

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.

Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.

Chile. Constitución 1980.

Reformas constitucionales. Chile.

Migrantes.

Derecho internacional. Chile.

Pandemia.

Estallido social. Chile.

Estados de excepción constitucional. Chile.

Prisioneros políticos. Chile.

Ahorro para el retiro.

Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

15. CONTRATO A HONORARIOS CELEBRADO POR LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: LA MUTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN CONTRATO DE TRABAJO Y DOS CONSECUENCIAS CONCRETAS DERIVADAS DE DICHA DECLARACIÓN JUDICIAL

Alejandro Cárcamo Righetti^{1 2}

Resumen

Transcurridos algunos años desde el pronunciamiento de nuestra Corte Suprema en la causa “Vial Paillán, Juan Pablo con Municipalidad de Santiago”³, el que podría ser considerado como el *leading case* en materia de personas contratadas a honorarios por la Administración del Estado cuando dicha contratación no se encuadra en los presupuestos legales previstos en el artículo 11 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo -en adelante, Ley N° 18.834-, o en el artículo 4° de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales -en adelante, Ley N° 18.883-, según corresponda, nos proponemos revisar y analizar brevemente el estado de la cuestión en la jurisprudencia del máximo tribunal durante el año 2021, específicamente, en cuanto a los requisitos exigidos para la procedencia de declarar por la judicatura laboral la existencia de una relación de trabajo regida por el código del ramo, la obligatoriedad del pago de las cotizaciones previsionales devengadas durante la vigencia del vínculo a honorarios y la posibilidad de aplicar la sanción de nulidad del despido prevista en los incisos 5°, 6° y 7° del artículo 162 del Código del Trabajo.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Abogado; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca; profesor de derecho administrativo de la Universidad Alberto Hurtado y de la Universidad de Talca. Correo electrónico: alejandrocarmoaobogado@gmail.com.

2 Trabajo desarrollado en el contexto del programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Agradecimientos al profesor Dr. Rodrigo Palomo Vélez por sus valiosas observaciones.

3 Corte Suprema, Rol 11.584-2014, 01-04-2015.

1. Requisitos jurisprudencialmente exigidos para la declaración judicial de un contrato de trabajo cuando el vínculo es uno a honorarios

Desde la sentencia definitiva pronunciada por la Corte Suprema en el caso conocido como “Vial Paillán, Juan Pablo con Municipalidad de Santiago” en el año 2015, la cual acogiendo un recurso de unificación de jurisprudencia deducido por el demandante contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, por la que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el mismo actor en contra del fallo pronunciado por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, dejando dicha decisión sin efecto y, acto seguido, dictando sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia, acogió el recurso de nulidad interpuesto por la demandante, y así, la demanda de declaración de relación laboral, condenando a la demandada a pagar indemnización sustitutiva de aviso previo, indemnización por años de servicio, recargo legal por despido injustificado, compensación de feriado legal y las cotizaciones previsionales por todo el período trabajado, acogiendo adicionalmente la acción de nulidad del despido y, por consiguiente, condenando 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, se ha mantenido estable el criterio que acepta la declaración judicial de una relación laboral, regida por el Código del Trabajo, cuando se trata de personas contratadas a honorarios por la Administración Pública cuyas contrataciones no se han ajustado a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

La mantención inalterable del criterio antes señalado, que podría ser considerado como una manifestación más del fenómeno de la “expansión del derecho del trabajo”⁴ -pero ahora situados en pleno siglo XXI-, ha sido justificado en que los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4° de la Ley N° 18.883, en sus respectivos ámbitos de aplicación, establecen la posibilidad de contratación a honorarios, como un mecanismo de prestación de servicios a través del cual la Administración Pública 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, tratándose de una modalidad de prestación de servicios particulares, que no confiere al que los desarrolla la calidad de funcionario público, y los derechos que le asisten son los que establece el respectivo contrato. Sin embargo, en el caso que las funciones realizadas en dicho contexto

⁴ Ugarte, José Luis, “La expansión del derecho del trabajo. Weimar y sus antepasados”, en Revista Latinoamericana de Derecho Social, N° 33, (UNAM), Jul./dic., 2021, pp. 103-133.

excedan o simplemente no coincidan con los términos que establece la normativa en comento, sino que revelen caracteres propios del vínculo laboral que regula el Código del Trabajo, es dicho cuerpo legal el que debe regir, al no enmarcarse sus labores en las hipótesis estrictas que contemplan los artículos 11 y 4° señalados⁵.

En este escenario, la hipótesis conforme a la cual la Administración puede contratar regularmente personas a honorarios, al tenor de las normas anteriormente citadas, se configura cuando se trata de profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias o extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución; o, la prestación de servicios para cometidos específicos, en cuyo caso dicha relación jurídica queda sometida a la respectiva convención y a las normas del derecho común sobre contratos de arrendamiento de servicios inmateriales y de mandato.

La Contraloría General de la República, en su jurisprudencia administrativa, ha precisado al respecto que, “por regla general, la contratación a honorarios solo procede para realizar tareas accidentales y, excepcionalmente, para efectuar labores habituales cuando se trata de cometidos específicos, claramente determinados e individualizados, sin que lo anterior signifique que una entidad pública pueda llegar a desarrollar sus funciones permanentes a través de este procedimiento”⁶. Por otro lado, ha agregado que “esta prestación de servicios personales debe ser excepcional y eminentemente transitoria, puesto que la condición de cometido específico se pierde con su reiteración en el tiempo, en que pasa a transformarse en una labor permanente y, por lo tanto, habitual. La reiteración periódica de estos cometidos específicos desvirtúa la existencia misma de la excepción y, finalmente, conlleva una desviación de facultades. Es así como la atribución de contratar personal a honorarios no puede significar que el órgano público llegue a desarrollar indefinidamente sus labores habituales, utilizando los servicios de personas contratadas conforme a esa modalidad, pues para tales fines el ordenamiento jurídico contempla las dotaciones de personal de planta y los empleos a contrata”⁷.

5 En dicha línea, Corte Suprema, Rol 35.145-2016, 04-01-2017; Corte Suprema, Rol 50-2018, 06-08-2018; Corte Suprema, Rol 1.020-2018, 01-10-2018; Corte Suprema, Rol 2.995-2018, 01-10-2018. Más recientemente, durante el año 2021, Corte Suprema, Rol 36.861-2019, 15-07-2021 C° 14; Corte Suprema, Rol 1.597-2020, 21-07-2021, C° 5; Corte Suprema, Rol 20.890-2020, 17-11-2021, C° 5.

6 Contraloría General de la República, Dictamen 52.803/2009; Contraloría General de la República, Dictamen 30.048/2013.

7 Contraloría General de la República, Dictamen 55.757/2004; Contraloría General de la República, Dictamen 80.121/2010; Contraloría General de la República, Dictamen 713/2011.

En caso de no cumplir con dichas exigencias en la realidad de los hechos, se ha sostenido por la jurisprudencia del máximo tribunal que la acertada interpretación del artículo 1° del Código del Trabajo, en armonía con el artículo 11 de la Ley N°18.834 o 4° de la Ley N° 18.883, según corresponda, está dada por la vigencia de dicho código respecto de 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, se desempeñan en las condiciones previstas por la citada codificación -subordinación y dependencia-, por lo que corresponde calificar como vinculaciones laborales a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la medida que se desarrollen fuera del marco que establecen las normas señaladas y que se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral, por tratarse de labores referidas a funciones propias, habituales y permanentes del organismo⁸.

De este modo, los parámetros utilizados por nuestra jurisprudencia judicial⁹ para encontrarnos en la hipótesis que permitiría declarar como un contrato de trabajo una relación jurídica a honorarios, son los siguientes: a) si los servicios prestados por el contratado a honorarios no coinciden con el marco regulatorio que le es propio; b) debe tenerse en consideración que se trate en términos reales de un cometido específico y no de funciones permanentes y habituales de la institución -por ejemplo, apreciando si el vínculo termina o no por la conclusión de algún proyecto o actividad específica del servicio-; c) para lo cual debe observarse, principalmente, su extensión temporal -desempeño de funciones que se prolongan sin solución de continuidad por largo espacio de tiempo- y la amplitud de sus tareas, tanto desde el punto de vista de la realidad de los hechos como de la descripción contractual -funciones de naturaleza genérica y amplia-; d) debe revisarse si la contratación a honorarios está referida a actividades propias y permanentes del servicio; e) si se ejecutan a partir de las órdenes e instrucciones impartidas por las jefaturas de la institución; f) si el prestador a honorarios recibe periódicamente el pago de un “honorario”; g) si cumple jornada de trabajo, teniendo un horario y encontrándose sujeto a control de asistencia; h) si se le reconocen derechos como licencias médicas, feriado y permisos; para a partir de algunos de estos elementos,

8 En esta línea, Corte Suprema, Rol 31.160-2016, 10-11-2016; Corte Suprema, Rol 35.145-2016, 04-01-2017; Corte Suprema, Rol 35.151-2017, 15-03-2018; Corte Suprema, Rol 50-2018, 06-08-2018; Corte Suprema, Rol 4.907-2019, 25-07-2019.

9 Corte Suprema, Rol 36.861-2019, 15-07-2021, C° 16; Corte Suprema, Rol 1.597-2020, 21-07-2021, C° 7; Corte Suprema, Rol 2.561-2020, 03-08-2021, C° 8 y 9; Corte Suprema, Rol 20.890-2020, 17-11-2021, C° 8°.

concluir si se configura una prestación de servicios personales, sujeta a dependencia y subordinación -artículos 7 y 8 Código del Trabajo-.

Si bien con anterioridad nos hemos manifestado contrarios a esta tesis jurisprudencial¹⁰, encontrándose nuestra doctrina nacional dividida en la materia¹¹, no es objeto de este trabajo renovar el debate sobre dichos aspectos, menos aún, si se aprecia un criterio jurisprudencial estable en el tema. No obstante, en atención a las consecuencias o efectos de este criterio, que a continuación nos abocaremos a revisar, se hará inevitable referirnos, aunque sea sucintamente, a nuestra posición y a algunos de los argumentos que la sustentan.

2. Obligatoriedad del pago de las cotizaciones previsionales devengadas durante la vigencia del contrato a honorarios

En cuanto a la obligación que surgiría para la Administración del Estado de pagar las cotizaciones previsionales devengadas durante la vigencia de la relación jurídica a honorarios, una vez declarada judicialmente como una relación de trabajo, sostiene nuestra Corte Suprema que, “(...) declarada la verdadera naturaleza del contrato celebrado por las partes, el demandado debe cumplir con las obligaciones que de ella derivan, incluida la establecida en el artículo 58 del código del ramo”¹². Respecto de este punto, sin perjuicio de la jurisprudencia judicial emanada

10 Cárcamo, Alejandro, “La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: Una interpretación jurisprudencial peligrosa”, en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2016, pp. 411 – 427.

11 A favor de la posición jurisprudencial de la Corte Suprema: 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”, en *El Mercurio Legal*, Lunes, 02 de mayo, 2016, disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/17077-profesor-alejandro-vergara-contratos-honorarios-servicios-personales>, consultada el 25 de abril de 2021; Varas, Karla, “La problemática del personal a honorarios del Estado”, en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2016, pp. 428 – 451; Poblete, Julia, “Honorarios en la Administración Pública: una verdad no revelada”, en *Desafíos y tendencias de la función pública*, Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo (RF Editores), 2019, pp. 74 – 95; Vergara, Alejandro, “Funcionarios contratados “a honorarios” por la Administración. Supletoriedad del Código del Trabajo y principio de primacía de la realidad en el giro jurisprudencial”, en *Desafíos y tendencias de la función pública*, Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo (RF Editores), 2019, pp. 98 – 116. En contra de la posición jurisprudencial de la Corte Suprema: Cárcamo, Alejandro, “La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: Una interpretación jurisprudencial peligrosa”, en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2016, pp. 411 – 427; Ferrada, Juan Carlos; Saldívia, Guicela, “El contrato a honorarios en la Administración Pública y su <<laboralización>> por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*, N° 2, segundo semestre 2019, (Centro de Estudios de la Administración del Estado), 2019, pp. 9 – 33; Ferrada, Juan Carlos; Saldívia, Guicela, “El contrato a honorario en la Administración Pública”, en *Desafíos y tendencias de la función pública*, Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo (RF Editores), 2019, pp. 117 – 140.

12 Corte Suprema, Rol 16.906-2020, 20-10-2021, C° 6.

durante el año 2021¹³, cabe señalar que nuestra Corte Suprema ya con anterioridad poseía el mismo criterio asentado¹⁴. Invoca para ello el artículo 58 del Código del Trabajo -que impone la obligación del empleador de deducir de las remuneraciones del trabajador las cotizaciones de seguridad social-; los artículos 17 y 19 del D.L. N° 3.500, Establece nuevo sistema de pensiones -en cuanto el descuento que afecta las remuneraciones de los trabajadores es obligatorio y que las cotizaciones deben ser pagadas por el empleador dentro de plazo legal-; concluyendo que, “en consecuencia, nuestro ordenamiento considera que el entero de los aportes que deben pagar los trabajadores para los efectos previsionales, corresponde a una carga que le compete al empleador, mediante descuento que debe ejercer de sus remuneraciones, a fin de ponerlos a disposición del órgano previsional pertinente, dentro del plazo que fija la ley”¹⁵.

De esta manera, “(...) la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley, de modo que las remuneraciones de una relación que en una sentencia se declara de carácter laboral, se debe entender que siempre revistieron dicho carácter, lo que lleva a concluir que el empleador estaba obligado a efectuar las referidas deducciones, para luego enterarlas en los organismos previsionales respectivos. En efecto, se debe recordar el carácter declarativo del dictamen judicial que reconoce la naturaleza laboral de una relación inicialmente estatutaria, por lo que, en consecuencia, la obligación del empleador proveniente de sus deberes previsionales, se debe entender vigente desde que ella se inició y comenzó a pagar las remuneraciones al trabajador”¹⁶.

Agrega que, siendo “(...) la sentencia de instancia una de carácter declarativo, no es ella la que da origen al vínculo laboral, sino solo la que lo reconoce. Luego, no hay razón alguna para que se deje de cotizar imposiciones por todo el período que esa ligazón jurídica existió, entero que corresponde al empleador cumplir, y al que el trabajador tiene derecho”¹⁷.

Ahora bien, si la sentencia definitiva solo reconoce la existencia de la relación de trabajo y no la constituye, como lo sostiene la uniforme jurisprudencia judicial

13 Entre otras, Corte Suprema, Rol 29.471-2019, 06-05-2021; Corte Suprema, Rol 28.930-2019, 11-05-2021; Corte Suprema, Rol 28.932-2019, 11-05-2021.

14 Entre otras, Corte Suprema, Rol 11.419-2019, 05-11-2019; Corte Suprema, Rol 18.540-2019, 19-03-2020; Corte Suprema, Rol 19.116-2019, 19-03-2020; Corte Suprema, Rol 14.137-2019, 13-04-2020.

15 Corte Suprema, Rol 36.861-2019, 15-07-2021, C° 7 y 8; Corte Suprema, Rol 2.657-2020, 25-08-2021, C° 7; Corte Suprema, Rol 41.151-2019, 13-09-2021, C° 10; Corte Suprema, Rol 16.906-2020, 20-10-2021, C° 6.

16 Corte Suprema, Rol 36.861-2019, 15-07-2021, C° 8; Corte Suprema, Rol 2.657-2020, 25-08-2021, C° 8.

17 Corte Suprema, Rol 33.234-2019, 11-01-2018, C° 11. En un sentido similar, Corte Suprema, Rol 17.307-2019, 26-01-2021, C° 8; Corte Suprema, Rol 15.664-2019, 10-03-2021, C° 8; Corte Suprema, Rol 27.685-2020, 03-11-2021, C° 6.

que hemos citado, ello implicaría, naturalmente y por lógica, que el órgano administrativo siempre estuvo facultado por ley para celebrar en su oportunidad el correspondiente contrato de trabajo, habiéndolo ocultado tras una contratación a honorarios dejando de pagar las respectivas cotizaciones previsionales, razonamiento implacable que nos parece equívoco en atención al principio de legalidad consagrado en los artículos 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.

La estructura del derecho del trabajo, el cual emplea nociones como la subordinación y dependencia, la técnica de los indicios, así como el principio de primacía de la realidad, para determinar su ámbito de aplicación y alcance tutelar o protector -base fundacional del derecho del trabajo¹⁸-, precisamente, parte de la base de la existencia de la autonomía de la voluntad y, por ende, de la libertad de que goza el empleador al momento de definir la forma de contratación de su recurso humano, libertad de la que evidentemente carecen los órganos de la Administración Pública.

No obstante, esta argumentación nos retrotrae inevitablemente a la discusión sobre el acierto de la jurisprudencia de la Corte Suprema que permite mutar judicialmente un contrato de honorarios celebrado por la Administración en un contrato de trabajo, por lo que no ahondaremos mayormente en ello.

Por otro lado, fundamentando la obligación del organismo público de pagar retroactivamente las cotizaciones previsionales cuando la relación laboral es declarada judicialmente, se ha sentenciado: “Que la circunstancia de que el Fisco no pudiera satisfacer en su momento esa obligación, y que de hecho no pueda hacerlo sino hasta que cause ejecutoria la sentencia que así lo ordene, en virtud de las disposiciones legales y constitucionales(...), no hace cambiar nada, pues si bien eso le libera de la sanción contemplada en el artículo 162 inciso quinto del Código del Trabajo, porque no se puede sancionar por una omisión que no era posible salvar cuando se produjo, nada impide que, una vez liberado el obstáculo porque ya hay sentencia que declara que toda la relación fue laboral, se cumpla con cotizar aquellos aportes que corresponde enterar, porque no se concibe que períodos de trabajo regidos por la legislación del trabajo, según ya dejó asentado un fallo judicial que en ese aspecto está firme, generen sin embargo vacíos o lagunas previsionales, incumplándose precisas normas legales que ordenan la cotización pertinente, tales como los artículos 58 del Código del Trabajo, 3° de la ley 17.322 y artículos 17 y 19 del Decreto Ley

18 Irureta, Pedro, “Reglas y principios en el derecho del trabajo. Una mirada desde el derecho del trabajo chileno”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Núm. 32, (UNAM), enero-junio, 2021, p. 31.

3.500. El Fisco no tiene ningún impedimento actual para cumplir aquello a que su propio actuar lo obligó, y que una sentencia judicial sancionó”¹⁹.

En la primera parte del argumento anteriormente transcrito, la Corte Suprema reconoce explícitamente que el organismo administrativo no podía satisfacer en su momento la obligación de efectuar las retenciones correspondientes y pagar las cotizaciones previsionales, y que de hecho no puede hacerlo sino hasta que cause ejecutoria la sentencia que así lo ordene -declarando la existencia de una relación laboral-, en virtud de disposiciones legales y constitucionales, que no son otras que aquellas antes citadas que consagran el principio de legalidad, lo que nos parece un contrasentido: la Administración legalmente, por regla generalísima, no puede celebrar contratos de trabajo y, por ende, no puede pagar cotizaciones previsionales a sus contratados a honorarios, por carecer de atribución al efecto -habilitación legal previa y expresa-, no obstante los tribunales de justicia sí pueden, con los materiales o insumos del derecho laboral, calificar en base a la apreciación de la realidad de los hechos un contrato de honorarios como contrato de trabajo y, acto seguido, obligar a la Administración a pagar retroactivamente las cotizaciones previsionales adeudadas.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “(...)la naturaleza imponible de los haberes es determinada por el legislador, de modo que es una obligación inexcusable del empleador, atendida la naturaleza de las remuneraciones, realizar las deducciones pertinentes y efectuar su posterior e íntegro entero en los organismos previsionales respectivos desde que se comenzaron a pagar las remuneraciones, postura reafirmada por el artículo 3º, inciso segundo, de la Ley 17.322, que establece que “Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere ese mismo artículo, por el solo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones a los trabajadores. Si se hubiere omitido practicar dichos descuentos, será de cargo del empleador el pago de las sumas que por tal concepto se adeuden”. Presunción a cuyos efectos no resulta relevante distinguir si la existencia de la relación laboral formó parte de lo discutido en el juicio y, por consiguiente, fue declarada en la decisión que se impugna, atendidos los argumentos previos y el carácter declarativo que tiene la sentencia laboral, que esta Corte ha reconocido en forma invariable(...), en las que se ha expresado que el pronunciamiento judicial sólo constata una situación preexistente, de manera que la obligación se encontraba vigente desde que comenzaron a pagarse

19 Corte Suprema, Rol 33.234-2019, 11-01-2018, Cº 12.

las remuneraciones por parte del empleador, sea que se les haya dado esa u otra denominación”²⁰.

En definitiva, y asumiendo -en nuestro caso a regañadientes- la tesis asentada por la jurisprudencia judicial de la Corte Suprema, en cuanto a la posibilidad de declarar como una relación de trabajo sometida a la legislación laboral una relación a honorarios celebrada por la Administración del Estado, fuera de los presupuestos legales en que ello es permitido, entendemos es coherente con ella, que, en la sentencia judicial que así lo declara, se ordene el pago retroactivo de las cotizaciones previsionales adeudadas a las instituciones correspondientes.

3. Aplicación de la sanción de nulidad del despido

En la materia, nuestra Corte Suprema, luego de algunas vacilaciones, ha tenido una variación jurisprudencial. En un inicio reconoció la aplicación de la nulidad del despido cuando es la sentencia del grado la que declara judicialmente la existencia de una relación laboral entre un contratado a honorarios y la Administración del Estado²¹, fundada, en primer lugar, en la evidente naturaleza declarativa del vínculo y, en segundo término, dado que la naturaleza imponible de los haberes los determina la ley y ésta se presume por todos conocida -artículo 8° del Código Civil-, de modo que las remuneraciones siempre tuvieron ese carácter, lo que lleva a que el empleador debe hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales y al no cumplir con dicha exigencia, se hace acreedor de la sanción establecida en el artículo 162, incisos 5°, 6° y 7° del Código del Trabajo²².

No obstante, aproximadamente desde el año 2018 en adelante²³ -siguiendo la misma postura durante el año 2021-, ha sentenciado que “(...) la nulidad del despido se desnaturaliza en el caso de que los empleadores sean órganos públicos que, en tanto tales, no cuentan con la posibilidad legal de convalidar la desvinculación enterando cotizaciones previsionales, requiriendo, para ello, en forma previa, la existencia de una sentencia condenatoria que lo declare así”²⁴, “(...) lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa

20 Corte Suprema, Rol 41.151-2019, 13-09-2021, C° 11; Corte Suprema, Rol 16.906-2020, 20-10-2021, C° 6.

21 Corte Suprema, Rol 11.584-2014, 01-04-2015.

22 Corte Suprema, Rol 45.842-2016, 07-12-2016; Corte Suprema, Rol 76.274-2016, 20-12-2016; Corte Suprema, Rol 100.836-2016, 11-05-2017; Corte Suprema, Rol 381-2017, 14-06-2017.

23 Corte Suprema, Rol 37.266-2017, 15-05-2018.

24 Corte Suprema, Rol 33.234-2019, 11-01-2021, C° 2.

indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido”²⁵, “(...) de manera que no procede aplicar la nulidad del despido cuando la relación laboral se establece con un órgano de la Administración del Estado y ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector”²⁶.

Ha agregado que “...el problema no se resuelve por la adscripción a la tesis según la cual la sentencia, que determinó la calidad de laboral del vínculo y dispuso el pago de cotizaciones, tenga un carácter constitutivo; ciertamente su naturaleza es declarativa, pero es la redacción misma del artículo 162 del Código Laboral, en sus incisos quinto y sexto, la que impone la interpretación que sostenemos, en tanto ella supone no solo la obligación, sino, además, la libertad del empleador para, de un lado, enterar las cotizaciones antes de la desvinculación y, de otro, la misma libertad para convalidar a posteriori el despido, cuando a su fecha de producción existía una deuda previsional. La demandada, ente público, que no ha reconocido formalmente la calidad laboral del vínculo en el contrato, ni tampoco la calidad funcionaria sui generis de esa ligazón, en tanto no regulada por los estatutos públicos especiales dada la falta de nombramiento formal, y por ende sujeta a la normativa laboral por la remisión que hace a ella el artículo 1° inciso tercero del Código del Trabajo, estaba legalmente impedida de enterar cotizaciones en favor del trabajador de que se trata, en tanto no lo ordenara así un fallo judicial firme. Se desprende ello de lo prescrito por el artículo 96 del estatuto Administrativo, que de una parte permite el descuento previsional solo para los funcionarios, y de otra prohíbe otros descuentos o retenciones que los expresados en su inciso primero, salvo autorización de determinadas autoridades superiores de los servicios, previa solicitud escrita del funcionario. Se desprende también con claridad, sobre todo respecto de la convalidación del despido, de lo prescrito por el artículo 100 de la Constitución Política de la República, en cuanto prohíbe a las Tesorerías del Estado efectuar pagos sino en virtud de decreto que exprese la ley y la partida del presupuesto que lo autorice. Luego, es ese impedimento, surgido además de las disposiciones generales del derecho público –incluso constitucionales– que impiden a los entes estatales y a sus autoridades adoptar resoluciones o ejercer actuaciones para las que no estén expresamente facultados, lo que hace imposible aplicar a esos organismos la nulidad

25 Corte Suprema, Rol 17.307-2019, 26-01-2021, C° 6; Corte Suprema, Rol 15.664-2019, 10-03-2021, C° 6; Corte Suprema, Rol 144.249-2020, 08-04-2021, C° 6°; Corte Suprema, Rol 27.630-2019, 30-04-2021, C° 6°; Corte Suprema, Rol 27.651-2019, 02-06-2021, C° 5°.

26 Corte Suprema, Rol 36.861-2019, 15-07-2021, C° 9; Corte Suprema, Rol 41.151-2019, 13-09-2021, C° 8; Corte Suprema, Rol 27.685-2020, 03-11-2021, C° 5.

del despido, que supone un incumplimiento voluntario de un deber que siempre se pudo, libremente, cumplir”²⁷.

Así, “(...) tratándose, en su origen, de contratos a honorarios celebrados por órganos de la Administración del Estado –entendida en los términos del artículo 1º 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”²⁸, “excluyéndose, además, “(...) la idea de simulación o fraude por parte del empleador, que intenta ocultar por la vía de la contratación a honorarios la existencia de una relación laboral, que justifica la punición del inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo”²⁹.

En términos simples, la Corte Suprema reconoce que por el principio de legalidad en general -artículos 6 y 7 de la Constitución Política y artículo 2º de la Ley N° 18.575–, así como por el principio de legalidad del gasto público en particular -artículo 100 de la Constitución Política–, el órgano público, al no tener autonomía de la voluntad -libertad para contratar y de contratación– y no tener atribuida por el ordenamiento legal una potestad administrativa previa y expresa en la materia, se encuentra en una situación jurídica que impide la aplicación del instituto de la nulidad del despido, ya que no cuenta con la posibilidad legal de convalidar la desvinculación enterando cotizaciones previsionales, requiriendo, para ello, en forma previa, la existencia de una sentencia condenatoria que lo declare así, sumado a que, por las mismas razones, nunca antes pudo retener y pagar oportunamente dichas sumas.

Estos argumentos, en nuestra opinión, son exactamente los mismos que podrían llevar a la conclusión de que un contrato a honorarios celebrado por la Administración fuera de los presupuestos normativos previstos en los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4º de la Ley N° 18.883, no pueden ser calificados como un contrato de trabajo, generándose en ese escenario consecuencias diversas³⁰ -incisos

27 Corte Suprema, Rol 33.234-2019, 11-01-2021, C° 3; Corte Suprema, Rol 22.911-2019, 18-03-2021, C° 6°.

28 Corte Suprema, Rol 17.307-2019, 26-01-2021, C° 5; Corte Suprema, Rol 15.664-2019, 10-03-2021, C° 5; Corte Suprema, Rol 22.911-2019, 18-03-2021, C° 5°; Corte Suprema, Rol 144.249-2020, 08-04-2021, C° 5°; Corte Suprema, Rol 27.630-2019, 30-04-2021, C° 5°; Corte Suprema, Rol 27.651-2019, 02-06-2021, C° 5°; Corte Suprema, Rol 41.151-2019, 13-09-2021, C° 6; Corte Suprema, Rol 16.906-2020, 20-10-2021, C° 5°.

29 Corte Suprema, Rol 27.685-2020, 03-11-2021, C° 5.

30 Como lo hemos señalado con anterioridad, frente a la pregunta “¿cuál es la consecuencia que traería aparejada dicha infracción al principio de legalidad en que incurrir algunos organismos de la Administración

finales artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental- a las que jurisprudencialmente se le ha atribuido hasta ahora.

No obstante, cabe destacar que en votos de prevención de algunos ministros del máximo tribunal, se ha sostenido que la sanción de nulidad del despido es inaplicable en la especie, pero siguiendo un razonamiento diferente. Así, se ha señalado que “si bien la sentencia de instancia que decidió el carácter laboral de la relación habida entre las partes, es de carácter declarativo y no constitutivo, lo cierto es que ello no hace aplicable a la especie la sanción de nulidad del despido, con independencia de que el demandado sea o no un ente público (...)”. Agrega que la razón de ser de tal sanción, “(...) es la suerte de apropiación de dinero ajeno que la infracción supone, dada la retención obligatoria de parte de las remuneraciones del trabajador, que el empleador está obligado a hacer, y que se presume de derecho que hace, cuando paga remuneraciones que ambas partes estiman laborales (artículo 3° inciso segundo de la Ley 17.322)”. “Que es esa retención de dinero ajeno, que sin embargo no se destina al fin previsional, único lícito a que debía y podía destinarse, lo que justifica la severidad legal al imponer la sanción, y es lo que trasunta el artículo 162 del Código del Trabajo cuando dispone que “para proceder al despido... el empleador le deberá informar el estado de pago de las cotizaciones previsionales”. Esto supone, como toda la redacción del precepto, que el empleador tuvo el dinero del trabajador a su disposición, para enterar esas imposiciones. Supone, pues, que la figura jurídica en la que ambas partes decían estar, permitía retener parte del estipendio acordado, para destinarlo a cotizaciones, conforme a la ley. Si ello no fue así, el carácter declarativo de la sentencia obligará a enterar las cotizaciones en forma retroactiva, pero no podrá variar la realidad fáctica inamovible de no haberse retenido dineros de remuneración con fines previsionales, porque no se creía pagar tales remuneraciones laborales, ni lo permitía la figura jurídica formal que encubría al vínculo. Luego, ni hubo apropiación de dineros ajenos que justifique la sanción, ni hubo tampoco posibilidad de pagar a tiempo esas cotizaciones, de suerte tal que la hipótesis misma sobre la

del Estado? Nos parece que la respuesta no es simple y debe desprenderse del ordenamiento jurídico administrativo constitucional y legal. En principio, consideramos que las sanciones serían: responsabilidad respecto del órgano que contrata contrariando las disposiciones legales –incisos finales, artículos 6 y 7 de la Constitución– y nulidad de derecho público –en su caso– u otras “sanciones que determine la ley” –incisos finales, artículos 7 y 6, respectivamente, de la Constitución– respecto de la resolución o decreto alcaldicio aprobatorio –según corresponda que formaliza el contrato a honorarios. Es claro, a lo menos, que nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto como sanción frente a la infracción del principio de juridicidad –en que se incurre al contratar a personas a honorarios fuera de las restringidas hipótesis legales– que esa relación mute a un contrato de trabajo”. Cárcamo, Alejandro, “La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: Una interpretación jurisprudencial peligrosa”, en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2016, p. 424.

que descansa la sanción del artículo 162 en estudio cae, sea cual fuere la calidad jurídica del empleador”^{31 32}.

Finalmente, es pertinente consignar, que existen uniformes votos en contra de la Ministra Chevesich, que sustentan la procedencia de la sanción de nulidad del despido en estos casos, fundados en que “(...) se debe recordar que, de acuerdo a la modificación introducida por la Ley N° 19.631 al artículo mencionado, se impuso al empleador la obligación, en el caso que proceda a despedir a un trabajador, de mantener íntegramente pagadas sus cotizaciones previsionales, de lo contrario, dicho despido carece de efectos –es nulo–, correspondiendo entonces que el empleador, no obstante la separación del trabajador, siga pagando las remuneraciones y capítulos pertinentes hasta que se subsane el incumplimiento referido, convalidando el despido. Que, entonces, atendida la naturaleza declarativa de la sentencia que reconoce la existencia de un vínculo de trabajo, no depende de sí el empleador retuvo o no lo correspondiente a las cotizaciones de seguridad social, ni de la naturaleza jurídica del empleador, por lo tanto, procedía declarar que la demandada también queda obligada al pago de los emolumentos devengados desde la separación del trabajador hasta la convalidación del despido”³³.

Este escueto razonamiento consignado en permanentes y uniformes votos en contra de la Ministra Chevesich, insistimos, admitiendo -sin más opción o resignadamente- la tesis jurisprudencial de mutación contractual planteada por la Corte Suprema, nos parece más coherente y ajustado a la normativa laboral y previsional, puesto que no es posible ignorar que la finalidad de la normativa que regula la nulidad del despido es incentivar el pago de las cotizaciones previsionales, pretendiendo nuestro legislador conseguir este loable propósito mediante este mecanismo, es decir, privando al empleador moroso de la facultad de poner término al contrato de trabajo, en tanto persista en su morosidad³⁴. Por ende, si el

31 Corte Suprema, Rol 33.234-2019, 11-01-2021, C° 1, voto de prevención Ministros Silva y (s) Mera.

32 En un sentido similar, Corte Suprema, Rol 17.307-2019, 26-01-2021, voto de prevención Ministros Silva y Mera; Corte Suprema, Rol 15.664-2019, 10-03-2021, voto de prevención Ministros Silva y Mera; Corte Suprema, Rol 27.630-2019, 30-04-2021, voto de prevención Ministro (s) González; Corte Suprema, Rol 36.861-2019, 15-07-2021, voto de prevención Ministro Silva.

33 Corte Suprema, Rol 17.307-2019, 26-01-2021, C° 2 y 3, voto en contra Ministra Chevesich; Corte Suprema, Rol 15.664-2019, 10-03-2021, voto en contra Ministra Chevesich; Corte Suprema, Rol 27.630-2019, 30-04-2021, C° 1 y 2, voto en contra Ministra Chevesich; Corte Suprema, Rol 27.651-2019, 02-06-2021, C° 2 y 3, voto en contra Ministra Chevesich; Corte Suprema, Rol 16.906-2020, 20-10-2021, C° 2 y 3, voto en contra Ministra Chevesich

34 Palavecino, Claudio, “El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico”, en *Ius et Praxis*, v. 8, n. 2, (Universidad de Talca), 2002, disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200017#:~:text=El%20juez%20tendr%C3%A1%20que%20declarar,preclusiva%20espec%C3%ADfica%20para%20convalidar%22, consultada el 27 de abril de 2022.

contrato de trabajo siempre fue tal y la sentencia judicial solo se limita a declarar o constatar su existencia, no cabe efectuar diferenciaciones judiciales artificiosas, con la sola finalidad de poner límite a otra artificialidad judicial: el que un contrato a honorarios celebrado por la Administración del Estado, mute en contrato de trabajo, por el solo hecho de infringirse en dicha celebración lo dispuesto en la normativa legal, obviando el régimen jurídico particular que resulta aplicable a los organismos de la Administración del Estado.

4. Reflexiones finales

Si bien, como lo hemos sostenido y argumentado con anterioridad³⁵, no compartimos los criterios jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema en orden a permitir la trucada mutación de un contrato de honorarios en un contrato de trabajo, aun en aquellos casos en que los primeros son celebrados con infracción del marco normativo establecido para ello -artículos 11 Ley N° 18.834 y 4° Ley N° 18.883-, es posible observar una tendencia jurisprudencial uniforme en la materia, la cual se mantuvo estable durante el año 2021.

En este escenario, si los servicios no coinciden con el marco regulatorio de los contratos a honorarios, ajustándose más bien a los de una relación laboral -subordinación y dependencia-, correspondiendo a funciones permanentes relacionadas con el quehacer y fines del servicio, estaríamos en presencia de características propias de un contrato de trabajo, permitiendo distinguirlo así de otras modalidades contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que la jurisprudencia del máximo tribunal, durante los últimos años -lo que también se avizora en el año 2021- ha procurado autolimitar sus pronunciamientos para, a partir de ello, aminorar las gravosas consecuencias que dicho planteamiento interpretativo ha producido en la Administración Pública, reconociendo la obligatoriedad del pago de las cotizaciones previsionales devengadas durante la vigencia del contrato a honorarios calificado como contrato de trabajo, pero negando la aplicación de la sanción de nulidad del despido.

En nuestra opinión, dicho límite constituye ni más ni menos que un nuevo artificio, puesto que, por un lado, los mismos argumentos que conducen a negar la aplicación de la nulidad del despido son precisamente los que podrían llevar a la

35 Cárcamo, Alejandro, "La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: Una interpretación jurisprudencial peligrosa", en *Anuario de Derecho Público*, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2016, pp. 411 – 427.

conclusión de negar la posibilidad de declarar la existencia de una relación laboral regida por la legislación del área y, por el otro, aceptando -en nuestro caso a regañadientes- la tesis de la Corte Suprema que permite aquello, no parecen existir argumentos jurídicamente sólidos para postular la inaplicabilidad de la punición establecida en los incisos 5°, 6° y 7° del artículo 162 del Código del Trabajo.

Si la jurisprudencia judicial, en su ingeniosa fórmula de resolver el problema de los contratados a honorarios, ignora la vigencia del principio de legalidad -artículos 6° y 7° de la Constitución y artículo 2° Ley N° 18.575- que rige la actividad de los órganos de la Administración del Estado, conforme al cual estos no se encuentran habilitados -por regla generalísima- para celebrar contratos de trabajo y, por ende, no pueden de modo alguno en la realidad ocultar una relación laboral tras la suscripción de un contrato a honorarios -al carecer de autonomía de la voluntad-, permitiéndose, a partir de ello calificar un contrato a honorarios como contrato de trabajo, resulta inconsistente que, acto seguido, se sostenga que la nulidad del despido es una sanción improcedente, fundado en la especial naturaleza del empleador, en que la situación ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector y en la presunción de legalidad de que gozaba dicho contrato a honorarios, lo que más bien nos parece un acto de prestidigitación, toda vez que, si la sentencia judicial sólo constata o declara una situación preexistente, lo natural es entender que la obligación de solucionar las cotizaciones previsionales se generó desde el comienzo de la “relación laboral”, en el momento en que comenzaron a pagarse las remuneraciones, no siendo óbice para concluir ello el principio de legalidad, si tampoco lo fue para declarar la existencia de un contrato de trabajo que, a menudo parece olvidarse, es de naturaleza consensual.

En el contexto actual, aun no adscribiendo a la postura jurisprudencial, si se reconoce la posibilidad de que un tribunal laboral declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre un organismo de la Administración del Estado y un prestador de servicios a honorarios, lo coherente y jurídicamente exigible, es reconocer el derecho al pago retroactivo de las cotizaciones previsionales adeudadas desde el inicio de la relación laboral y, adicionalmente, aplicar la sanción de nulidad del despido. Los argumentos que se esgrimen para descartar su aplicación no parecen convincentes, ni tampoco ajustados al ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social, en el cual el principio tutelar o protector es la base fundamental.

Lo anteriormente señalado no es fruto de nuestro querer, pero tal como se advirtió en su oportunidad por nuestra doctrina nacional, “la aplicación estricta del Código del Trabajo como estatuto jurídico al que se someten los contratos a

honorarios suscritos por la Administración pública genera problemas, además, desde el punto de vista de la dogmática, en la comprensión del régimen jurídico público, en la medida que ellas se vuelven, en algunas ocasiones, incompatibles con el referido régimen”³⁶.

36 Ferrada, Juan Carlos; Saldivia, Guicela, “El contrato a honorarios en la Administración Pública y su <<laboralización>> por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*, N° 2, segundo semestre 2019, (Centro de Estudios de la Administración del Estado), 2019, p. 29; Ferrada, Juan Carlos; Saldivia, Guicela, “El contrato a honorario en la Administración Pública”, en *Desafíos y tendencias de la función pública*, Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo (RF Editores), 2019, pp. 139-140.