
JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Roxana Aránguiz Cofré ¹

Corte Suprema

Garrido contra Municipalidad de Galvarino

21 de junio de 2018

Recurso de unificación de jurisprudencia

NULIDAD DEL DESPIDO VERSUS PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD QUE AMPARA A LOS ÓRGANOS DEL ESTADO:
Análisis de la actual jurisprudencia respecto a las relaciones calificadas como laborales que tienen su origen en una contratación a honorarios.

La prestación de servicios a honorarios a suma alzada en la Administración del Estado ha sido fuertemente debatida en los últimos años, llegando -en un importante número de casos- a ser calificada como de naturaleza laboral por los Juzgados de Letras del Trabajo, en atención a la presencia de indicios y elementos comunes a los contratos de trabajo. Dicha calificación -hasta el momento- se ha efectuado con posterioridad al término de los servicios, de modo que la aplicación de la normativa laboral responde al establecimiento de indemnizaciones por despido injustificado, pago de cotizaciones con efecto retroactivo y aplicación de la sanción de nulidad del despido.

1 **ROXANA JAVIERA ARÁNGUIZ COFRÉ.** Abogada Litigante de la Procuraduría Fiscal Santiago. Máster en Derechos Sociolaborales de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

La nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales es sin lugar a dudas una de las sanciones pecuniarias más onerosas que establece la legislación laboral de nuestro país, e incluso a nivel internacional no se registra situación similar. Se encuentra contemplada y regulada a partir del inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, imponiendo al empleador la obligación de informar por escrito al trabajador el estado de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen, y sanciona al empleador que no hubiere efectuado el pago íntegro de dichas cotizaciones privándolo del efecto del despido de poner término al contrato de trabajo. Se trata de una ficción jurídica, en la cual cesan las obligaciones del trabajador, pero persiste para el empleador la obligación de pagar las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, considerándose nulo el despido sólo para estos efectos, pudiendo convalidarse el mismo mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, y su posterior comunicación mediante carta certificada, acompañando los comprobantes de pago emitidos por las instituciones previsionales correspondientes.

La norma, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley N° 19.631, también llamada “Ley Bustos”, tuvo por objeto sancionar a aquel empleador que descontaba las cotizaciones previsionales de las remuneraciones de sus trabajadores y posteriormente no las pagaba, sin embargo, el texto legal no efectúa la distinción entre aquel que retuvo y aquel que no lo hizo, lo que ha llevado a que los tribunales de justicia apliquen la sanción indistintamente.

En los casos de calificación de relación laboral mediante sentencia judicial, la jurisprudencia predominante de los últimos años ha sido enfática en establecer el carácter declarativo del pronunciamiento, determinando que al no haberse efectuado el pago de cotizaciones a la época del término de la vinculación contractual, el empleador se hace acreedor de la sanción de nulidad del despido, inclusive en aquellos casos en que la Administración del Estado ha sido quien ha contratado a personal a honorarios en base a una normativa estatutaria especial².

2 .Sentencias de la Corte Suprema pronunciadas en los roles N° 9.690-15, N° 40.560-

Los argumentos que sustentan esta doctrina, radican en 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 debió hacer las deducciones pertinentes y enterarlas en los organismos previsionales respectivos, sin que el hecho de no haber efectuado la retención lo exima de dicha carga, por lo que al no cumplir con esta exigencia procede aplicar la sanción.

La doctrina actualmente imperante en la Corte Suprema

La aplicación indiscriminada de esta sanción ha sido enérgicamente controvertida por quienes hemos representado a la Administración del Estado en los juicios laborales, arguyendo una serie argumentos destinados a excluir su aplicación, y ejerciendo todos los recursos procesales disponibles para ello. Así, y luego de varios intentos, en el año 2018 por fin el máximo tribunal ha modificado su criterio y unificado la jurisprudencia laboral en el sentido de determinar que la sanción de nulidad del despido no resulta aplicable cuando la relación se origina en la contratación a honorarios celebrada por la Administración del Estado al amparo de un estatuto legal determinado.

El nuevo y actual criterio se instaló a partir de un nuevo estudio sobre este tipo de casos, tal como lo declara la sentencia de 7 de mayo de 2018 dictada en los autos Rol 41.500-17³. El razonamiento parte de la premisa que resulta indiscutible que la sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral entre las partes es de naturaleza declarativa y que por regla general en esta materia procede aplicar la sanción de nulidad del despido una vez constatada la circunstancia fáctica de no encontrarse pagadas las cotizaciones previsionales a la época del término de la vinculación laboral. Sin embargo, señala la referida sentencia: “(...) *con un mejor estudio de los antecedentes, este tribunal considera pertinente modificar*

16, N° 76.274-16, N° 100.842-16 y N° 3.618-17.

3 Los razonamientos del fallo han sido reiterados en sentencias posteriores dictadas por la Corte Suprema en los autos roles N° 41.760-17, N° 37.266-17, N° 40.106-17, N° 42.441-17, N° 42.715-18, N° 32.749-18, N° 15.405-19 y N° 41.175-19, entre otras.

su postura en relación a este punto, cuando se trata, 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-, pues a juicio de esta Corte concurre un elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la referida institución, cual es que ellos 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, y excluye, además, al 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 gravosa punición del inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo”.

Continúa señalando “*que, por otro lado, la aplicación –en estos casos–, de 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(...)*”.

Como puede apreciarse, los fundamentos que ha establecido el máximo tribunal tienen como eje la presunción de legalidad sobre la cual descansan este tipo de contrataciones y la incapacidad jurídica de los Órganos de la Administración del Estado para convalidar libremente el despido. Cabe anotar que tras estos dos planteamientos hay todo un trasfondo jurídico que es necesario analizar para comprender qué es lo que gatilla tan controversial y diametral cambio de jurisprudencia, cuya materia continúa siendo debatida y sumando recursos de unificación de jurisprudencia.

La presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos tiene su origen en el artículo 3º de la Ley N° 19.880, que contiene las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. De ahí es posible establecer que tanto las partes que celebraron el contrato a honorarios, cuyo

contenido fue aprobado por un acto administrativo, así como terceros, actúen bajo el convencimiento de que éste se encuentra acorde con nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien esta presunción de legalidad es simplemente legal, de modo que admite prueba en contrario, en el caso de las contrataciones a honorarios se ve doblemente reforzada por el principio de legalidad contenido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado y la imposibilidad jurídica del Estado para contratar –por regla general– bajo la normativa del Código del Trabajo.

Conforme a este principio, el Estado únicamente puede realizar aquello que está expresamente permitido por la ley, en la forma que prescribe la ley y dentro de su respectiva competencia. Las formas a través de las cuales la Administración puede nombrar o contratar a su personal se encuentran estrictamente reguladas por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y por los Estatutos y leyes especiales que rigen a cada organismo; y las sentencias relacionadas con la materia que tratamos precisamente dicen relación con servidores públicos que prestaron sus servicios al amparo del Estatuto Administrativo, contenido en la Ley N° 18.834, o del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, contenido en la Ley N° 18.833, en los cuales no se establece la contratación mediante las normas del Código del Trabajo⁴. La única forma de contratación de servicios que se prevé, fuera de la dotación de planta o a contrata, es la contratación a honorarios, sin que sea jurídicamente posible la celebración de un contrato de trabajo.

Esta imposibilidad jurídica de poder contratar bajo la normativa laboral común, unida a la contratación bajo la única forma que el Estatuto legal aplicable permite a la Administración, y a la aprobación de

4 El artículo 3° de la Ley N° 18.883 establece:

“Quedarán sujetas a las normas del Código del Trabajo, las actividades que se efectúen en forma transitoria en municipalidades que cuenten con balnearios u otros sectores turísticos o de recreación.

El personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre directamente la municipalidad se regirá también por las normas del Código del Trabajo”.

la contratación mediante un acto administrativo, podrían definirse como la base para presumir la legalidad de los contratos celebrados, y excluir el ánimo de simular o defraudar por parte del empleador, que es lo que justificaría la aplicación de una sanción tan gravosa como lo es la nulidad del despido. En definitiva, aquí radica la diferencia entre la sentencia declarativa que reconoce la existencia de una relación laboral cuando quien contrató los servicios es un privado y aquella en la cual quien contrató es la Administración al amparo de un estatuto determinado. El privado se encuentra sujeto a la ley común y en consecuencia la prestación de servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia a cambio de una remuneración se regirá por el Código del Trabajo, porque la relación entre las partes desde un principio se formó por la celebración de un contrato de trabajo, que no requiere de ninguna formalidad, y suele no escriturarse precisamente con la finalidad de evadir las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley.

La segunda línea argumentativa que plantea la Corte Suprema dice relación la desnaturalización de la sanción que grava en forma desigual al ente público, por no contar éste con la posibilidad de convalidar del despido, sino una vez que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada.

Los órganos del Estado están incapacitados para convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen, como sí podría hacerlo el empleador privado para limitar los efectos de la sanción. Es más, cualquier pago de una prestación laboral implicaría necesariamente un uso indebido del presupuesto, ya que al no estar el presupuesto para el servicio no contempla ningún ítem para el pago de estas prestaciones.

La única forma en que los órganos del Estado puedan pagar legalmente las cotizaciones previsionales en un caso como éste, es que una sentencia judicial firme y ejecutoriada lo ordene. Antes de la sentencia no existe la obligación, porque la ley específica que lo regula no la contempla y porque la propia Constitución impide al Estado actuar sin una ley que lo ampare, conforme al principio de legalidad.

Otros argumentos que sustentan la inaplicabilidad de la sanción

Fuera de los fundamentos que ha tenido el máximo tribunal para sustentar este cambio doctrinario, cabe tener presente otros argumentos que han sido propuestos e incluso acogidos aisladamente, como el carácter sancionatorio que tiene la institución de la nulidad del despido y su correspondiente aplicación de forma estricta, así como la interpretación de la norma conforme a su contexto histórico.

Si analizamos la normativa laboral, del propio artículo 162 del Código del Trabajo se desprende que el legislador se ha puesto en la situación en que existe un contrato de trabajo y que el trabajador ha sido despedido sin que el empleador hubiese efectuado el íntegro de sus cotizaciones previsionales. Es decir, la norma apunta a aquellas relaciones laborales que se desarrollan como tal entre las partes, donde tanto trabajador como empleador tienen claridad de ello, aun cuando existan casos en que dicha situación deba probarse ante un juez, pero no a aquellos casos en el cual las partes se han ceñido a un estatuto legal diferente, conscientemente suscribieron un convenio conforme a ese estatuto, que per se goza de una presunción de legalidad, durante la relación ambas partes se rigieron por ese convenio y que fue recalificado con posterioridad por un tribunal.

Una más clara interpretación de la normativa sin duda la encontramos a la luz del elemento histórico, pues el Mensaje Presidencial que precede la Ley Bustos establece claramente que su objetivo consiste en que el empleador, quien ha descontado de las remuneraciones de sus trabajadores las cotizaciones correspondientes, cumpla con la subsecuente obligación de pago a la que la obliga la ley antes de dar por terminada la relación de trabajo. Por consiguiente, 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 retenidos⁵.

5 Este argumento ha sido recogido por la Primera Sala de la Corte Suprema, en sentencia de 28 de marzo de 2018, pronunciada en los autos rol N° 37.339-17.

Respecto a este punto, cabe volver a realizar la distinción respecto del empleador privado, pues en su caso el contrato de trabajo celebrado contempla una remuneración bruta a partir de la cual deben efectuarse los descuentos previsionales pertinentes, que no necesariamente requiere ser pactada en esos términos por el trabajador. Así, resulta común e incluso parte de la costumbre, que el trabajador convenga un sueldo líquido con el empleador, sin que le sea exigible desde el punto de vista laboral conocer en detalle cada uno de los haberes y descuentos que el empleador deba realizar. De este modo, la ley presume que el empleador antes de pagar la remuneración líquida efectuó los descuentos legales previsionales⁶, por lo que en esos casos concluiríamos que el empleador sí efectuó la retención de las cotizaciones, pero no las pagó.

En el caso de los organismos públicos la cuestión es diferente, pues en la contratación a honorarios se determina con exactitud el monto bruto de los honorarios, los cuales con posterioridad a la declaración de relación laboral se reputan como remuneración, a partir de la cual no existe duda alguna de que no se efectuaron descuentos por concepto de cotizaciones previsionales. Esta dicotomía deja en evidencia la imprevisión absoluta de que esta institución laboral -al igual que muchas otras- se aplique a los órganos de la Administración del Estado cuyo personal se rige por un estatuto especial distinto al del Código del Trabajo. Por una parte, tenemos una presunción de derecho y por la otra, la imposibilidad jurídica de aplicar la normativa laboral impuesta por mandato constitucional, que evidencia la contradicción y contraindicación de aplicar derechamente el Código del Trabajo a situaciones como ésta, y que probablemente justifican la ausencia de este argumento en la reciente doctrina, aunque esa discusión claramente excede el propósito de este comentario.

Voto disidente

Habiendo tratado los argumentos presentes y ausentes en la doctrina mantenida los últimos dos años por la Corte Suprema respecto a la materia, cabe señalar también aquellos fundamentos disidentes que se mantienen, sosteniendo la procedencia de aplicar la sanción de nulidad

6 Artículo 3° inciso 2° de la Ley N° 17.322.

del despido indistintamente. Al respecto, se ha señalado que la sentencia que reconoce la existencia de un vínculo de trabajo solo viene a declarar o constatar un hecho preexistente, del cual emanan todas las obligaciones y derechos que el ordenamiento jurídico contempla en la materia, sin que tenga relevancia la naturaleza del empleador, ni si este retuvo o no las cotizaciones de seguridad social, y consecuentemente el empleador queda obligado al pago de los emolumentos devengados desde la separación del trabajador hasta la convalidación del mismo⁷.

Esta doctrina implica una aplicación extensiva de la normativa, sin atender al carácter sancionatorio de la misma, ni a su finalidad. Y si desde ya la aplicación lisa y llana del Código del Trabajo a aquellas contrataciones que no se ajustan a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley N° 19.884 o al artículo 4° de la Ley N° 19.883 resulta cuestionable, con mayor razón cabe cuestionar, distinguir y dirimir la aplicación de una sanción tan gravosa.

Conclusión

Como puede apreciarse, pese a que la actual doctrina resulta favorable a los intereses fiscales y a que existen varios argumentos para excluir la aplicación de la institución de la nulidad del despido a aquellas relaciones calificadas como laborales que tienen su origen en una contratación a honorarios al amparo de un estatuto legal determinado diverso del Código del Trabajo, no estamos ante un tema pacífico, y aun existen votos disidentes que sostienen que la sanción de nulidad del despido debe ser aplicada sin distinción.

Sin duda hemos avanzado en la discusión, pero los fundamentos de las sentencias no contienen un análisis acabado de los argumentos que justifican realizar la distinción entre aquellos casos en que procede aplicar la sanción de nulidad del despido y aquellos en que no, lo cual genera el riesgo de reducir las discusiones a un mero discurso de autoridad que se transmite hacia los tribunales de instancia y Cortes de Apelaciones.

7 Voto disidente de la Ministra Sra. Gloria Ana Chevesich R. emitido en sentencia dictada en los autos rol N° 4.175-19; voto disidente de los Ministros Sra. Gloria Ana Chevesich R. y Sr. Rodrigo Biel M. emitido en sentencia dictada en los autos rol N° 37.339-17.