

Universidad Adolfo Ibáñez
Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social 2020-2021
Pedro Ignacio Peña Sánchez

Trabajo de investigación final: Jurisprudencia sobre reconocimiento de relaciones laborales: sanción de la nulidad del despido en prestadores de servicios a honorarios en organismos de la Administración del Estado y Municipalidades.
Crítica a la actual jurisprudencia de la “Cuarta Sala”.

ÍNDICE

I. Introducción	3
II. De la autorización para contratar personal a honorarios en la Ley N° 18.834 artículo 11° y Ley N° 18.883 artículo 4°	8
III. Contraloría General de la República	10
IV. Calificación de relación laboral, jurisprudencia consolidada	11
V. Ley 19.631, sanción de la nulidad del despido, la famosa “Ley Bustos” V.1. Historia de la ley	12
V.2. Requisitos, presupuestos fácticos	14
V.3. Aplicación de la sanción de la nulidad del despido para despidos de honorarios de la administración del Estado y Municipalidades	15
VI. Crítica al criterio diferenciador como fundamento para eludir el presupuesto fáctico del artículo 162 del Código del Trabajo	17
VII. Jurisprudencia, el “efecto relativo de la sentencia” un salvavidas ante la postura del máximo tribunal	19
VIII. Conclusiones	22

I. Introducción.

“En otros términos, se uniforma 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- el artículo 4º de la Ley Nº 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustadas a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente”¹.

Tras haberse desempeñado por mas de 13 años en favor de la Ilustre Municipalidad de Santiago, Juan Pablo Viál Paillán, el 28 de febrero del año 2013 fue notificado del término de su contrato de prestación de servicios a honorarios en favor de dicho municipio².

En efecto, este ejecutó funciones de manera continua e ininterrumpida en favor de la Ilustre Municipalidad de Santiago en un comienzo como “Coordinador/Director de la Secretaría de la Juventud” asociado al Proyecto Secretaría de la Juventud desde el 2 de febrero de 2009 hasta el 31 de diciembre

¹ Resolución de fecha 01/04/2015, en causa número de ingreso 11.584-2014, Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

² La Ley 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y que en su artículo 4º autoriza la contratación de personal a honorarios establece lo siguiente: “Podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad; mediante decreto del alcalde. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

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

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

de 2012 para posteriormente encontrarse asignado al trabajo de “Formulación e Implementación del Plan Juvenil” asociado al Programa de Gestión Territorial Juvenil.

Servicios que tal como indica la demanda por reconocimiento de relación, despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones laborales se ejecutaron bajo claros índices de subordinación y dependencia, apartándose de la autorización legal que pesa sobre las municipalidades para contratar sobre la base de honorarios.

Por su parte, la Ilustre Municipalidad de Santiago sostuvo que la contratación del señor Paillán se ajustó a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley N° 18.883, puesto que el principio de legalidad³ que rige sobre los órganos de la Administración del Estado les impide contratar personal sujeto al Código del Trabajo fuera de los casos que expresamente autoriza la ley⁴.

Si bien, tanto el Juez de Letras del Trabajo que dictó la sentencia base⁵ como la Décima Sala (laboral) de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago,

³“Décimo: Que, esta Corte ha señalado- también en forma reiterada - la necesidad de considerar que el principio de legalidad de la acción del Estado que enuncian los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, recogido asimismo, por el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, impide a los Municipios contratar personal sujeto del Código del Trabajo fuera de los casos expresamente señalados en la ley, como ocurre en las situaciones que alude el artículo 3º de la mencionada ley 18.883, situación que es la que distingue a los municipios de los demás empleadores particulares y que determina que no exista arbitrariedad en la diferencia entre la prestación de servicios para la municipalidad y la ejecución de un trabajo dependiente para un empleador privado, sujeto al Código del Trabajo”. Resolución de fecha 29/12/2009, Número de ingreso 7931-2009, Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

⁴ Si bien la doctrina administrativa tradicional ha sostenido que el personal que desempeña funciones en favor del Estado son aquellos funcionarios (planta y contrata) junto con aquellas personas contratadas a honorarios en el sector público, hoy en día es posible encontrarnos con funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo mediante la remisión de las propias leyes orgánicas de los servicios. Varas Marchant, Karla, “Laboralización de la función pública: admisión de personal laboral”, *Estudios Laborales*, año 2013, N°9, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁵ En el considerando Vigésimo Segundo luego de analizar la prueba se argumentó principalmente para rechazar la demanda lo siguiente: “Luego, resulta evidente que si el demandante era funcionario a honorarios en una Municipalidad, emitiendo para ello boletas de honorarios, y contratado para realizar cometidos específicos, se encuentra sometido a las reglas que establecidas en cada uno de los contratos a honorarios que celebró, como lo mandata el artículo 4 inciso final de la Ley N° 18.883, por lo que no tiene aplicación el Código

rechazaron la demanda y el recurso de nulidad interpuesto por el demandante⁶⁷, fue la Cuarta Sala de nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia quien conociendo del recurso unificación en dicho proceso judicial, lo acogió, unificando la jurisprudencia en el sentido de calificar como vinculaciones sometidas al Código del Trabajo cuando prestadores de servicios a honorarios se desempeñan fuera del marco legal para el cual el legislador autoriza su contratación, ya sea por el artículo 4º de la Ley Nº 18.883 que regula el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales como también en el caso del artículo 11º de la Ley Nº 18.834 que regula el Estatuto Administrativo y a su vez, dichas laborales se ejecutan bajo índices de subordinación y dependencia⁸.

del Trabajo y, en consecuencia, procede el rechazo de la demanda". Resolución de fecha 07/09/2013, en causa RUC 13-4-0017224-7 / RIT O-1801-2013, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁶ En el considerando Tercero incluso validando la infracción de derecho alegada en el recurso de nulidad interpuesto por la demandante lo rechazó por indicar que *"la Excm. Corte Suprema ha sentado como doctrina (causa rol 10.800-2011) que interpretando en forma sistemática los artículos 4º de la ley 18.883 relativa al estatuto de los funcionarios municipales y 1º del Código del Trabajo, la normativa laboral no es aplicable a las Municipalidades sino en las materias o aspectos no previstos en los estatutos administrativos a que se sujetan sus personales y en la medida que no sea contrarias a ellos y que aun cuando pueda ser cierto que se tenga obligación de asistencia y de horario, dependencia jerárquica y remuneración mensual, ello no hace aplicable la regla del artículo 7 del Código del Trabajo, "pues no pudo nacer tal vinculación ya que la relación contractual entre las partes estaba regido por una normativa especial, como es el artículo 4º de la ley 18.883" (considerando décimo de sentencia de casación)*". Resolución de fecha 24/04/2014, número de ingreso 1.483-2013, Corte de Apelaciones de Santiago.

⁷ El Ministro en aquella época de la Décima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago don Omar Astudillo Contreras conociendo del recurso de nulidad que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la demandante voto en contra de la mayoría adoptada por la sala y estuvo por acoger el recurso declarando nula sentencia base y acoger la demanda, indicando en el numeral 3º de su voto disidente lo siguiente: *"La ley dispone que el personal contratado a honorarios no queda sujeto a las disposiciones del Estatuto de los Funcionarios Municipales, precisamente porque no son funcionarios. Empero, si los servicios de una persona son contratados "a honorarios", fuera de los casos autorizados por la ley, no puede invocarse esa misma legalidad quebrantada para asilarse en la imposibilidad de celebrar contratos de trabajo donde la ley no lo permitiría, porque ello importaría contrariar el principio de juridicidad que debe gobernar los actos de la Administración, en el sentido que ésta es la primera llamada a respetar el bloque normativo fundamental; y el Derecho no puede amparar la desprotección o precariedad, cuando los servicios se prestan bajo subordinación o dependencia."* Resolución de fecha 24/04/2014, número de ingreso 1.483-2013, Corte de Apelaciones de Santiago.

⁸ El artículo 8º del Código del Trabajo señala que toda prestación realizada en los términos del artículo anterior presumirá la existencia de un contrato de trabajo. Por su parte, el artículo 7º dispone lo siguiente: *"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"*.

Así es como este fallo, implicó un giro en 180 grados que nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia⁹ dio en diversas materias laborales tales como la tutela laboral de funcionarios públicos, el derecho a huelga o el concepto de semana corrida, donde la sala laboral dio un salto cualitativo ante una preocupante inclinación “pro-empresa”¹⁰ como consecuencia del legado del exministro Patricio Valdés.

No obstante, si bien para la época fue un cambio significativo respecto la jurisprudencia laboral de nuestro país, esta no fue mas que una manifestación de la condición expansiva del derecho laboral al sector público¹¹, y su carácter protector¹², ante una masa de trabajadores absolutamente precarizados, ya que tal como señala Karla Varas *“El estado no está ajeno a estas prácticas elusivas, y es por eso que con razón, en el sentir de muchos ciudadanos, está presente la idea de que el Estado es el peor empleador, el cual, a diferencia de lo que podríamos esperar, mantiene vínculos precarios y sin protección laboral o estatutaria con gran parte de su personal, en la administración centralizada, descentralizada y municipal”*¹³.

En consecuencia, aquella personal natural contratada sobre la base de honorarios ya sea por la autorización del artículo 4º de la Ley Nº 18.883 o el artículo 11º de la Ley Nº 18.834 y ejecutare dichas funciones fuera del marco legal para el

⁹ Integración que inició el año judicial con don Ricardo Blanco Herrera como presidente y la ministra Gloria Ana Chevesich Ruiz junto a 3 vacantes que fueron asumidas por la ministra Andrea Muñoz, Carlos Aránguiz y Carlos Cerda.

¹⁰ En la investigación desarrollada en el marco de la ejecución del proyecto Fondecyt 11121310 cuyo investigador responsable fue Luis Iván Díaz García se analizaron 1.051 recursos de unificación de jurisprudencia deducidos entre el 30 de marzo de 2008 y el 29 de marzo de 2012 y cuyas sentencias fueron pronunciadas entre el 10 de noviembre de 2008 y el 11 de abril de 2013 concluyendo empíricamente que el 95,2% de los casos favoreció la posición del empleador. Ver en Díaz García, Luis Iván y otros, “La Corte Suprema ¿un tribunal para los empleadores? Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia laboral”, *Revista de Derecho* (Valdivia) Volumen XXVIII – Nº 1 – Junio 2015, pp. 101-122.

¹¹ Gamonal Contreras, Sergio, Fundamentos de derecho laboral, Chile, Der Ediciones Limitada, 2020, p.56.

¹² Tal como señala el profesor Sergio Gamonal *“El derecho laboral tiene una clara vocación de tutela y protección del más débil: el trabajador. En las relaciones sociales se dan vínculos de poder y uno de los más intensos es, probablemente, el de las relaciones de trabajo”*, *Ibíd*em, p. 191.

¹³ Varas Marchant, Karla, “La problemática del personal a honorarios del Estado”, *Anuario de Derecho Público Udp*, 2016, p. 428 a 451.

cual se autorizó su contratación, en caso de acreditarse que dichos laborales se realizaron bajo subordinación y dependencia podrá solicitar ante la magistratura especializada junto con la declaración de relación laboral, el pago de las indemnizaciones propias del despido junto con las prestaciones laborales procedentes, sus cotizaciones de seguridad social además de la sanción de la nulidad del despido conocida vulgarmente como “Ley Bustos”.

Sin embargo, y adelantándome a una de las conclusiones de este breve trabajo, la Cuarta Sala de nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia a propósito de un recurso de unificación sobre un prestador de servicios a honorarios de un municipio¹⁴¹⁵ modificó parcialmente su postura justificándose en un supuesto criterio diferenciador (elaborado por ellos mismos) que la autorizaría para inhibirse de aplicar la sanción de la nulidad del despido (Ley Bustos) pese a encontrarse ante el presupuesto fáctico que obliga a su aplicación por estar el organismo contratante amparado en el principio de legalidad.

Así las cosas, esta dispuso lo siguiente *“Sin embargo, y después de un nuevo estudio, esta Corte ha decidido modificar su postura doctrinal sobre el tema, específicamente en el caso en que el empleador respecto del cual se reclama el pago de la sanción en comento corresponde a un órgano público que procedió a una contratación de prestación de servicios a honorarios, amparado en una norma*

¹⁴ En la sentencia se indica que se acreditó que los demandantes pese haber sido contratados sobre la base de honorarios según lo autoriza el artículo 4º de la Ley Nº 18.883, estos excedieron el límite legal que dispone dicha autorización y habiéndose ejecutado dichas laborales bajos índices de subordinación y dependencia se calificó dicha relación como una de carácter laboral. Si bien se ordenó el pago de las indemnizaciones propias del despido, no se accedió a la sanción de la nulidad del despido por estimar la sentenciadora que dicha sanción se reguló para el caso específico del empleador que retuvo, pero no enteró los fondos en los organismos respectivos de seguridad social. Resolución de fecha 26/05/2017, ruc 7-4-0007530-1 / rit O-10-2017, Juzgado de Letras de Lautaro.

¹⁵ La Corte de Apelaciones de Temuco conociendo del recurso de nulidad interpuesto por el demandante con motivo de la demandada indicada en la nota al pie 14, lo acogió y ordenó la aplicación de la sanción de la nulidad del despido por estimar que el artículo 162º inciso 5, 6 y 7 no hace diferencia respecto el empleador que retiene y no entera los fondos o no sumado a la naturaleza declarativa de la sentencia. Resolución de fecha 28/08/2017, número de ingreso 187-2017 (reforma laboral), Corte de Apelaciones de Temuco.

legal que lo autoriza, siendo declarada la existencia de la relación laboral, en el fallo de instancia”¹⁶

En consecuencia, nuestro máximo tribunal de justicia, amparado en una presunción de legalidad en favor del empleador, elaboró un argumento que restringe la aplicación de la sanción de la nulidad del despido aquellos prestadores de servicios a honorarios contratados por diversos organismos de la Administración del Estado o Municipalidades y cuya relación laboral ha sido decretada judicialmente.

Sobre este llamativo criterio diferenciador y el camino recorrido por la cuarta sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia es que nos haremos cargo en las siguientes páginas.

II. De la autorización para contratar personal a honorarios en la Ley N° 18.834 artículo 11° y Ley N° 18.883 artículo 4°.

La administración pública se relaciona con su personal a través de distintos regímenes jurídicos que permiten incorporar funcionarios, trabajadores o prestadores de servicios a honorarios a través de diversas normativas y en el caso de estos últimos, es posible encontrar su autorización en los artículos 11° y 4° del Estatuto Administrativo General y Municipal respectivamente¹⁷.

¹⁶ Resolución de fecha 20/08/2018, número de ingreso 40.253-2017 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

¹⁷ La autorización para contratar sobre la base de honorarios en el artículo 11° del Estatuto Administrativo es del siguiente tenor: *“Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.*

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

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

Por su parte, el artículo 4° del Estatuto de Funcionarios Municipales que autoriza contratar sobre la base de honorarios, es del siguiente tenor: *“Podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos*

Estas autorizaciones (cuyo presupuesto fáctico es el mismo) establece los siguientes requisitos para contratar sobre la bases de honorarios:

1. Profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución.
2. Para la ejecución de cometidos específicos.

Sin embargo, pese a la taxatividad de los presupuestos para su contratación, la experiencia da cuenta como estos se han transformado en masas de trabajadores altamente precarizados con claros índices de laboralidad desempeñando labores permanente y propias de las instituciones, servicios o municipios respectivos¹⁸. Aún más, estos han sido secuestrados por la politización absoluta del puesto de trabajo como moneda de cambio para hacer campaña en las elecciones de turno¹⁹ y así contar con un ejército de personal profesional y/o técnico altamente precarizado²⁰, profundizando aún más las vulnerabilidades del trabajo en el Estado²¹

de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad; mediante decreto del alcalde. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

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

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

¹⁸ Yáñez, Sonia y Rojas, Irene, *Empleo público en Chile: ¿Trabajo decente en el Estado? Apuntes para el debate*. Santiago de Chile, Flacso-Chile, 2017, pp. 35 y ss.

¹⁹ Según Jaime Binder Rosas, este fenómeno se conoce como “Spoil System” o “Sistema de botín de puesto” donde el partido político que gana las elecciones despide a los funcionarios o trabajadores de la administración anterior para así contratar a quienes hicieron campaña por el político electo. Binder Rosas, Jaime, “La laboralización de la Función pública y la nueva gestión pública”, *Boletín oficial*, Chile, Dirección del Trabajo, Julio 2002, p. 14.

²⁰ Caamaño Rojas, Eduardo, *Revista de Derecho y Seguridad Social*, Vol. II, Chile, 2013, p. 246

²¹ Yáñez, op. cit. en nota 18, p. 38.

III. Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República ha definido el contrato a honorarios a través del Dictamen N° 16.220 de 1982 como *“un mecanismo de prestación de servicios que permite a 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 de ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicio”*.

Así las cosas, y tal como sostiene Contraloría en su Dictamen N° 35.266 de 1997, la Administración del Estado puede contratar sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos para la realización de funciones propias del organismo siempre y cuando sean ocasionales o circunstanciales²² como también para laborales habituales y permanentes siempre y cuando se trate de cometidos específicos, debidamente individualizados en forma precisa además de necesariamente limitarse en el tiempo²³.

En consecuencia, y tal como señala Karla Varas, *“Así apartándose del texto legal, la Contraloría General de la República ha sostenido que la Administración puede contratar sobre la base de honorarios, a profesionales y técnicos de educación superior o expertos para la realización de funciones propias del respectivo servicios, siendo que los artículo 11 y 4 del Estatuto Administrativo General y Municipal respectivamente indican que las laborales no deben ser habituales de la instituciones”*²⁴

²² Respecto a la transitoriedad de los servicios el órgano fiscalizador si bien ha señalado se trata de laborales propias del órgano de la Administración del Estado, estos son de carácter circunstancial. Resolución de fecha 29/05/2012, Dictamen N° 31.394, Contraloría General de la República.

²³ Varas, op. cit. en nota 13, p. 432.

²⁴ Ibidem.

Como si no fuera poco, Alejandro Cárcamo, un opositor a la aplicación de la normativa laboral en esta materia, reconoce el paupérrimo desempeño del órgano fiscalizador al indicar *“El problema entonces radica en el abuso en que incurre la Administración del Estado al usar las contrataciones a honorarios para reclutar a personas fuera de las restringidas hipótesis previstas en las normas en cuestión con algún grado de pasividad de la CGR. De esa manera, mantienen a personas contratadas a honorarios a través de la suscripción de sucesivos contratos –muchas veces sin solución de continuidad–, generando un vínculo permanente e ininterrumpido por larguísimos periodos de tiempo, bajo lo que podría denominarse, desde la perspectiva del derecho del trabajo, como “subordinación y dependencia”, de acuerdo a lo señalado en los artículos 7 y 8 Código del Trabajo”*²⁵.

IV. Calificación de relación laboral, jurisprudencia consolidada.

Si bien, pese a la crítica de los administrativistas ante la intromisión del derecho laboral en el ámbito del derecho público²⁶ a propósito del reconocimiento de relaciones laborales por parte de prestadores de servicios a honorarios que ejecutan sus funciones fuera del marco legal que autoriza el estatuto respectivo, esto no es mas que una característica propia de esta rama especializada del derecho²⁷.

²⁵ Cárcamo Rigueti, Alejandro *“La problemática del personal a honorarios del Estado”*, *Anuario de Derecho Público Udp*, 2016, p. 419.

²⁶ Alejandro Cárcamo Righetti si bien reconoce los abusos cometidos por el Estado en la contratación de personal a honorarios, critica fuertemente la aplicación del Código del Trabajo a las relaciones entre una personal natural y un órgano de la Administración del Estado ya que según este el principio de juridicidad le impediría contratar bajo la normativa laboral. Lo increíble de su razonamiento es que admite la ejecución de funciones fuera del marco legal para el cual se autorizan estas contrataciones, la pasividad en la fiscalización por parte de Contraloría General de La República y como se no fuera poco, no se hace cargo de la interpretación sobre la contra excepción del artículo 1º del Código del Trabajo formulada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia para aplicar la normativa laboral al personal a honorario que contrata con el Estado. Ibidem, p. 411 a 427.

²⁷ Una de las características que han consolidado a esta rama especializada del derecho tiene relación con el rango constitucional que han adquirido sus normas. Gamonal Contreras, Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1998, p. 33.

Aún más, con la consolidación de esta nueva jurisprudencia a partir del año 2014²⁸ podemos sostener que esta responde a una expresión del fenómeno de la “laboralización de la función pública²⁹” en el avance protector que esta masa de trabajadores del Estado altamente precarizados³⁰ requiere.

Por tanto, aquel prestador de servicios contratado sobre la base de honorarios y cuyas funciones se ejecutan fuera de la autorización legal del estatuto respectivo bajo índices de subordinación y dependencia será acreedor del pago de todas las indemnizaciones propias del despido, la nulidad de este y las prestaciones laborales que procedan en caso de obtener una sentencia favorable por parte de la magistratura laboral.

V. Ley 19.631, sanción de la nulidad del despido, la famosa “Ley Bustos”.

V.1. Historia de la ley.

La ley N° 19.631 denominada “Ley Bustos”³¹ publicada el 28 de septiembre de 1999 modificó el artículo 162 del Código del Trabajo imponiendo la obligación del pago de las cotizaciones previsionales para proceder al despido de un trabajador.

²⁸ Resolución de fecha 01/04/2015, en causa número de ingreso 11.584-2014, Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

²⁹ Román Cordero, Cristian, “Función pública: entre la laboralización y la deslaboralización. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.853” *Revista de Derecho Administrativo Económico*, enero-junio 2019, Chile, p.164.

³⁰ “Qué duda cabe acerca de la actualidad de los temas tratados. Justamente, uno de las cuestiones que más preocupan a nuestra sociedad dice relación con las precarias condiciones de trabajo con que laboran algunos de los servidores públicos. Basta tener presente el alto número de personas contratadas a honorarios, sin tener certeza si en algún momento obtendrán mayor estabilidad. Por cierto, no deja de ser paradójico que sea el propio Estado el que vulnere condiciones laborales, y por otro sea el llamado a fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales”. Yáñez, op. cit. en nota 18, p. 11.

³¹ Denominada en honor a Manuel Bustos Huerta quien fue uno de los diputados quienes promovieron la moción parlamentaria junto a Rodolfo Seguel y otros diputados según indica el mensaje N° 217-339, del proyecto de Ley N° 19.631.

En efecto, el artículo 162 en sus incisos 5, 6 y 7 del Código del Trabajo³², al regular la sanción de la nulidad del despido, vulgarmente conocida como “Ley Bustos”³³, impuso la obligación de encontrarse al día en el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido bajo sanción de encontrarse obligado al pago de todas las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo hasta el pago y comunicación respecto de la totalidad de las cotizaciones referidas anteriormente³⁴.

Si bien la finalidad del proyecto de ley³⁵ consistió en sancionar aquel empleador que descontaba de la liquidación del trabajador sus cotizaciones previsionales pero no las pagaba en las instituciones respectivas³⁶, es decir, a quien “retiene pero no paga”, nuestra Cuarta Sala laboral de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia amplió la aplicación de la sanción de la nulidad del despido o “Ley Bustos”, a todo empleador que al momento de darse término a la relación

³² Artículo 162 incisos 5, 6 y 7 disponen lo siguiente: “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 integro 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 periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. No será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda.”

³³ Denominada en honor a Manuel Bustos Huerta quien fue uno de los diputados quienes promovieron la moción parlamentaria junto a Rodolfo Seguel y otros diputados según indica el mensaje N° 217-339, del proyecto de Ley N° 19.631.

³⁴ Conocida judicialmente como la “Convalidación del despido”.

³⁵ La Ley N° 19.631 fue víctimas de duras críticas. Ver Palavecino Cáceres, Claudio, EL DESPIDO NULO POR DEUDA PREVISIONAL: UN ESPERPENTO JURÍDICO. *Ius et Praxis* [online]. 2002, vol.8, n.2 [citado 2021-12-20], pp.557-573. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200017&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200017>.

³⁶ Se indica en el mensaje N° 217-339 de la Ley N° 19.631.

laboral adeude el pago de las cotizaciones previsionales según indica la normativa respectiva³⁷.

En consecuencia para despedir a un trabajador se requerirá estar al día en el pago de la totalidad de sus cotizaciones de seguridad social bajo pena de continuar devengándose todas aquellas prestaciones consignadas en su contrato de trabajo hasta la entrega de la comunicación del pago de estas al trabajador.³⁸

V.2. Requisitos, presupuestos fácticos.

Ahora bien ¿Cuáles son los presupuestos para aplicar la sanción de la nulidad del despido?

Fácil:

1. Verificarse un despido.
2. Adeudarse las cotizaciones al momento del despido.

Así las cosas en el caso de encontrarnos ante un despido y adeudarse las cotizaciones de seguridad social el juez que conozca del litigio deberá decretar la sanción de la nulidad del despido ordenando el pago de las remuneraciones y

³⁷ Nuestra Corte Suprema sostiene esta postura argumentando la naturaleza de carácter declarativa de la sentencia definitiva la que viene en constatar una situación preexistente, en efecto, esta señaló lo siguiente: *“Octavo: Que a lo anterior, cabe agregar que la sentencia definitiva dictada en estos autos no es de naturaleza constitutiva sino declarativa, sólo constata una situación preexistente, en este caso, que determinados estipendios debían ser considerados como parte de la remuneración para los efectos de las indemnizaciones que proceden, en consecuencia, la obligación de pagar determinadas cotizaciones se encontraba vigente desde que se cumplieron los presupuestos para ello. En efecto, sobre la base de la existencia de una situación jurídica dada, se dedujo denuncia con el objeto que se declarara, además de lo debido del despido injustificado, que éste fue nulo e ineficaz porque las cotizaciones de seguridad social no habían sido pagadas en su totalidad, a lo que sucedió. Se constató o declaró la existencia de tal obligación, pero en ningún caso se constituyó, puesto que ésta no registra su nacimiento desde que quede ejecutoriada la decisión en que el tribunal la declaró, sino desde la fecha que 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 especificara en su sentencia, condenando a la demandada al pago de las contribuciones pertinentes; sanción que tiene por antecedente el reconocimiento del derecho que le asiste al actor, el cual también ha sido declarado.”*. Resolución de fecha 01/06/2020, número de ingreso 23.295-2019 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

³⁸ Conocida judicialmente como la “Convalidación del despido”.

demás asignaciones contenidas en el contrato de trabajo hasta verificarse la convalidación del despido.

No obstante, cabe señalar, que como en toda practica argumentativa la aplicación de la sanción de la nulidad del despido tuvo una evolución ya que en un comienzo se concibió dicha sanción exclusivamente para aquel empleador que retuvo pero no entero los dineros en los fondos previsionales para posteriormente ampliarse dicha interpretación a cualquier trabajador que se encontrara en el presupuesto fáctico de adeudarse sus cotizaciones al momento del despido atendido el carácter declarativo de la sentencia laboral.

En efecto, nuestra Excelentísima Corte Suprema señaló lo siguiente en su considerando 5º: *“y se precisa que la sentencia que declaró la existencia de la relación laboral de las partes: “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..., en que las partes la constituyeron”*³⁹.

V.3. Aplicación de la sanción de la nulidad del despido para despidos de honorarios de la administración del Estado y Municipalidades

Ahora bien, retomando el caso de Juan Pablo Vial Paillán con la Ilustre Municipalidad de Santiago y la nueva jurisprudencia laboral del máximo tribunal que lamentablemente unificó la jurisprudencia en lo referido a la exclusión de la aplicación de la sanción de la nulidad es posible sostener lo siguiente:

- Es un criterio consolidado el reconocimiento de relaciones laborales entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado (o Municipalidad) cuando las funciones se han ejecutado fuera del marco legal en la que consta su autorización bajo índices de

³⁹ Resolución de fecha 21/07/2016, número de ingreso 5421-2016 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

subordinación y dependencia. La principal consecuencia consiste en que al prestador de servicios a honorarios en caso de no renovar su contratación, se le dé término anticipado o este decida dar término a su contratación amparado en lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo⁴⁰ será acreedora de la indemnización sustitutiva de aviso previo, indemnización por años de servicios, recargo legal del 50% sobre la indemnización por años de servicios, feriados legal y proporcional junto al pago de las cotizaciones de seguridad social respectivas, es decir, AFP, salud y AFC.⁴¹

- Respecto a la sanción de la nulidad del despido, si bien se decreta el pago de las cotizaciones de seguridad social se autoriza un criterio

⁴⁰ El artículo 171 del Código del Trabajo permite al trabajador poner término al contrato de trabajo que mantiene con su empleador e interponer las acciones respectivas para exigir las indemnizaciones propias del despido junto al pago de las cotizaciones previsionales, la sanción de la nulidad del despido y cualquier otra prestación procedente. Este artículo es del siguiente tenor: *“Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento.*

Tratándose de la aplicación de las del número 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho.

Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo precedentes.

El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y oportunidad allí señalados.

Si el Tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste.

Si el trabajador hubiese invocado la causal del número 1 del artículo 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan”.

⁴¹ Estos conceptos corresponden a los más frecuentes demandados con motivo del término de la relación laboral, no obstante, al calificar estas relaciones como laborales y aplicárseles el Código del Trabajo es posible demandar cualquier concepto que la norma laboral permita, tales como denuncias por vulneraciones de derechos fundamentales o daño moral entre otros.

diferenciador para no aplicar la referida sanción (pese a encontrarnos en el presupuesto fáctico) por encontrarse los órganos de la Administración del Estado y Municipios amparados en el principio de legalidad, por estimar que las contrataciones fueron suscritas por un determinado estatuto. Aún más, la institución de la nulidad del despido se desnaturaliza por cuanto los órganos del Estado no pueden convalidar libremente el despido desvirtuando el quantum indemnizatorio las remuneraciones post-despido a las que eventualmente podría ser condenado.

VI. Crítica al criterio diferenciador como fundamento para eludir el presupuesto fáctico del artículo 162.

Pareciera que la Corte Suprema se ha apartado de criterios estrictamente jurídicos y ha comenzado a utilizar la calculadora respecto a las consecuencias de sus fallos.

En efecto, el “criterio diferenciador” en el cual se ampara el máximo tribunal para evadir la aplicación de la sanción de la nulidad del despido se basa en los siguientes argumentos⁴²:

- Los órganos de la Administración del Estado al suscribir los respectivos contratos a honorarios se encuentran amparados en la presunción del principio de legalidad excluyendo cualquiera intención de fraude a la ley.
- La sanción de la nulidad del despido contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo se desnaturaliza por cuando los órganos del Estado no cuentan con la capacidad para convalidar el despido libremente, lo que grava en forma desigual al ente público convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador.

⁴² Resolución de fecha 20/08/2018, número de ingreso 40.253-2017 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

De la mera lectura de dichos argumentos queda en evidencia del problema sin solución que la unificación del caso “Paillán con I. Municipalidad de Santiago” a traído al Fisco de Chile y sus Municipios.

En efecto, ¿cómo se entiende la argumentación relativa a un criterio diferenciador que habilita al juez para no aplicar una sanción pese a encontrarnos frente al presupuesto fáctico que ordena su aplicación?

Nuestro Código Civil es claro al señalar en su “Art. 19. *Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.*”

Por su parte, el artículo 19 de nuestra Constitución Política de La República de Chile reconoce *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”*

La defensa de la Administración (y en este caso del Poder Judicial en favor de otro poder del Estado ante la inactividad del Congreso) es paupérrima ya que sostener que no cuenta con facultades legales para contratar bajo Código del Trabajo pero si para extralimitarse de la norma que autoriza a contratar bajo esta modalidad es totalmente contradictorio e inaceptable⁴³.

Pero mas allá de descartar la presunción del principio de legalidad como argumento para excusarse de la aplicación de la sanción de la Ley Bustos, no podemos dejar de mencionar la vulneración al principio de igualdad ante la Ley

⁴³ Varas, op. cit. en nota 13, p. 438.

transgredido directamente en favor del empleador (nos encontramos en sede laboral).

¿Cómo se justifica un criterio diferenciador que clasifica trabajadores de primera y segunda categoría? ¿Por qué un trabajador contratado a honorarios por un particular si puede optar a la sanción de la nulidad y no uno cuyos servicios se originan con motivo de su contratación con el Estado (o Municipio)?

VII. Jurisprudencia, el “efecto relativo de la sentencia” un salvavidas ante la postura del máximo tribunal.

Afortunada e irónicamente, ante lo criticado que ha sido el recurso de unificación Jueces de Letras del Trabajo y Cortes de Apelaciones han comenzado a fallar en contra de esta insólita jurisprudencia aplicando el derecho como corresponde, atendido el efecto relativo de las sentencia que rige en nuestro ordenamiento.⁴⁴

Si bien desde un primer momento don Carlos Cerda manifestó su voto disidente con la nueva jurisprudencia argumentando que atendida la calificación jurídica del vínculo contractual y los supuestos fácticos acreditados, necesariamente procede aplicar la sanción prevista en el artículo 162 del Código del Trabajo. De igual postura es la actual ministra doña Gloria Chevesich en un voto disidente bastante similar al del ex ministro Cerda.⁴⁵

No obstante, siendo éste el único voto disidente de la actual jurisprudencia mayoritaria uno esperaría de tal categoría de ministra un intento por desvirtuar la actual posición y así retomar el camino del correcto derecho.

⁴⁴ Algo bastante irónico en vistas a la finalidad del recurso de unificación.

⁴⁵ Resolución de fecha 03/08/2021, en causa número de ingreso 43.955-2020, Excelentísima Corte Suprema.

Incluso la Corte de Apelaciones de Santiago a través de su 12ª Sala correspondiente al 2019 integrada por la Ministra Lilian Atenas Leyton Varela, el Ministro Guillermo Rodríguez González y la abogada integrante Pía Verena Tavolari Goycoolea fueron un poco más lejos señalando *“CUARTO: Que como se adelantó en materia de nulidad de despido, la normativa que rige la materia no hace distinción entre una relación laboral declarada o no para que proceda la sanción del inciso séptimo del artículo 162 y, por tanto, tampoco si el empleador retuvo o no el monto de las cotizaciones correspondientes, de suerte que basta que en la relación laboral el empleador no entere las cotizaciones de seguridad social para que haya lugar a la aplicación de la llamada Ley Bustos, lo que evidentemente resultaba procedente en la especie, en tanto es un hecho de la causa que dichas cotizaciones no fueron enteradas por quien debía hacerlo”* ^{46 47}

Sin embargo, quienes han intentando colocar nuevamente el cerco donde se encontraba han sido Jueces de Letras del Trabajo, en este caso, correspondiente a los Juzgados de Letras del Trabajo de Concepción⁴⁸ y Santiago⁴⁹ respectivamente.

⁴⁶ Resolución de fecha 23/08/2019, en causa número de ingreso 992-2019 (Laboral-Cobranza) Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁷ En la sentencia base se acreditó que el demandante contratado en un principio de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Nº 18.834 en favor del Instituto Nacional de Estadísticas ejecutó dichas funciones fuera del marco legal para el cual se autorizó su contratación y bajo claros índices de subordinación y dependencia acogiendo la demanda por declaración de relación laboral, despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones laborales. Resolución de fecha 20/03/2019, en causa ruc 18-4-0130914-0 / rit O-5942-2018, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁴⁸ El caso trata sobre una demanda interpuesta por 2 prestadores de servicios a honorarios contratados sobre la base de honorarios de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 18.883 pero que según sus pretensiones y tal como acreditaron en juicio según la sentencia base, dichas funciones se ejecutaron fuera de la autorización legal para contratar a honorarios y bajo claros índices de subordinación y dependencia acogiendo la demanda por declaración de relación laboral, despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones laborales en contra de la Ilustre Municipalidad de Talcahuano. Para mas información causa seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RUC 20- 4-0253101-1 / RIT O-295-2020, caratulado Gutiérrez / I. Municipalidad de Talcahuano.

⁴⁹ El caso trata sobre una demanda interpuesta por 1 prestador de servicios a honorarios contratados sobre la base de honorarios de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 18.883 pero que según sus pretensiones y tal como se acreditó en juicio según la sentencia base, dichas funciones se ejecutaron fuera de la autorización legal para contratar a honorarios y bajo claros índices de subordinación y dependencia acogiendo la demanda por declaración de relación laboral, despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones laborales en contra de la Ilustre Municipalidad de Maipú. Para mas información causa seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RUC 20- 4-0306849-8 / RIT O-7239-2020, caratulado Latorre / I. Municipalidad de Maipú.

En concepción, el Juez de Letras del Trabajo de Concepción don Eliecer Alfonso Cayul Gallegos se hizo cargo del argumento de la Corte Suprema sosteniendo que *“los órganos de la administración no pueden quedar al margen de esta obligación legal, porque no puede haber trabajadores de primera o segunda categoría, en atención al mandato constitucional contenido en los artículos 1° y 19 N°2 de la Carta Fundamental. Dejar de aplicar esta norma a los órganos del Estado, en cuyo caso se encuentra la Municipalidad de Talcahuano, sería amparar una discriminación arbitraria, doble, por un lado desde la perspectiva de los trabajadores y por el otro, desde la perspectiva de los empleadores, ya que se les mediría con rasero más estricto que el aplicado a los órganos del estado, sin que existiere una justificación proporcional que ampare dicha medida”*⁵⁰

Por su parte, don Álvaro Felipe Flores Monardes, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago ha ido incluso más lejos advirtiendo que los Órganos de la Administración del Estado han desoído la jurisprudencia regular y constante en esta materia (pese a las millonarias condenas continúan abusando de esta herramienta de contratación) debiéndose aplicárseles la sanción de la nulidad del despido dispuesta en el artículo 162 del Código del Trabajo.

En este sentido ha sostenido:

“10. El estatuto laboral es un conjunto de normas tutelares que, una vez declarado jurisdiccionalmente, hace aplicable al caso todos los extremos protectores. Efectuada la calificación jurídica, entonces, no puede más que concluirse que la terminación de los servicios por decisión del municipio, con fecha 2 de octubre de 2020, queda consecuentemente definida como una exoneración injustificada y permite atribuir el estatuto sancionatorio laboral indemnizatorio especial que deriva de las normas de los artículos 162 y 168, lo mismo que la carga previsional de la ley 17.322.

⁵⁰ Resolución de fecha 29/01/2021, en causa Rit O-295-2020, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

11. Los pronunciamientos judiciales que en casos como éste, han venido calificando la naturaleza laboral del vínculo, vienen sucediéndose desde hace al menos una década, y como doctrina regular de la Corte Suprema, a lo menos desde mediados del año 2014, por lo que, ha correspondido a toda autoridad pública con potestad de contratación en los términos del artículo 4° de la ley 18.883 (norma replicada en el artículo 10 del estatuto general), adecuar el ejercicio de la potestad pública a los fines lícitos, por lo que no resulta suficientemente fundada la argumentación de encontrarse amparada por una regla formal ni estar constreñido por la legalidad presupuestaria; desde que la primera legalidad que debe observarse es aquella que le impone que la contratación de honorarios se ajuste a los presupuestos normativos.

12. No es irrelevante entonces que la Administración pública siga desoyendo la jurisprudencia regular en sede de unificación, indiferente a la exégesis correcta que la conmina a corregir la práctica espuria de contratación, -que con todo- en una línea jurisprudencial restrictiva de los derechos laborales -que este juez no comparte como se ha dicho en 10 precedente- excluye la sanción, propia de la calificación del verdadero estatuto jurídico aplicable, que prevé el artículo 162, en sus incisos quinto y siguientes.”⁵¹

VIII. Conclusiones.

Si bien el profesor José Luis Ugarte al señalar que “*En el trabajo, antes del derecho esta el poder*”⁵² no hizo referencia a esta situación a mi parecer esta frase resulta del todo aplicable ya que no cabe argumento de derecho para sostener la actual postura de la Cuarta Sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia como tampoco otro tribunal al que acudir para corregir esta evidente infracción de derecho.

⁵¹ Resolución de fecha 23/08/2021, en causa Rit O-7239-2020, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁵² Ugarte Cataldo, José Luis, *Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo*, Chile, Legal Publishing Chile, 2018, p. 3.

En efecto, el criterio diferenciador de la Corte Suprema, no solo permite que los órganos de la Administración del Estado continúen quebrantando el principio de Buena Fe que encuentra reconocimiento explícito en el artículo 1546 del Código Civil (y aplicable plenamente al Derecho Laboral)⁵³ al contratar fuera de la autorización legal en los estatutos respectivos sino que aún más, la incentiva a continuar contratando falsos honorarios al verse eximido de la sanción mas disuasiva por excelencia, en este caso la “Ley Bustos”.

Pero aún más grave, tiene relación con las bases de esta rama especializada del derecho y sus orígenes por cuanto esta postura desprotege al falso honorario, amparando a Fisco de Chile y sus Municipios en un criterio interpretativo inexistente y en su esencia contrario al carácter protector del Derecho Laboral.

Para peor, hasta que no exista nuevamente un cambio de criterio en esta materia, es posible sostener que en Chile existen trabajadores de distintas categorías con normativas laborales diversas encontrándose aquellos falsos honorarios cuyos servicios se originan en la administración del estado discriminados ante aquellos cuyo origen fue en el sector empresarial ya que por irónico que suene efectivamente al parecer el Estado es el peor empleador y en este caso un mismo poder del estado lo avala judicialmente.

⁵³ Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 1998, p. 116.

Referencias bibliográficas

- Barbagelata, Héctor-Hugo, *El Particularismo del Derecho del Trabajo y Los Derechos Humanos*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Binder Rosas, Jaime, “La laboralización de la Función pública y la nueva gestión pública”, *Boletín oficial*, Chile, Dirección del Trabajo, Julio, 2002.
- Caamaño Rojas, Eduardo, *Revista de Derecho y Seguridad Social*, Vol. II, Chile, 2013.
- Cárcamo Righetti, Alejandro “La problemática del personal a honorarios del Estado”, *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2016.
- Díaz García, Luis Iván y otros, “La Corte Suprema ¿un tribunal para los empleadores? Estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia laboral”, *Revista de Derecho* (Valdivia) Volumen XXVIII – Nº 1 – Junio 2015.
- Gamonal Contreras, Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1998
- Gamonal Contreras, Sergio, *Fundamentos de Derecho Laboral*, Chile, Der Ediciones Limitada, 2020.
- Palavecino Cáceres, Claudio, El Despido Nulo Por Deuda Previsional: Un Esperpento Jurídico. *Ius et Praxis* [online]. 2002, vol.8, n.2 [citado 2021-12-20], pp.557-573. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122002000200017&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200017>.
- Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 1998
- Román Cordero, Cristian, “Función pública: entre la laboralización y la deslaboralización. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 3.853” *Revista de Derecho Administrativo Económico*, enero-junio 2019, Chile.

- Ugarte Cataldo, José Luis, Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo, Chile, Legal Publishing Chile, 2018
- Yáñez, Sonia y Rojas, Irene, *Empleo público en Chile: ¿Trabajo decente en el Estado? Apuntes para el debate*. Santiago de Chile, Flacso-Chile, 2017.
- Varas Marchant, Karla, “Laboralización de la función pública: admisión de personal laboral”, *Temas Laborales*, año 2013 N° 9, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Varas Marchant, Karla, “La problemática del personal a honorarios del Estado”, *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2016, Santiago de Chile.

Normativa citada

- Código del Trabajo.
- Código Civil.
- Ley N° 18.834 que aprueba Estatuto Administrativo.
- Ley N° 18.883 que aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Jurisprudencia citada

- Resolución de fecha 29/12/2009, Número de ingreso 7931-2009, Excelentísima Corte Suprema de Justicia.
- Resolución de fecha 07/09/2013, en causa RUC 13-4-0017224-7 / RIT O-1801-2013, 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.
- Resolución de fecha 24/04/2014, número de ingreso 1.483-2013, Corte de Apelaciones de Santiago.
- Resolución de fecha 01/04/2015, en causa número de ingreso 11.584-2014, Excelentísima Corte Suprema de Justicia
- Resolución de fecha 21/07/2016, número de ingreso 5421-2016 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

- Resolución de fecha 26/05/2017, ruc 7-4-0007530-1 / rit O-10-2017, Juzgado de Letras de Lautaro.
- Resolución de fecha 28/08/2017, número de ingreso 187-2017 (reforma laboral), Corte de Apelaciones de Temuco.
- Resolución de fecha 20/08/2018, número de ingreso 40.253-2017 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.
- Resolución de fecha 23/08/2019, en causa número de ingreso 992-2019 (Laboral-Cobranza) Corte de Apelaciones de Santiago.
- Resolución de fecha 20/03/2019, en causa ruc 18-4-0130914-0 / rit O-5942-2018, 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.
- Resolución de fecha 01/06/2020, número de ingreso 23.295-2019 Excelentísima Corte Suprema de Justicia.
- Resolución de fecha 29/01/2021, en causa Rit O-295-2020, seguida ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.
- Resolución de fecha 23/08/2021, en causa Rit O-7239-2020, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.