

Santiago, once de enero de dos mil veintiuno.

**Vistos y considerando:**

1.- Que tanto la parte demandante como la demandada han deducido sendos recursos de unificación de jurisprudencia, en contra de la sentencia dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve, por medio de la cual rechazaron los recursos de nulidad que, a su vez, cada una de las dos partes había intentado contra el fallo de instancia. La demandante se alzó de nulidad contra ese fallo en tanto el mismo no acogió la pretensión de su parte de declarar la llamada “nulidad del despido”, en atención a que la demandada es un ente público que, en tanto no existiera una sentencia que reconociera el carácter laboral de la vinculación y ordenara enterar las cotizaciones previsionales correspondientes, estaba legalmente impedida de hacerlo y, con ello, de convalidar el despido. Estimó la actora que tal decisión importaba vulnerar el artículo 162 del Código del Trabajo y por lo mismo, reclamando su infracción, invocó la causal de nulidad contemplada en el artículo 477 del mismo Código, lo que fue desestimado por el Tribunal de Nulidad, que consideró que la interpretación del juzgado a quo respecto del precepto primero citado se ajustó a su correcto sentido y alcance. Es esa interpretación jurídica que llevó a la Corte de Apelaciones a desestimar la nulidad, la que ahora se impugna, contrastándola el recurrente con tres sentencias de esta Corte Suprema; la primera de ellas, recaída en el rol 44.842-16 dictada en recurso de unificación de jurisprudencia, no es aplicable a la especie, pues no se trata del problema de la nulidad de despido frente al carácter público de un empleador y por ende no permite dilucidar lo que la Corte interpretara respecto de la imposibilidad de convalidar el despido, ante el que se encontraba la demandada de este juicio. Los otros dos fallos presentados para el cotejo, recaídos en los roles 100.836-16 y 381-17, ambos de esta Corte Suprema, relativos también a recursos de unificación de jurisprudencia, sí permiten el contraste requerido, demostrando que sobre la materia existen dos interpretaciones jurisprudenciales distintas, pues se oponen al criterio que ahora sostuvo la sentencia recurrida y se orientan en la línea argumental desarrollada por la demandante, respecto del punto en cuestión.



2.- Que, sin embargo de ser ello así, la jurisprudencia de esta Corte Suprema se ha asentado, con posterioridad a los fallos de contraste exhibidos por la parte actora, en el sentido que ahora ha resuelto la Corte de Santiago, y, tal como lo expresó dicho tribunal en su sentencia atacada, así ha quedado establecido, entre otras, en la sentencia de fecha 15 de mayo de 2018 recaída en la causa rol 37.266 de este Máximo Tribunal, y ello porque ha llegado al convencimiento de que la institución de 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.

3.- Que en tal sentido, 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 del despido, que supone un incumplimiento voluntario de un deber que siempre se pudo, libremente, cumplir.

4.- Que en consecuencia, concordando esta Corte Suprema con el parecer de la Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo atacado, no procede acoger el recurso de unificación de jurisprudencia intentado por la parte actora.

5.- Que la parte demandada –el Fisco de Chile- a su turno, ha deducido también recurso de unificación, en contra de la misma sentencia de la Corte de Santiago, en tanto ella rechazó el recurso de nulidad contra el fallo de instancia que ha condenado a la demandada al pago de cotizaciones de salud y al pago de cotizaciones o imposiciones de pensiones de seguridad social, correspondientes al período trabajado, luego de que la sentencia misma de instancia determinó la naturaleza laboral del vínculo.

6.- Que, ante todo, es menester reparar en que la materia de derecho que el Fisco quiere ahora sujetar a debate no fue realmente objeto del pronunciamiento decisorio de la Corte de Apelaciones, sino apenas mencionado tangencialmente, de modo general y escueto, y ello solo a mayor abundamiento. En efecto, la Corte rechazó el recurso de nulidad del demandado, que se basaba en tres causales. La primera era la contenida en la letra a) del artículo 478 del Código del Trabajo; esto es, en este caso, la incompetencia del tribunal, asunto que ninguna relación tiene con el problema jurídico que ahora se presenta, pues ya no se debate aquí la competencia del tribunal, sino la posibilidad de ordenar el entero de cotizaciones de salud, de una parte, y previsionales generales, de otro, por el período trabajado, cuando ha sido el fallo de instancia el que ha reconocido el carácter laboral del vínculo, que formalmente aparecía como contrato a honorarios. La segunda causal de nulidad que esgrimió la demandada fue la del artículo 478 letra c) del Estatuto Laboral, que tampoco tiene relación con



las materias de derecho ahora planteadas, porque lo que con aquella se buscaba era modificar la calificación otorgada por el tribunal de instancia al contrato mismo, y no debatir los efectos que el fallo pudiera otorgar a la calificación que efectuó, respecto del pago de cotizaciones anteriores a la sentencia. Por fin, la tercera causal esgrimida para reclamar nulidad fue efectivamente la del artículo 477 del Código del Trabajo, por estimarse que medió infracción de ley con influencia en lo resolutivo del fallo, y aquí sí que podría existir una conexión entre esa alegación y la materia de derecho que sostiene al recurso actual. Sin embargo, la Corte de Apelaciones rechazó, ante todo, el recurso respecto de esta causal de derecho, por dos razones que no emiten pronunciamiento acerca del punto que ahora se trae a debate. La rechazó, primero, por la inconsistencia en que incurrió la demandada al alegar como infringidos cinco grupos de normas de manera conjunta, no obstante que ellas rigen situaciones diversas e incluso incompatibles entre sí. Expresamente dice la Corte, en su motivo décimo tercero, que ese defecto formal en la interposición del reclamo “basta para el rechazo de este último motivo de impugnación”. Esto quiere decir que todo lo demás que coopera al rechazo decidido, se añade a mayor abundamiento y, por ende, no es la razón jurídica que determina la decisión.

7.- Que aun si lo anterior no fuera bastante, la Corte de Santiago continúa analizando, en su motivo décimo tercero, la causal del artículo 477 invocada por la parte demandada y añade algo fundamental: “todas las alegaciones que hace la recurrente atentan contra los hechos asentados, dado que la sentencia estableció la existencia del vínculo de subordinación y dependencia”. Es decir, la segunda razón para desechar el recurso es que el mismo, en el marco de una causal netamente de derecho, atacaba el contenido fáctico de la decisión de instancia. Es decir, de nuevo un motivo formal, ajeno por completo a la discusión jurídica que ahora se propone.

8.- Que en verdad lo anterior basta para desechar el recurso de unificación intentado por el Fisco. Con todo y finalmente, inclusive si se admitiera que los motivos décimo cuarto y décimo quinto del fallo de la Corte de Santiago permiten el examen comparativo que se reclama, porque el primero estima que no se infringió el artículo 11 del Estatuto Administrativo, ya que en la realidad el contrato suscrito con el demandante excedió los términos permitidos de la contratación a honorarios, y el segundo



razonamiento indicado concluyó que de lo anterior surgía como necesario que se ordenara el entero de las cotizaciones previsionales respectivas, solo este último motivo, particularmente escueto y que no distingue entre cotizaciones de salud y de fondo de pensiones, dice relación con las cuestiones propuestas para unificar, ya que a estas alturas no es asunto en debate, por no haberse enderezado el recurso para revisar aquello, que el tribunal de instancia y la Corte sí podían determinar, como lo hicieron, que el contrato, aunque formalmente apareciera como pactado a honorarios, generó en verdad una relación funcionaria regida por el Código del Trabajo.

**9.-** Que respecto del punto de las cotizaciones, que la recurrente desglosa en dos, dividiendo el asunto entre las cotizaciones de salud y las de fondo de pensiones, existe un obstáculo adicional, que consiste en que en sede de nulidad la Corte se limitó a indicar que si se determinaba en el fallo que la relación estaba sujeta a la legislación laboral, debían enterarse las cotizaciones, sin hacer distinción alguna entre ellas ni referirse, por tanto, al problema planteado ahora por el demandado acerca de los aportes para salud. Es decir, el problema de derecho que se quiere traer ahora para contrastar, respecto de las cotizaciones de salud, no fue materia de derecho objeto de la sentencia, como debería serlo para que este recurso pudiera prosperar, de acuerdo a la exigencia del artículo 483-A del Código del Trabajo.

**10.-** Que respecto de la cuestión general acerca de si el fallo declarativo puede permitir, o no, imponer la carga de enterar imposiciones en forma retroactiva, se presentan para contraste, en efecto, sentencias de Tribunales Superiores que han adoptado posturas distintas; unas para decir que teniendo la sentencia un carácter declarativo, la relación sujeta al orden laboral existió siempre, y por ende debían enterarse las cotizaciones, y otras para afirmar que, como el Fisco no pudo pagar esas cotizaciones en su momento, no puede admitirse que el fallo, que solo al expedirse concede carácter laboral a esa relación, ordene tal pago retroactivo.

**11.-** Que esta Corte tampoco podría acoger la unificación en el sentido que se propone por el recurrente, si el análisis se adentra al fondo jurídico de lo controvertido, no solo porque ya dijimos que no hubo decisión de la Corte de Apelaciones acerca de los puntos particulares relativos al posible enriquecimiento sin causa que se denuncia favorecer a la Institución



Previsional de Salud (y ello no por inadvertencia del Tribunal de Nulidad, sino por lo mismo que el recurso de nulidad ya se había dado por rechazado sobre la base de las razones formales que antes señalamos, además de que ese punto no se alegó en la contestación de la demanda), sino adicionalmente, y en cuanto a la cuestión general de la condena a enterar cotizaciones por el período trabajado, no cabría tampoco acoger lo propuesto por el Fisco porque la correcta doctrina es la que expone el fallo atacado. En efecto; siendo, como lo es, 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.

**12.-** 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 citadas a propósito del recurso del actor, 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, incumpléndose 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 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. Por tanto, carece de sustento la tesis que el demandado quiere imponer y ello lleva también, aunque solo a mayor abundamiento, al rechazo de su pretensión.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, **SE RECHAZAN** los recursos de unificación de jurisprudencia intentados por la parte demandante y por la parte demandada en contra de



la sentencia de ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, dictada con fecha veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve en sus autos Rol 1099-2019.

Se **previene** que el Ministro Sr. Silva Cancino y el Ministro suplente Sr. Mera concurren al rechazo del recurso de unificación presentado por la parte demandante, teniendo para ello únicamente presente las razones que siguen:

**Primero:** Que si bien la sentencia de instancia que decidió el carácter laboral de relación habida entre las partes, es de carácter declarativo y no constitutivo, lo cierto es que ello no hace que sea aplicable a la especie la sanción de nulidad de despido, con independencia de que el demandado sea o no un ente público. En efecto; la así llamada “nulidad de despido” en verdad no es tal, porque el vínculo contractual entre las partes ha quedado disuelto y la prueba de ello es que el trabajador no conserva obligación alguna. Luego, esta institución no es otra cosa, jurídicamente hablando, que una sanción consistente en un pago equivalente a las remuneraciones que estaban vigentes al tiempo de despedir, con el consiguiente entero de cotizaciones, hasta la convalidación. Ahora bien, la razón de ser de sanción tan gravosa no es simplemente la existencia de una deuda, pues ello se soluciona con el pago de la misma, con sus reajustes, intereses y multas pertinentes, ni tampoco la indemnización de un perjuicio, que la ley no exige como requisito para el efecto descrito. La razón de ser es la suerte de apropiación de dinero ajeno que la infracción supone, dada la retención obligatoria de parte de la remuneración 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).

**Segundo:** 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 que descansa la sanción del artículo 162 en estudio cae, sea cual fuere la calidad jurídica del empleador. El resultado al que se arriba con esta doctrina es el mismo al que llegó el fallo de instancia y el de nulidad, aunque sea por una razón diversa, de suerte tal que no es posible unificar la jurisprudencia en el sentido propuesto por el actor, tampoco para los ministros que sostienen esta prevención.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro suplente Sr. Raúl Mera Muñoz.

**Rol N° 33.234-2019**

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., ministros suplentes señores Rodrigo Biel M. y Raúl Mera M., y el abogado integrante señor Antonio Barra R. No firman el ministro suplente señor Mera y el Abogado Integrante señor Barra, obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber cesado en sus funciones y estar ausente al momento de firmar respectivamente. Santiago, once de enero de dos mil veintiuno.







XZXSSVXYWT

En Santiago, a once de enero de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

