En ese sentido, al constatar que la sede donde se interponen las demandas por reconocimiento de relación laboral, parte en los Juzgados de Letra del Trabajo, entendemos que los principios y normas que se establecen son los que guían el proceso laboral.

Si el proceso laboral se entiende por la desigualdad que presenta la relación entre el empleador y el trabajador, cabe entonces aplicar al empleador, sin inventar excepciones, las sanciones que correspondan, ordenándole el pago de las indemnizaciones y prestaciones establecidas en la ley.

No se puede invocar, por lo tanto, en sede de unificación de jurisprudencia, la “desigualdad” que se provoca en contra del Estado, como empleador, el hecho de no contar “de forma libre” con la convalidación del despido, ya que se supone que el proceso laboral es tutelar del trabajador en cuando parte débil de la relación con el empleador, en este caso, el Estado.

---

<sup>163</sup> Gamonal Contreras, Sergio. (2015). *“El Derecho Procesal del Trabajo, sus caracteres, y el principio de igualdad por compensación.”* Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Thomson Reuters, Vol. III, N°1. p. 97

<sup>164</sup> Couture, Eduardo. (2003). *“Estudios de Derecho procesal Civil”*, Tomo I, 4° Edición, LexisNexis. p. 194

#### 2.2.2.2. Primacía de la realidad.

El principio de primacía de la realidad es uno de los pilares estructurales del Derecho del Trabajo, ya que permite la aplicación de esta rama del derecho y tutelar al trabajador cuando existe discordancia entre lo que ocurre en los hechos y lo que se declara desde acuerdos o documentos.

Este principio se funda jurídicamente en la naturaleza consensual del contrato de trabajo, por lo que éste queda perfeccionado por la sola voluntad de las partes. La escrituración del contrato en los términos pactados por las partes, constituye una mera formalidad de prueba, según lo establecido en el artículo 9 del Código del Trabajo.

La doctrina ha entendido que el principio de la primacía de la realidad “significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”<sup>165</sup>

Se ha declarado que “donde más se manifiesta la aplicación del principio de primacía de la realidad es en el caso de los llamados falsos trabajadores autónomos”<sup>166</sup>, que corresponderían a los trabajadores contratados bajo la modalidad a honorarios.

De esta forma, se pretenden encubrir la relación jurídica laboral, bajo un régimen civil de prestación de servicios, con la finalidad de eludir el cumplimiento de la normativa laboral. En este sentido, el inciso 1° del artículo 8 del Código del trabajo, establece la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, cuando se verifique la ocurrencia de una relación jurídica que se desarrolle en los términos planteados en el artículo 7 del Código del Trabajo, esto es cuando ambas partes se obliguen recíprocamente; el trabajador, a la prestación de servicios bajo un vínculo de subordinación y dependencia, y el empleador, a pagar una remuneración por dicha prestación de servicios. De esta forma,

---

<sup>165</sup> Plá, Américo (1998). *“Los principios del derecho del trabajo”*, Editorial Depalma, 3ª edición actualizada, Buenos Aires. p. 313.

<sup>166</sup> Pierry, Lucía. (2018). *“Derecho individual del trabajo”*. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Ediciones DER. p. 14.

verificado en los hechos la ocurrencia de prestación de servicios bajo subordinación y dependencia del trabajador, se presumiría un vínculo de origen laboral, con la aplicación de toda la normativa respectiva.

Ahora bien, cabría preguntarse entonces, qué se puede entender por subordinación y dependencia, ya que la ocurrencia de este concepto jurídico es el que tendría que manifestarse en la realidad para hacer aplicable la legislación laboral.

Se ha establecido que el concepto jurídico de subordinación “alude a la necesidad jurídica en que se encuentra el trabajador de prestar sus servicios personales de conformidad a las órdenes o instrucciones que imparta el empleador”<sup>167</sup>, de esta forma, será el empleador quien determinará el tiempo, lugar y forma en que deben desenvolverse los servicios por parte del trabajador. La subordinación entonces, da cuenta de un elemento jerárquico en la relación laboral entre el empleador y el trabajador, constituyendo el poder de dirección y control del empleador, la contracara del concepto jurídico en estudio.

Al no encontrarse en la ley una definición de lo que debe entenderse por subordinación, la jurisprudencia ha seguido el criterio de “haz de indicios”, en que se considera a la subordinación como un concepto amplio y en el que caso a caso, se deben analizar los elementos fácticos de la relación jurídica para determinar la existencia de una relación laboral.

Los indicios de subordinación no son taxativos, se concluyen en cada caso particular, sin embargo, a modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes indicios: “Obligación y control de asistencia del trabajador en las oportunidades acordadas, obligación de permanencia del trabajador en el lugar de trabajo, cumplimiento y control de horario de entrada y salida, continuidad de la prestación de servicios, que se impartan instrucciones al trabajador en el cumplimiento de su trabajo, lo que se vincula al poder disciplinario del empleador, el uso de uniformes u otros elementos distintivos de la empresa.”<sup>168</sup> Cabe recalcar que dichos indicios, al no poseer el carácter de taxativos, pueden concurrir todos o algunos de los

---

<sup>167</sup> Ibíd. p. 32

<sup>168</sup> Ibíd. p. 6

indicios mencionados, y en este último caso, bastaría la concurrencia de los indicios necesarios que permitan al tribunal presumir la existencia de subordinación. Obviamente, mientras más indicios concurren a probar o presumir la subordinación, más sencillo será determinar la naturaleza laboral de la relación jurídica sometida a la revisión de los Tribunales de Justicia.

Respecto al concepto de dependencia, la jurisprudencia tanto administrativa como judicial ha entendido tradicionalmente que no es un concepto aparte al de subordinación, por lo que juntos comprenderían una sola idea. Para la doctrina, en cambio, la dependencia es un concepto económico, “que da cuenta de la necesidad económica en que se encuentra el trabajador respecto de su derecho a percibir una remuneración por los servicios prestados”<sup>169</sup>, que le otorgue la posibilidad de cubrir la necesidad de subsistencia.

El artículo 8 del Código del Trabajo, es una manifestación del principio primacía de la realidad, al establecer la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo, cuando la prestación de servicios se desarrolla en los términos expuestos en la definición del contrato de trabajo establecida en el artículo 7 del Código Laboral. Al ser una presunción simplemente legal, admite prueba en contrario, y la carga de la prueba le corresponderá al empleador.

Ahora bien, la jurisprudencia ha esgrimido este principio, como razón principal para reconocer la relación laboral de un trabajador contratado a honorario con el Estado, y aplicar la nulidad del despido en dicho caso, ha establecido casi siempre el mismo razonamiento: *“Que, también es útil a la labor encomendada a la sentenciadora, la conjugación de los principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, entre ellos, el principio de la primacía de la realidad, que, en la dogmática se la define como aquel suceso que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno factual, el que, indudablemente, debió conducir a la existencia de un vínculo de naturaleza laboral entre las partes, sin que pueda admitirse que el Municipio demandado se asile en la imposibilidad legal que lo ampara de contratar personal sometido al*

---

<sup>169</sup> Ibíd. p. 34

*Código del Trabajo, para celebrar convenciones fuera de los casos permitidos por la ley e invocar esa misma ley con fines ajenos a su naturaleza.*<sup>170</sup>

De esta forma, la aplicación de esta norma-principio a la situación de los trabajadores contratados a honorarios por el Estado, implica “desentrañar la verdadera naturaleza de la prestación; tal principio cobra especial relevancia en los casos que la doctrina enseña que se producen desajustes entre los hechos y las formalidades o apariencias, a saber: a) la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real; b) provenir de un error; c) por falta de actualización de los datos; y d) por falta de cumplimiento de requisitos formales.”<sup>171</sup>

Respecto a nuestro caso, el principio de primacía de la realidad cobraría aplicación frente a la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. La contratación a honorarios por parte del Estado, sería en este caso, una especie de simulación relativa<sup>172</sup>, que “comprobada la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, se elimina la apariencia fraudulenta creada por los sujetos y se revela la existencia de lo que realmente quisieron: una relación laboral.”<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 11.584-2014

<sup>171</sup> Gamonal Contreras, Sergio. (2011). *Fundamentos de Derecho Laboral.* Abeledo Perrot Legal Publishing Chile. p. 121

<sup>172</sup> En García Murcia, Joaquín, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín, y Martín Valverde, Antonio. (2016). *Derecho del Trabajo.* Editorial Tecnos, Madrid, se trata la clasificación de la simulación del contrato en absoluta y relativa. La primera situación se produce cuando se crea la apariencia de un contrato de trabajo que los sujetos no tienen a propósito de ejecutar. La simulación relativa es aquella que bajo la apariencia de un determinado negocio jurídico los sujetos intentan ocultar otro de distinta naturaleza. p. 551.

<sup>173</sup> García Murcia, Joaquín, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín, y Martín Valverde, Antonio. (2016). *Derecho del Trabajo.* Editorial Tecnos, Madrid. p 552.



### **2.2.3. Naturaleza declarativa de la sentencia que reconoce la relación laboral entre el trabajador a honorario y el Estado.**

Las resoluciones judiciales admiten un gran espectro de clasificaciones, así por ejemplo se pueden clasificar según la nacionalidad del tribunal del cual emanan, en resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos y resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros; según la naturaleza del negocio en que son pronunciadas, en contenciosas y no contenciosas; según la naturaleza de los tribunales que las pronuncian, en emanadas de tribunales ordinarios, arbitrales o especiales; según la naturaleza del asunto sometido a la decisión del tribunal, en civiles y penales; según la instancia en que son pronunciadas, en de única instancia, de primera instancia o de segunda instancia; y según su contenido, en decretos, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.<sup>174</sup>

Para efectos de nuestro trabajo, nos interesa adentrarnos a su vez en la clasificación que hace la doctrina de las sentencias definitivas según su objeto o finalidad. De esta forma, podemos clasificar a las sentencias definitivas desde su funcionalidad en: de condena, constitutiva y declarativa.<sup>175</sup>

Cabe agregar que la clasificación doctrinaria de la naturaleza de las sentencias definitivas, se debe a la extensión interpretativa que la doctrina también ha realizado de las acciones que se interponen. Así, ha sostenida la doctrina que “desde un punto de vista procesal, a la hora de impetrar protección jurídica lo que hace todo actor es deducir una acción de condena, una acción declarativa o una acción constitutiva. Si su acción prospera, obtendrá una sentencia de la misma clase, esto es, una sentencia de condena, declarativa o constitutiva”<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Casarino Viterbo, Mario. (2005). *“Manual de Derecho Procesal.”* Tomo III. Editorial jurídica. p. 87-88

<sup>175</sup> Casarino Viterbo, Mario. (2005). *“Manual de Derecho Procesal.”* Tomo III. Editorial jurídica. p. 92.

<sup>176</sup> Romero Seguel, Alejandro. (2012). *“Curso de Derecho Procesal Civil”* Editorial Jurídica de Chile. p 29.

Las exigencias básicas de las acciones de condena son “la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo que permita reclamar una prestación de dar, hacer o no hacer; y que dicha prestación sea exigible.”<sup>177</sup> Normalmente entonces las acciones que soliciten el derecho a obtención de indemnizaciones, el cumplimiento del contrato y otras reparaciones pecuniarias, se consiguen a través de la interposición de las acciones de condena.

Las acciones declarativas, o de mera declaración, como también se le ha llamado, según la doctrina, “se encaminan exclusivamente a la constatación judicial de la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica; no pueden recaer sobre situaciones hipotéticas o futuras, sino sobre una controversia actual; se debe acreditar un interés material, patrimonial o moral que justifique su protección; la protección jurídica queda amparada por el efecto de cosa juzgada; y por regla general, la tutela que surge de este tipo de sentencias no necesita pasar por una etapa de ejecución.”<sup>178</sup>

Finalmente, las acciones constitutivas, tienen como requisito “que exista una norma legal que permita solicitar una modificación o la extinción de una determinada situación o relación jurídica, y que el juez examine si los hechos fundantes de la acción existen y si ellos cumplen con el presupuesto establecido en la norma para proceder a la creación del estado jurídico solicitado por el actor.”<sup>179</sup>

En síntesis en los que respecta a las sentencias, podemos decir que las sentencias de condena son aquellas que imponen una prestación al demandado en favor del demandante y que permiten, posteriormente, obtener el cumplimiento de dicha prestación por vía ejecutiva, esto es, por métodos compulsivos; las sentencias declarativas son aquellas que se limitan a pronunciarse sobre una

---

<sup>177</sup> Ibíd. p. 30

<sup>178</sup> Ibíd. p. 34.

<sup>179</sup> Ibíd. p. 39.

relación jurídica que aparece incierta; y las sentencias constitutivas son aquellas cuyo pronunciamiento produce la existencia de estados jurídicos nuevos.<sup>180</sup>

La importancia de la clasificación anterior, se manifiesta en los efectos que cada uno de estas sentencias definitivas puede tener.

Así, las sentencias de condena abren la vía ejecutiva y el deudor queda constituido en mora desde la notificación de la demanda; las constitutivas producirán sus efectos solamente hacia el futuro, ya que constituyen un estado jurídico o un derecho; y en las sentencias declarativas, finalmente, existirá el derecho en el momento en que éste se produjo, en su origen.

En lo que respecta al reconocimiento de la relación laboral de los funcionarios públicos a honorarios, está zanjado por la jurisprudencia que la naturaleza jurídica de la sentencia es declarativa. De esta forma, la Corte Suprema ha señalado uniformemente que *“la sentencia definitiva dictada en estos autos no es de naturaleza constitutiva sino declarativa, sólo constata una situación preexistente, en consecuencia, la obligación se encontraba vigente desde que comenzaron a pagarse las remuneraciones por parte del empleador, desde la misma época.”*<sup>181</sup>

En otra sentencia, razona la Corte Suprema en cuanto a los efectos de reconocer la relación laboral de un trabajador contratado a honorarios y la naturaleza de la sentencia al ser declarativa, en los siguientes términos: *“si la sentencia determina que la relación habida entre las partes es de naturaleza laboral, el trabajador puede reclamar que el empleador no ha efectuado el íntegro de las cotizaciones previsionales a ese momento, y, por consiguiente, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la de envío al trabajador de la misiva informando el pago de las imposiciones morosas, puesto que la sentencia es declarativa”*<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Casarino Viterbo, Mario. (2005). *“Manual de Derecho Procesal.”* Tomo III. Editorial jurídica. p. 93.

<sup>181</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 381-17

<sup>182</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 6.604-14,

Según una antigua sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, sería más correcto hablar de una sentencia declarativa de condena, ya que *“en derecho procesal se distinguen nítidamente las acciones meramente declarativas de las acciones declarativas de condena, siguiendo la terminología de Chiovenda. Las primeras se dirigen a obtener del Tribunal que declare la existencias, inexistencia o término de una relación jurídica y las segundas persiguen concretamente que junto con declararse alguna de las alternativas mencionadas, se condene al demandado concretamente a una prestación o abstención determinada”*<sup>183</sup>

En este sentido, se concibe la naturaleza jurídica de la sentencia en cuestión, como una conjugación entre una sentencia declarativa y de condena.

Se entiende que la naturaleza de la acción interpuesta por el trabajador contratado a honorarios por la administración, cumple las exigencias establecidas para considerarla tanto de condena como declarativa. Se ha pronunciado la Corte Suprema en este sentido, haciendo eco de la acción interpuesta, ya que *“que se constató o declaró su existencia (de la relación laboral), pero en ningún caso se constituyó, puesto que ésta no registra su nacimiento desde que quede ejecutoriada la decisión en que el tribunal la reconoció, sino desde la fecha que en cada caso se indica, que corresponde a la oportunidad en que las partes la constituyeron. Cosa distinta es que una de ellas se resista a dar cumplimiento a las prestaciones que de esa relación jurídica se desprenden, las que el tribunal especificará en su sentencia, condenando al demandado a su pago; condena que tiene por antecedente el reconocimiento del derecho que le asiste al actor, el cual también ha sido declarado. Se conjugan las acciones declarativas y de condena. De estimarse que se constituye el derecho en la sentencia, nada ha existido con anterioridad y no procedería hacer lugar a la demanda”*<sup>184</sup>

La naturaleza jurídica de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral entre el trabajador y el Estado, es la base para aplicar las indemnizaciones que reconocen el desarrollo de la relación laboral, como la indemnización por

---

<sup>183</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. Revista de Jurisprudencia, LXXX sec. 2º, p 16.

<sup>184</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol 381-17, rol 45842-16, rol 8.318-2014, rol 6.604-14, rol 6.047- 15 y rol 5.241-16.

años de servicio, el recargo sobre las indemnizaciones por años de servicio y las cotizaciones previsionales.

Sí, la Corte Suprema establece en las sentencias de declarar la existencia de la relación laboral entre el trabajador y el Estado, y rechaza la nulidad del despido que, existe una deuda previsional que tiene que ser pagada por el Estado.

Ahora, sin perjuicio de reconocer una serie de indemnizaciones y prestaciones a pagar por el Estado, se decide no aplicar la nulidad del despido, aun reconociendo la deuda previsional. De esta forma, se vuelve antojadizo el hecho de privar al trabajador del pago de las remuneraciones y demás prestaciones que se devengaron desde el despido hasta la convalidación del éste, las que sin duda le corresponden.



## **Conclusiones.**

La dictación de la Ley 19.631, introdujo en el sistema jurídico laboral una institución de compleja naturaleza jurídica y de efectos que han suscitado diversas discusiones, de los cuales se derivan consecuencias muy concretas.

En sede administrativa, la Contraloría General de la República ha optado por rechazar la declaración de la relación laboral de los trabajadores contratados a honorarios por el Estado, fundando sus razones en argumentos formales, respecto a la validez del contrato a honorario, por cuanto fue celebrado por la autorización del artículo 11 de la Ley 18.834 y el artículo 4° de la Ley N°18.883, no entrando al fondo del asunto, verificando la concurrencia de elementos que determinan la relación laboral.

Sin embargo, parcialmente, el órgano contralor, a dispuesto la aplicación de cierta normativa laboral a propósito de la protección a la maternidad, contenida en el Título II del Código del Trabajo, lo que abre la posibilidad de que pueda en un futuro, determinar la aplicación de las disposiciones del código mencionado, al verificarse que la prestación de servicios del trabajador a honorarios, es realizada bajo un vínculo de subordinación y dependencia.

La jurisprudencia pasó por tres etapas respecto al reconocimiento de la relación de los trabajadores contratados a honorarios por el Estado, en general, y respecto a la aplicación de la nulidad del despido, en particular. Primero sostuvo una postura formalista al no reconocer la relación laboral encubierta por la contratación a honorario, luego la reconoció condenando al pago de todas las prestaciones laborales que correspondían, para finalmente, seguir reconociendo la relación laboral, pero rechazando la aplicación de la nulidad del despido.

Aun a pretexto de que el tenor literal de la norma del artículo 162 inciso quinto del Código del Trabajo es claro, se ha argumentado por la Corte Suprema la consulta de lo establecido por la Historia de la Ley 19.631. En este enfoque, se establece un requisito adicional a la sanción conocida como nulidad del despido, por cuanto se considera como presupuesto de su aplicación, que el empleador haya retenido y no enterado las cotizaciones previsional del trabajador.

De esta forma, se desnaturaliza la norma, agregando requisitos o presupuestos no establecidos en la ley, sin contar que de la misma Historia de la Ley 19.631, se puede desprender un carácter tutelar general de las cotizaciones previsionales de los trabajadores.

Por otro lado, entendiendo que las normas jurídicas regularan situaciones no previstas por el legislador, se debe tener a la interpretación de ésta, de forma integral dentro del sistema jurídico.

Hay que tomar en cuenta también que la contratación a honorario en el sector público al momento de la dictación de la ley era excepcional, por lo que el fenómeno que se desarrolló con mayor magnitud, fue desconocido por los legisladores. El aumento y explosión de esta forma de contratación sucedió entonces con posterioridad a la dictación de la ley, por lo que difícilmente el legislador pudo prever dicha situación a la hora de la dictación de la ley.

En una parte de este trabajo, desarrollamos la argumentación de la Corte Suprema al disponer que la aplicación de la presunción de legalidad, sin referirse a los actos administrativos, hace rechazar la aplicación de la nulidad del despido, cuando se declara judicialmente la relación laboral entre un trabajador a honorario contratado por el Estado.

Dimos revista del concepto de acto administrativo, contrato administrativo, y la relación de la presunción de legalidad con estos dos últimos, existiendo dudas respecto de la aplicabilidad de la presunción de legalidad de los contratos administrativos, ya que dicha presunción está establecida a propósito de los actos administrativos, entendiéndolos en el ejercicio de una potestad pública que no requiere la manifestación de voluntad del destinatario.

Nos planteamos la interrogante acerca de la procedencia de la presunción de legalidad respecto de la contratación a honorarios en el que comparece el Estado, ya que expresamente esta forma de contratación se encuentra excluida de la regulación de los contratos administrativos, y por ende, de la aplicación supletoria del Derecho Público.



Ahora bien, lo que no se discute es que los contratos a honorarios se encuentran excluidos de la LGCA, por lo que concluimos que las disposiciones supletorias que rigen dicho tipo de contratación, corresponden a las del derecho común.

Existen dudas también respecto a la sobrevivencia de la presunción de legalidad del contrato a honorarios, luego de la declaración judicial que reconoce la existencia de una relación laboral entre el trabajador y el Estado.

Las mismas sentencias que reconocen dicha relación laboral, argumentan que el Estado vulneró el ordenamiento jurídico al contratar a trabajadores bajo un vínculo de subordinación y dependencia, invocando la autorización establecida en el artículo 11 de la Ley 18.834, y el artículo 4° de la Ley N°18.883. Pareciera ser que la declaración de vulneración del ordenamiento jurídico, destruyera la presunción de legalidad del contrato a honorarios.

Pareciera ser también que en su aspecto procesal, los efectos de la invocación de la presunción de legalidad, no se coligieran ni se relacionaran con el caso que comentamos y con la forma en que la Corte Suprema lo aplica.

Revisamos también en este trabajo, el caso del Estado que no cuenta con la capacidad de convalidar despido “de forma libre”, en los términos planteados por el Código del Trabajo. Supuestamente no sería una herramienta que pueda utilizar el Estado para evitar la alta onerosidad de la sanción, ya que no le está permitido jurídicamente allanarse, por lo que se genera una “desigualdad del ente público”.

Sin embargo, analizando lo establecido por la misma Corte, nos percatamos que existe una generalidad de casos en los que no se realiza la convalidación del despido, por lo que a contrario sensu, existen casos del Estado como convalidador del despido. A esta misma respuesta podemos llegar desde la interpretación y aplicación del concepto de empleador que nos entrega el Código del Trabajo, y la redacción del artículo 162 inciso sexto, que establece la facultad a favor del empleador, de convalidar el despido.

Revisamos también los dos principios fundamentales del Derecho del Trabajo que tienen plena aplicación en el reconocimiento de la relación laboral de los

trabajadores contratados a honorarios por el Estado. El principio protector actúa como un argumento que contradice profundamente el argumento esgrimido por la Corte Suprema respecto de la “desigualdad” del ente público, ya que es el trabajador el que se encuentra en una desigualdad material frente al empleador.

De esta forma, tanto el derecho del trabajo como el derecho procesal del trabajo, se fundan en base al carácter protector del trabajador, por lo que en esta sede, no se puede entender que en el fin de un proceso laboral, al declarar los incumplimientos laborales del empleador, se entienda que éste, aun cuando ha sido condenado por dichos incumplimientos, está en una posición de “desigualdad” en el momento de la dictación de la sentencia.

El principio de primacía de la realidad, conjugado con la naturaleza declarativa condenatoria de la sentencia que reconoce la existencia de la relación laboral entre un trabajador a honorarios y el Estado, es la principal razón para entender la aplicación de la nulidad del despido al caso señalado. La primacía de la realidad por un lado, es un imperativo que dispone la aplicación de todas las disposiciones laborales cuando las relaciones sostenidas entre dos sujetos, se realice una prestación de servicio bajo un vínculo de subordinación y dependencia, y se pague una remuneración por dichos servicios.

Lo anterior, sucede con total claridad en el reconocimiento de la relación laboral. Se verifica la concurrencia de elementos que hagan presumir la existencia de un contrato de trabajo, y por ende, de una relación laboral, lo que tare aparejado la aplicación de la normativa del ramo al caso concreto. De esta forma, se debería dar lugar a las indemnizaciones y demás prestaciones laborales que deben pagarse en conformidad a la ley.

Lo anterior, se refuerza cuando sabemos que el efecto de la sentencia declarativa condenatoria, no es constituir una relación laboral, sino que sólo reconocer su existencia desde el inicio de la relación jurídica entre ambas partes, y condenar a la parte demandada al pago de las indemnizaciones y prestaciones que correspondan.

En el terreno práctico, sabemos que la nulidad del despido es una sanción muy onerosa que tiene directa relación con la cantidad de tiempo que se produce

desde el despido, hasta la aplicación de dicha sanción, mediante una sentencia firme y ejecutoriada. En la práctica, mientras más sea la duración del juicio en la que se discute, mayor será la sanción establecida en la sentencia que reconoce el incumplimiento del empleador respecto del entero de las cotizaciones previsionales del trabajador en las instituciones correspondientes, ya que el empleador deberá pagar las remuneraciones y demás prestaciones establecidas en el contrato de trabajo, desde el despido hasta la comunicación de su convalidación.

Así entonces, las sentencias que aplicaban la nulidad del despido en el caso del reconocimiento de la relación laboral de los trabajadores a honorarios contratados por el Estado, eran dictadas normalmente por la Corte Suprema, conociendo vía recurso de unificación de jurisprudencia, y el tiempo del juicio era el mayor que podía producirse, y las condenas de esta forma, eran muy cuantiosas.

Revisamos que el total de trabajadores a honorarios a finales del año 2015, al interior del gobierno central era de 47.577<sup>185</sup>, un poco más del 17% del total de la fuerza humana dentro de la administración. Lo anterior significa que el Estado tendría que desembolsar en eventuales juicios el pago de una cifra incuantificable de remuneraciones y demás prestaciones laborales por la aplicación de la nulidad del despido. Sin embargo, lo anterior más que un criterio de justicia, equivale a un criterio político económico, entendiéndose que aplicar la consecuencia natural de la nulidad del despido es injusto para el Estado solo porque le resulta muy gravoso hacerse cargo de él, lo cual no parece un argumento de peso para liberar al Estado de las consecuencias de sus actos propios.

Si nos atenemos a la propuesta realizada, respecto de que la naturaleza jurídica de la nulidad del despido, está determinada desde el Derecho de la Seguridad Social, podemos señalar que la finalidad de la institución introducida en la Ley

---

<sup>185</sup> Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, *“Estadísticas de Recursos Humanos del sector público 2008-2017”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros\\_articulo\\_4779\\_group\\_pvid\\_24043](https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_24043)

19.631 fue la de contribuir al funcionamiento del sistema previsional, por medio del asegurar el entero de las cotizaciones previsionales de los trabajadores.

En este mismo sentido, también podemos señalar que el principio de dinamismo que presenta el Derecho de la Seguridad Social, puede también dar razón que independiente de las circunstancias concretas que se tuvieron a la vista en la discusión de la ley, no puede excluirse de la protección del derecho, a los trabajadores cuyos presupuestos sí se configuran en la norma, pero no en el caso concreto que tuvo a la vista el legislador para introducir la modificación.

Por último, cabe decir que un derecho que esté consagrado para la totalidad de sujetos que se encuentren en una misma condición, y es otorgado sólo a un sector de éstos, se constituye en un grave privilegio, y es una discriminación arbitraria, si se aduce como razón que el mismo Estado, garante del Estado de Derecho, es el que crea las condiciones fraudulentas e ilegales de contratación, lo que significa la completa desprotección de los trabajadores a honorarios, cuya relación laboral fue reconocida por sentencia judicial.

## Bibliografía

### 1. Libros y artículos.

Aparicio Tovar, Joaquín. (2015). "La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social", Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 33, núm. 2.

Aravena, Javiera. (2016). "*La vía judicial. Devolviendo derechos a los falsos honorarios.*" Revista Laboral Chilena, N°243.

Arellano Ortiz, Pablo y Cifuentes Lillo, Hugo. (2010). "*Legislación chilena del pensiones e indicaciones de la comisión de expertos de la OIT.*" Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N°2, Santiago.

Benavides Fritis, Carlos. (2010). "*El despido en la nueva justicia laboral*". Thomson Reuters Puntolex. Santiago.

Bermúdez, Jorge. (2010). "*Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos: ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?*" Revista de Derecho V. XXIII.

Betancor, Andrés (1992). "*El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo.*" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Buenaga Ceballos, Óscar. (2016) "*El derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores.*" (Tesis doctoral de la Universidad de Cantabria, España).

Cabrera Serrano, Paulina. (2016). "*Los Funcionarios Públicos y la contratación a honorarios: Una mirada desde la perspectiva de la Jurisprudencia Administrativa.*" Estudios Laborales de la Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo, Vol. 12.

Casarino Viterbo, Mario. (2005). "*Manual de Derecho Procesal.*" Tomo III. Editorial jurídica.

Couture, Eduardo. (2003). "*Estudios de Derecho procesal Civil*", Tomo I, 4° Edición, LexisNexis.

Congreso Nacional de Chile, (1987). Historia de la Ley N°18.620.

Congreso Nacional de Chile. (1999). Historia de la Ley N°19.631

Cordero, Luis. *“La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias”*.

Diez, Manuel. (1961). *“El acto administrativo”*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 2a edición.

Etala, Juan José. (1966). *“Derecho de la Seguridad Social”*. Edición Ediar.

Fuenzalida Martínez, Patricia. (2015). *“El Derecho de la Seguridad Social como herramienta de inclusión social del Estado democrático Constitucional.”* Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 6, N°11, Santiago.

Gallego, Alfredo. y Menéndez, Ángel. (2001). *“Acto y Procedimiento Administrativo.”* Editorial Marcial Pons, Madrid.

Gamonal Contreras, Sergio. (2014). *“Fundamentos del derecho del trabajo”*. Thomson Reuters, Santiago.

Gamonal Contreras, Sergio. (2011). *“Fundamentos de Derecho Laboral.”* Abeledo Perrot Legal Publishing Chile

Gamonal Contreras, Sergio. (2015). *“El Derecho Procesal del Trabajo, sus caracteres, y el principio de igualdad por compensación.”* Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Thomson Reuters, Vol. III, N°1.

García de Enterría, Eduardo. y Fernández, Tomás-Ramón. (2006). *“Curso de Derecho Administrativo.”* Editorial Aranzadi, 13° Edición, Madrid.

García Murcia, Joaquín, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín, y Martín Valverde, Antonio. (2016). *“Derecho del Trabajo.”* Editorial Tecnos, Madrid.

Hanssen, C. (2007). *“La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El Juicio de Cuentas”*. LexisNexis, Santiago.

Henríquez Paredes, Alejandra y Parra Lohse, Eduardo. (2003). “*La nulidad del despido.*” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile). Santiago.

Hernández Cáceres, Alejandra y Navarro Pérez, Fernanda. (2016). “*La contratación a honorarios en el sector público.*” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile). Santiago.

Humeres Noguera, Héctor. (2013). “*Los desafíos de la Seguridad Social en el siglo XXI.*” *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N°7, Santiago.

Humeres Noguera, Héctor. (2013). “*Derecho del Trabajo y de la seguridad social*”, Tomo I Derecho Individual del Trabajo y procedimiento laboral. Editorial Jurídica. Santiago.

Humeres Noguera, Héctor. (2019). “*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Tomo III De la Seguridad Social. Decimoséptima edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Jara, Jaime. (2004). “*La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*”. Editorial Libromar, Santiago.

Martínez, Faustino, *El empleo irregular en el sector público*, *Anales de Derecho*, Vol. 35, 2017.

Mayer, Otto. (1949). “*Derecho Administrativo Alemán.*” Tomo I, Editorial Depalma.

Neira Reyes, Francisco y Rojas Muñoz, Álvaro, *Trabajadores a honorarios. La Municipalidad como transgresor del orden público laboral*, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 7, N°13, Santiago, 2016

Palavecino Cáceres, Claudio. “*Los Principios del Derecho del Trabajo.*” Apuntes de clases.

Pierry, Lucía. (2018). “*Derecho individual del trabajo*”. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Ediciones DER.

Pietroboni Fuster, Carla. (2011). *“La laboralización de la función pública. La cesación del vínculo de los funcionarios de la atención primaria de la salud dependientes de una Corporación Municipal.”* Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, N°3, Santiago.

Plá, Américo (1998). *“Los principios del derecho del trabajo”*, Editorial Depalma, 3ª edición actualizada, Buenos Aires.

Poblete, Julia. (2009). *“Actos y contratos administrativos”*. Santiago: Legal Publishing, 5ª edición.

Rebolledo, Manuel. (2005). *“La presunción de validez”*, Revista Española de Derecho Administrativo, Vol. 128.

Rodríguez Papić, Ignacio. (2010). *“Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía”*. Editorial Jurídica. Santiago.

Romero Seguel, Alejandro. (2012). *“Curso de Derecho Procesal Civil.”* Editorial Jurídica de Chile.

Santamaría, Juan. (2002). *“Principios de derecho administrativo.”* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 3a edición, vol. II, Madrid:

Silva Bascuñán, Alejandro. (2010). *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Tomo XIII. Editorial Jurídica. Santiago.

Silva Cimma, Enrique. (1959). *“Derecho Administrativo.”* Tomo II, Editorial Universitaria, Santiago.

Soto Kloss, Eduardo. (1996). *“Derecho Administrativo: Bases fundamentales. Tomo II: El Principio de Juridicidad”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Valdebenito, Sebastián. *“¿Cuántos trabajadores emplea el Estado de Chile? Problematicación y orden de magnitud de la contratación a honorarios.”* Editorial FLACSO.

Vargas Miranda, Rafael. (2015). *“Terminación del contrato de trabajo.”* Ed. Metropolitana, Vol. 4, Santiago.



Vergara Miranda, Rafael. (2017). *“Terminación del contrato de trabajo. Cuarta Parte”*. Editorial Metropolitana, Santiago.

Yáñez, Sonia, y Rojas, Irene. (2017). *“El empleo público en Chile: ¿Trabajo decente en el Estado? Apuntes para el debate.”* Editorial. FLACSO-Chile, Santiago.

Zapata, Juan. (2015). *“Revisión y visión de la presunción de legalidad en la jurisprudencia administrativa”*. (Tesis de Magister en Derecho, Universidad Austral de Chile).

## 2. Bibliografía Digital.

Cifuentes, Hugo y Silva, María Pía. *“Constitución y cotizaciones previsionales.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/cn/noticias/derecho-uc-en-los-medios/18675-profesores-hugo-cifuentes-y-maria-pia-silva-constitucion-y-cotizaciones-previsionales>

Cifuentes Lillo, Hugo. (2019). *“Causa ROL 2797-2019. Corte de Apelaciones, Antofagasta: Recurso de protección contra AFP, por devolución de fondos de capitalización individual”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/es/exalumnos/derecho-uc-en-linea/actualidad-juridica/23801-causa-rol-2797-2019-corte-de-apelaciones-antofagasta-recurso-de-proteccion-contr-a-fp-por-devolucion-de-fondos-de-capitalizacion-individual>

Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones. (2015). *“Informe Final.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://prensa.presidencia.cl/lfi-content/otras/informes-comisiones/InformePensiones.pdf>

Comunicado del Tribunal Constitucional (19 de diciembre de 2019). Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/Comunicado-Rol-7442-7548.pdf>.

Delgado Lara, Álvaro. (2018). *“Algunos comentarios sobre la presunción de validez de los actos administrativos en la ley de bases de los procedimientos administrativos.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://2019-vlex->

[com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/algunos+comentarios+sobre+la+presunci%C3%B3n/WW/vid/741338837/graphical\\_version](http://com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/algunos+comentarios+sobre+la+presunci%C3%B3n/WW/vid/741338837/graphical_version).

Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda. (2015). “*Estadísticas de Recursos Humanos del sector público 2005-2014*”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros\\_articulo\\_4779\\_group\\_pvid\\_22369](https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_22369)

Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, “*Estadísticas de Recursos Humanos del sector público 2008-2017*”. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros\\_articulo\\_4779\\_group\\_pvid\\_24043](https://www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15676.html#recuadros_articulo_4779_group_pvid_24043)

Gálvez Carrasco, Recaredo y Kremerman Strajilevich, Marco. (2019). “*Pensiones bajo el mínimo, resultados del sistema de capitalización individual en Chile.*” Fundación Sol. Recuperada el 27 de enero de 2020 desde <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2019/07/Pensiones-bajo-el-minimo-2019-1.pdf>

Muñoz Chui, Natalia. “*Contratación Administrativa.*” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/da207097-6515-4ee5-a2dd-16a6ea40182f/2.pdf?MOD=AJPERES>

Organización Internacional del Trabajo. “*Hechos concretos sobre la Seguridad Social.*” Recupera el 27 de enero de 2020 desde [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf)

Palavecino Cáceres, Claudio. (2002). “*El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico.*” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://vlex.com/vid/despido-nulo-deuda-previsional-esperpento-43457533>.

Pierry Arrau, Pedro. “*Concepto de acto administrativo en la Ley de Procedimiento Administrativo. El Reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República.*” Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/14b0181a-a031-47f3-a12a-825285f51a7e/5.pdf?MOD=AJPERES>

Superintendencia de Pensiones. (2018). *“Informe Anual Deuda Previsional”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-13289.html>

Vergara, Alejandro. *“Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio.”* Recuperado el 27 de enero de 2020 desde <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17077-profesor-alejandro-vergara-contratos-honorarios-servicios-personales>

Zúñiga Fajuri, Alejandra (2014). *“Informe comisión presidencial de pensiones”*. Recuperado el 27 de enero de 2020 desde [http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica-2/c/3/0/c3013ef8aea6736d9984d158973f0f19e3b6ee86eb3c5bb83f6a14f806e93a36/home\\_ aristoteles documentos Pre 1.pdf](http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/uploads/r/archivo-presidencia-de-la-republica-2/c/3/0/c3013ef8aea6736d9984d158973f0f19e3b6ee86eb3c5bb83f6a14f806e93a36/home_ aristoteles documentos Pre 1.pdf)