

# **LA NULIDAD DEL DESPIDO Y SU APLICACIÓN EN EL TRABAJO INFORMAL**



**Contrato de fecha 10.03.2016**

**Solicitante: Comité de Senadores DC**

El presente informe se realiza en el marco de contrato firmado con fecha 10 de marzo del 2016, entre el Comité de Senadores del Partido Demócrata Cristiano y el Centro Democracia y Comunidad.

Prestación de servicios a honorarios del Centro Democracia y Comunidad, serán prestados en las condiciones que requieran los Senadores, ya sea en servicios de asesorías en elaboración de propuestas de asesorías legislativas permanente y confección de informes de seguimiento de tramitación de leyes.

Los servicios se prestarán en las condiciones que se requieran; mediante documentos, preparación o participación en informes, minutas, correos electrónicos, trabajos de todo tipo de soporte u otros semejantes; comparecencia personal en reuniones de trabajo o colaboración en actividades en terreno o similares, o consultas verbales, sean personales, telefónicas o de índole análoga.

Ya que la asesoría que presta la CDC para el Comité de Senadores del Partido Demócrata Cristiano es de confianza y de que las obras a que pueda dar origen se producirán por encargo de los Senadores para quedar a disposición de este Comité con vista al ejercicio de su labor parlamentaria, el Centro de Estudios acepta que no le son aplicables las disposiciones de la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

LA NULIDAD DEL DESPIDO POR COTIZACIONES PREVISIONALES IMPAGAS

1. El objeto de la nulidad del despido.
2. La naturaleza jurídica de la nulidad del despido.
3. El ámbito de aplicación de la figura de la nulidad del despido.
  - 3.1. El concepto de cotizaciones previsionales establecido en el artículo 162 del Código del Trabajo.
  - 3.2. Las conductas sancionadas por el artículo 162 del Código del Trabajo.
4. El efecto del incumplimiento del pago de cotizaciones previsionales.
5. La convalidación del despido.
6. La acción de nulidad del despido.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA NULIDAD DEL DESPIDO EN LAS RELACIONES LABORALES ESTABLECIDAS EN SENTENCIAS.

1. El trabajo informal.
2. La doctrina de la sentencia declarativa.
3. La doctrina de la sentencia constitutiva.

CONCLUSIONES.

REFERENCIAS.

## INTRODUCCIÓN.

Con la finalidad de desincentivar la facilidad con que con la cual algunos empleadores no pagaban las cotizaciones previsionales de un trabajador a lo largo de su relación laboral, la Ley N° 19.631 introdujo la sanción de nulidad del despido cuando aquello se produjese.

Con anterioridad a la dictación de esta norma, el trabajador que se percataba de la deuda previsional en que había incurrido su empleador sólo podía exigir su pago a través de un procedimiento que establece la Ley N° 17.322. No obstante, era muy regular que el trabajador sólo tomara conocimiento concreto de una situación de deuda previsional al momento del cese de la relación laboral, debiendo él mismo gestionar el inicio y desarrollo de un juicio de cobranza previsional, lo que a fin de cuentas terminaba por colocar al trabajador en la posición más precaria respecto al manejo y percepción efectiva de los dineros.

Para superar dicha situación, la sanción que introdujo la Ley N° 19.631 establece que el empleador deberá pagar al trabajador todas las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato, incluidas las cotizaciones de seguridad social, desde la fecha del despido hasta la fecha en que el empleador le comunique por carta certificada que ha enterado las respectivas cotizaciones, sin estar obligado el trabajador a prestar servicios por dicho periodo.

De esta manera, el legislador incentiva al empleador a que tenga más cuidado en descontar de las remuneraciones del trabajador los dineros destinados obligatoriamente por ley a cotizaciones de seguridad social, declararlos por los montos que corresponden y enterarlos efectivamente en las entidades que deban administrarlas.

Esta normativa no ha estado exenta de discusiones, es por esto que a través del presente informe analizaremos en el primer capítulo el objeto de la sanción de nulidad del despido, su naturaleza jurídica, su ámbito de aplicación y cuáles son sus efectos para el empleador y trabajador.

En la segunda parte de este informe analizaremos la situación de aquella categoría de trabajadores que carece de contrato de trabajo, los cuales se encuentran en un ámbito de desprotección y precariedad laboral. Desde este punto de vista, examinaremos las distintas líneas jurisprudenciales de los fallos que declaran una relación laboral y cuáles son sus efectos en los derechos laborales que de ellas derivan.

CAPÍTULO PRIMERO  
LA NULIDAD DEL DESPIDO POR COTIZACIONES PREVISIONALES IMPAGAS

Para poder comprender a cabalidad los alcances que genera la institución de la nulidad del despido en el trabajo informal, y de esta forma realizar un análisis crítico de las sentencias que sobre dicha materia han dictado los tribunales de justicia, se hace imprescindible tener un conocimiento completo y profundo acerca de la sanción establecida por la Ley N° 19.631. Sin este entendimiento, la tarea de fundamentar posibles errores o aciertos de la jurisprudencia que se ha de analizar se torna muy difícil de realizar, ya que no se contará con las herramientas dogmáticas laborales suficientes tan importantes en este ámbito.

Dado lo anterior, la comprensión sobre el sentido y alcance de la institución de la nulidad del despido, así como de su objeto, características y efectos que su aplicación generan, son del todo relevantes para lograr un análisis serio y fundado de la divergente jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la misma, especialmente respecto de las relaciones laborales no contractualizadas, donde la vulneración de los derechos laborales se acentúan, atentando gravemente la dignidad de los trabajadores.

Ello es justamente lo que justifica el estudio de esta materia, la cual tiene una gran incidencia incluso en la protección de las instituciones de seguridad social. Tener plena conciencia de las implicancias que conllevan estas instituciones del derecho del trabajo, nos permitirá abordar con mucha mayor facilidad el fin último de esta investigación, cual es, el análisis crítico de la aplicación de la nulidad del despido en el falso trabajo autónomo. Esta es la principal razón para explicar, ante todo, la extensión de este apartado cuya dirección principal es explicar los elementos y características de la sanción de nulidad del despido.

1. EL OBJETO DE LA NULIDAD DEL DESPIDO.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.631, constituía una práctica habitual por parte de algunos empleadores el no pagar, a las instituciones previsionales respectivas, las imposiciones que descontaban de las remuneraciones de sus trabajadores, en circunstancias que ellos actuaban como meros depositarios de dichos montos. Dicha conducta se producía impunemente debido a la débil normativa que garantizaba el pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador al momento del despido de un trabajador. Conforme lo establecía el precepto contenido en el inciso primero del artículo 162 del Código del Trabajo, el despido era válido siempre que el empleador, en el aviso de despido, le comunique al trabajador el estado en que se encuentran las imposiciones previsionales. Resulta evidente la insuficiencia de dicha exigencia, máxime que, como se ha señalado, se trata de descuentos ya efectuados a la remuneración del trabajador y que el empleador no cumplió con su ineludible obligación de integrarlos en los respectivos organismos previsionales.

El hecho de declarar y no pagar las cotizaciones previsionales aparentaba el otorgamiento de un crédito por los trabajadores a los empleadores, en circunstancias que se infligía un daño económico al sector más débil en la relación laboral. Esta situación se presentaba asiduamente respecto de aquel sector de trabajadores que poseen las condiciones laborales más desfavorables. Respecto de los trabajadores agrícolas de temporada, por ejemplo, los cuales tienen comúnmente un contrato de una duración de dos meses, habiéndose efectuado el descuento del 20% por concepto de cotizaciones previsionales, éste ni siquiera se declaraba, convirtiéndose en un apoyo financiero directo para los empresarios. Esta irregularidad también se evidenciaba con frecuencia en el área forestal, donde regularmente los contratos también tienen la misma duración, efectuándose la deducción por conceptos previsionales, pero que no era pagada en la AFP correspondiente. Dichas situaciones son ejemplificadoras de las constantes vulneraciones a los derechos laborales que sufrían aquellos trabajadores que se encontraban en las condiciones contractuales más desfavorables; por un lado, encontramos aquellos trabajadores cuyo empleador simplemente no declara la deducción de las cotizaciones previsionales de su remuneración, y por otro lado, encontramos aquellos trabajadores cuyo empleador declarando el pago de las cotizaciones previsionales, no entera dichos montos en la institución previsional respectiva.

En uno y otro caso, los procedimientos y sanciones establecidos para la obtención del cumplimiento por parte del empleador eran ineficaces.

Respecto de las cotizaciones declaradas y no pagadas, la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, a través de su circular N° 336, estableció un procedimiento para la cobranza judicial de las cotizaciones previsionales, disponiendo que las instituciones previsionales tendrán un plazo de 180 días contado desde el día de cierre del período de declaración y no pago del mes correspondiente, para realizar cobranzas prejudiciales en contra de los deudores de dichas cotizaciones. Transcurrido dicho plazo, deberán presentar las acciones judiciales conducentes a obtener el cumplimiento de la obligación de pago en contra de los empleadores morosos, más reajustes e intereses penales que resulten procedentes.

Por su parte, si el empleador no efectúa oportunamente la declaración o si ésta es incompleta o errónea, la sanción aplicable corresponde a una multa a beneficio fiscal de 0,75 U.F. por cada trabajador cuyas cotizaciones no se declaren o cuyas declaraciones sean incompletas o erróneas, sin perjuicio de los recargos aplicables a la deuda.

Por lo tanto, ante los posibles incumplimientos en el pago de las cotizaciones previsionales por parte de los empleadores, sólo cabía la interposición de una demanda para obtener el cobro de dichos montos impagos, cuya tramitación contempla plazos que le otorgaban al empleador un holgado tiempo para enterar los montos que inescrupulosamente no había pagado. Además, en muchos casos, los montos adeudados por los empleadores eran inferiores al costo que debía asumir el demandante para iniciar un juicio ejecutivo, por lo que se desistían de interponer las acciones judiciales procedentes, quedando impune la conducta del empleador. Por otro lado, con la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores, los empleadores modifican sus domicilios, dificultando la notificación de las demandas de cobranza.

Estas circunstancias conllevaban a que el año 1999, según los datos entregados por la Superintendencia de Aseguradoras de Fondos de Pensiones a la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, se registraban aproximadamente M\$70.000.000.- (setenta mil millones de pesos) adeudados por concepto de cotizaciones previsionales no declaradas, y M\$150.000.000.- (ciento cincuenta mil millones de pesos) adeudados por concepto de cotizaciones previsionales declaradas y no pagadas.

De esta manera, es posible evidenciar que el sistema no contaba con un control efectivo que asegurara la recaudación de la totalidad de los recursos que debía haber enterado el empleador en razón de los derechos de seguridad social de que son titulares los trabajadores. En definitiva, no bastaban ni eran suficientes las normas legales que posibilitaban la fiscalización y la persecución de las responsabilidades a través del procedimiento ejecutivo.

Dichas circunstancias traían consigo perniciosas consecuencias en los trabajadores, quienes ven burlados sus derechos previsionales. A causa del no pago de sus cotizaciones previsionales, al momento de jubilar un trabajador, recibirá una pensión exigua que no le permitirá vivir de acuerdo a sus necesidades a consecuencia de la apropiación indebida de su dinero en que ha incurrido su ex empleador. Ello incide sustancialmente en el sistema de pensiones, toda vez que éste descansa en las cotizaciones previsionales que, precisamente, deber ser enteradas en la cuenta de capitalización individual del trabajador y que determinan su pensión futura. Del mismo modo, el no pago de dichas cotizaciones repercute en el Estado pues éste debe hacerse cargo de las jubilaciones de aquellos trabajadores que no reúnen el mínimo de cotizaciones para poder pensionarse, a través de un subsidio, el cual se ve motivado por el incumplimiento en que ha incurrido el empleador. Finalmente, a causa del no pago del aporte para salud, las personas se ven constreñidas a dirigirse a los servicios de salud públicos, quienes no pueden negar la atención a quienes se lo demanden. Una vez que el sector público requiere la devolución de los gastos que ha incurrido en dichas atenciones, las ISAPRES son reticentes al pago.

Las consecuencias anteriormente indicadas fundamentaron la necesidad de generar una normativa no sólo a hiciera justicia social, sino también que resolviera el caso individual de tantos trabajadores que, cuando jubilan, reciben pensiones miserables, y que al investigar qué ha pasado con sus cotizaciones, se enteran de que tienen grandes vacíos, años, incluso décadas en que algún empresario, que ya no existe, dejó de pagar, y los pensionados no tienen a quién recurrir para llenar esas lagunas.

De esta manera, la ley N° 19.631 ha tenido por objeto imponer la obligación de pago de las cotizaciones previsionales atrasadas por parte del empleador, como requisito previo a que éste pueda dar por terminada la relación laboral, lo que importa una protección del derecho de la Seguridad Social al momento del despido. Así, la referida ley ha fijado un mecanismo de protección de un derecho indivisible, toda vez que la remuneración de un trabajador no puede separarse de las cotizaciones previsionales. Esto ha generado de que efectivamente enteren los dineros que han descontado de las remuneraciones de los trabajadores, so pena de que si despiden a un trabajador, dicho acto se declarará nulo, persistiendo su obligación de pagar sus remuneraciones hasta la fecha en que se verifique el pago de las cotizaciones adeudadas, permitiendo que el trabajador, pueda acceder a la protección de Seguridad Social que le brinda el sistema previsional.

## 2. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA NULIDAD DEL DESPIDO.

El Código del Trabajo no formula de manera expresa cómo ha de entenderse la institución de la nulidad para los efectos de las relaciones laborales, por lo cual, las referencias que al respecto ha formulado la doctrina se originan en la aplicación general y supletoria de las normas del derecho civil en cuanto derecho común y general<sup>1</sup>. Sin embargo, este vacío no puede ni debe ser superado a través de la aplicación lisa y llana de la supletoriedad, sino que necesariamente deben adaptarse sus efectos por medio de la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo<sup>2</sup>. De esta manera, deben adecuarse los efectos de la nulidad civil a la naturaleza del acto o contrato al cual se aplicará, esto es, al despido como acto que pone término a la relación laboral.

No obstante lo anterior, el artículo 162 del Código del Trabajo delimita expresamente algunos efectos de la nulidad aplicada al despido, a partir de lo cual es preciso analizar cada uno de estos aspectos a fin de determinar la naturaleza jurídica de la nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales.

El legislador, por medio del artículo 162 inciso quinto del Código del Trabajo, estableció una sanción de ineficacia jurídica por omisión de un requisito esencial para la validez de un acto jurídico; el empleador, para proceder al despido de un trabajador, “deberá informar por escrito el estado de pago de cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”. De acuerdo a esta disposición, es nulo el despido si el empleador no cumple con el deber de información señalado en la norma, el que comprende el deber de acompañar los antecedentes que acrediten el cumplimiento de la obligación de pagar las cotizaciones previsionales. De esta sanción de nulidad podemos distinguir las siguientes características que la apartan de la nulidad civil:

a) *En cuanto al vicio que genera la nulidad.*

La nulidad puede ser de dos clases, absoluta, si la omisión es de un requisito que se exige en consideración al acto en sí mismo, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan y relativa, si la omisión es de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de esas personas<sup>3</sup>. De acuerdo a esta división establecida en el artículo 1682 del Código Civil, la nulidad que estamos analizando se trataría de una nulidad absoluta, debido a que el legislador ha establecido esta sanción en consideración a que el acto jurídico de despido carece de uno de sus requisitos internos para que tenga validez, esto es, el deber de comunicación y acreditación del pago de las cotizaciones previsionales del trabajador. El incumplimiento de esta obligación

---

<sup>1</sup> Común, porque todas las relaciones jurídicas entre las personas que no estén reguladas por otra rama especial del derecho, lo están por éste, y general, en razón de que regula las relaciones jurídicas más comunes de los seres humanos.

<sup>2</sup> OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, *La función supletoria de las normas de derecho civil* (Santiago de Chile, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 2012), III, p. 103.

<sup>3</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998), II, p. 320.

constituye un vicio o defecto del acto jurídico mismo del despido, ya que la Ley 19.631 ha elevado a la categoría de requisito de validez del acto el deber de comunicación del pago íntegro de las cotizaciones previsionales del trabajador.<sup>4</sup>

b) *En cuanto al saneamiento del acto por ratificación de las partes.*

El artículo 162 inciso sexto del Código del Trabajo establece que el despido que adolece del vicio de nulidad de que trata dicha disposición puede convalidarse mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por la institución previsional respectiva en que se acredite dicho pago. El artículo 1683 del Código Civil señala, por su parte, que la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes<sup>5</sup>, mientras que la nulidad relativa sí admite la ratificación del acto de acuerdo al artículo 1684 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, de acuerdo a este criterio la nulidad del despido se asimilaría más a la nulidad relativa debido a la posibilidad de saneamiento por convalidación del acto que ofrece esta institución.

c) *En cuanto a los efectos de la nulidad con respecto a las partes.*

La nulidad, en cuanto a sus efectos, no admite la distinción entre nulidad relativa y nulidad absoluta, por tanto, lo que se predica sobre la materia rige para ambos tipos de nulidad. Al respecto, uno de sus efectos es que, de acuerdo al artículo 1687 del Código Civil, la nulidad declarada judicialmente da derecho a que las partes sean restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido acto o contrato alguno. De esta forma, dicha disposición da a las partes el derecho de exigirse recíprocamente la restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del acto o contrato, para lo cual deben aplicarse las normas sobre prestaciones mutuas del Código Civil. Sin embargo, en la nulidad del despido no se producen tales efectos debido a la naturaleza misma del acto de que se trata; el despido es un acto jurídico unilateral cuyo objeto es poner término al contrato individual de trabajo, por lo tanto, si aplicáramos los efectos de la nulidad civil, las partes deberían volver al estado en que se encontraban antes del despido, es decir, el trabajador debería reincorporarse a sus funciones bajo dependencia y subordinación del empleador quien, a su vez, debería pagarle sus remuneraciones como si el acto de despido no hubiese existido. Este último es el único efecto que al respecto establece el Código del Trabajo el cual, según su artículo 162 inciso séptimo, señala que declarada judicialmente la nulidad del despido el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, incluidas las cotizaciones de seguridad, desde la fecha del despido hasta la fecha en que el empleador le comunique por carta certificada que ha enterado las respectivas cotizaciones, sin estar obligado el trabajador a prestar servicios por dicho periodo. De acuerdo a esta norma adquiere sentido lo que señala la última parte del inciso quinto de la norma mencionada, en cuanto la omisión del requisito esencial para

---

<sup>4</sup> En contra, el profesor Palavecino Cáceres sostiene que la nulidad del despido no encuentra su origen en defectos o vicios del acto jurídico mismo, ya formales, como pudiera ser el omitir la invocación de una causal legal, el aviso escrito o la autorización judicial previa; ya de fondo, vale decir, por fundarse la decisión extintiva en una causa ilícita.

<sup>5</sup> Si bien el Código del Trabajo habla de convalidación mientras que el Código Civil de ratificación, ambos términos son sinónimos de acuerdo a la RAE; *convalidar* significa confirmar o revalidar un acto jurídico, en tanto *ratificar* significa aprobar o confirmar actos dándolos por valederos y ciertos.

la validez del acto de la que se trata la nulidad del despido no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo, sin embargo, sí pone fin a las obligaciones del trabajador, en cuanto no tendrá el deber de prestar servicios personales bajo dependencia o subordinación del empleador, porque el contrato de trabajo se ha terminado.

En virtud de estas características propias de la nulidad del despido es que tanto la doctrina como la jurisprudencia la han definido como una nulidad especial, la cual se traduce en la privación de los efectos normales del despido, mientras no se proceda a la convalidación de éste mediante el pago de las imposiciones morosas, manteniéndose vigente, entretanto, la obligación del empleador de pagar la remuneración pactada y demás prestaciones establecidas en el contrato. La ley, en este caso, no contempla como efecto la reincorporación del trabajador a sus labores lo que, según algunas sentencias, “equivale a una suspensión relativa de la relación de trabajo”<sup>6</sup>, circunstancia que lo distingue de la nulidad civil, constituyendo esta institución una nulidad *suis generis*.

### 3. EL AMBITO DE APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA NULIDAD DEL DESPIDO.

Tal como lo hemos señalado en el primer acápite de este trabajo, la finalidad de la nulidad del despido consiste en que el empleador cumpla con la obligación de pago de las cotizaciones previsionales del trabajador antes de dar por terminada la relación de trabajo, sin embargo, la procedencia de esta sanción el legislador la ha definido sólo respecto de determinadas causales de terminación del contrato de trabajo. En efecto, el artículo 162 inciso quinto del Código del Trabajo hace referencia expresa a las causales de término establecidas en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 159 (vencimiento del plazo convenido en el contrato, conclusión del trabajo o servicio y caso fortuito o fuerza mayor, respectivamente), en los artículos 160 (causales de caducidad del contrato de trabajo) y 161 del Código del Trabajo (necesidades de la empresa).

De acuerdo a las normas anteriormente mencionadas, “no procede la sanción por incumplimiento de las obligaciones previsionales en caso de renuncia voluntaria del trabajador y cuando el contrato termina por mutuo acuerdo”<sup>7</sup>. Dicha exclusión se explica porque la sanción de nulidad sólo opera cuando haya precedido un despido, el cual es definido como “un acto jurídico unilateral, constitutivo, recepticio y fundado en la autonomía negocial, dirigido a la resolución de la relación de trabajo por voluntad del empleador”<sup>8</sup>. De esta manera, al no mediar un acto unilateral del empleador que ponga fin a la relación de trabajo en los casos de renuncia voluntaria del trabajador, terminación por mutuo acuerdo y muerte del trabajador, no es procedente la sanción de nulidad establecida en el artículo 162 de Código del Trabajo, sin embargo, dicha circunstancia no lo libera de la obligación de enterar las cotizaciones previsionales que haya descontado de las

---

<sup>6</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, fecha 22 de enero de 2001, causa rol N° 4324-00, cit. por PALAVECINO CÁCERES, Claudio Andrés, *El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico*, en *RIEP*. 2 (2002), p. 560.

<sup>7</sup> TAPIA GUERRERO, Francisco, *Fallos laborales comentados 2004. Orientaciones jurisprudenciales* (Santiago de Chile, 2005), p. 35.

<sup>8</sup> DONOSO GOMIEN, María Patricia, *Protección de las instituciones de Seguridad Social en el despido*, en ROJAS MIÑO, Irene (ed.), *Cincuenta años de la Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social: homenaje* (Santiago de Chile, 2011), p.430.

remuneraciones del trabajador las cuales, en caso de incumplimiento, podrán ser demandadas por medio del procedimiento establecido en la Ley 17.322.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema ha señalado que la nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales no sería aplicable cuando el contrato de trabajo terminare por la causal de vencimiento del plazo o conclusión de la obra o servicio, debido a que las causales 4 y 5 del artículo 159 del Código del Trabajo “no son propiamente causales de despido consecuencia de una decisión unilateral del empleador en terminar el contrato, sino que constituyen causas de terminación tal, mutuamente ya conocidas, consentidas y aprobadas por ambos contratantes”<sup>9</sup>.

El mismo razonamiento se ha sostenido en el caso del despido indirecto, en razón de que al tenor de lo dispuesto en el artículo 162 “se exige de una actitud activa del empleador en el despido del trabajador, es decir, que éste por decisión unilateral haya puesto término a la relación laboral”<sup>10</sup>.

La interpretación al ámbito de aplicación y extensión de la acción de la nulidad del despido que ha hecho la Corte Suprema es del todo errada y desprovista de la rigurosidad necesaria para determinar el sentido y alcance de una acción que involucra derechos fundamentales de los trabajadores. La intención o espíritu de la Ley 19.631, claramente manifestado en la historia de la misma, ha sido sancionar al empleador cuando se pone término a la relación laboral existiendo cotizaciones de seguridad social impagas, por lo cual, dicha sanción debe aplicarse también en aquellos casos en que se pone término al contrato de trabajo por aplicación de las cláusulas que previamente han consentido las partes. Por lo demás, el artículo 162 inciso quinto del Código del Trabajo que delimita el ámbito de aplicación de esta sanción, para tales efectos hace una remisión a las causales de terminación del contrato señaladas en los incisos anteriores, dentro de las cuales se encuentran las causales de los numerales 4 y 5 del artículo 159.

Finalmente, si bien la sanción del artículo 162 habla de “despido”, se debe entender que el despido indirecto contemplado en el artículo 171 del Código del Trabajo, aun cuando es ejercido por el trabajador, es la réplica a la decisión unilateral del empleador renuente al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, motivo por el cual no se puede atribuir el fin de la relación laboral a la voluntad del trabajador, por cuanto si éste no verifica en el juicio los requisitos del despido indirecto, se entenderá que él mismo renunció al contrato. Debe precisarse que “la incompatibilidad que algunos plantean entre ambas instituciones no existe, dado que la acción de nulidad del despido sanciona la conducta morosa del empleador en sus obligaciones impuestas por ley relativas a seguridad social y la acción del artículo 171 del Código del Trabajo, tiene por finalidad permitir al trabajador finalizar la relación laboral cuando su empleador incurre en las causales de caducidad”<sup>11</sup>,

---

<sup>9</sup> VILLALOBOS VALENZUELA, Fernando, *Consecuencias para el empleador por el no pago de cotizaciones previsionales al momento del despido de un trabajador*, en MDCL. 265 (2007), p. 59.

<sup>10</sup> TAPIA GUERRERO, Francisco, cit. (n. 7), p. 35.

<sup>11</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, fecha 14 de mayo de 2010, causa rol N°212-2010, considerando segundo.

siendo los distintos los objetivos y consecuencias entre ambas instituciones y, por lo tanto, compatibles.

Por otro lado, para delimitar de manera más acabada el ámbito de aplicación de la sanción de nulidad del despido, debemos determinar qué se entiende por cotizaciones previsionales según el artículo 162 del Código del Trabajo y cuáles son las conductas sancionadas por el mismo, a pesar de las someras referencias que con anterioridad hemos señalado.

### 3.1. EL CONCEPTO DE COTIZACIONES PREVISIONALES ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

El legislador no ha establecido qué debemos entender por cotizaciones previsionales para los efectos del artículo 162 del Código del Trabajo, lo cual es esencial para determinar la extensión del vicio que origina la nulidad del despido. Este vacío fue advertido por la Dirección del Trabajo la cual ha informado, mediante el dictamen N° 5230/0231 de fecha 3 de agosto de 2003, que se entienden integrantes del concepto de cotización previsional - en concordancia con el artículo 177 del Código del Trabajo -, las siguientes prestaciones:

- Las cotizaciones previsionales estatuidas para financiar el régimen de pensiones, ya sea del antiguo como del nuevo sistema de pensiones. En este último caso, se deben entender incluidas tanto las remuneraciones imponibles para la cuenta de capitalización individual, como las cotizaciones adicionales que sean procedentes conforme a los artículos 17 y 17 bis del Decreto Ley N° 3.500.
- Las cotización del 7% de la remuneración imponible para el seguro social de salud, la que podrá ser superior en el caso de los afiliados a ISAPRE<sup>12</sup>.
- La cotización para el seguro de desempleo, si correspondiere<sup>13</sup>.

A pesar de dicho pronunciamiento de la Dirección del Trabajo el cual ha sido acogido por la jurisprudencia judicial, perdura la discusión en torno a si deben entenderse incluidas dentro de este concepto las cotizaciones previsionales de carácter voluntarias establecidas en el Decreto Ley N° 3.500. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “ajustándose al espíritu de la norma, en el contexto de la ley que la concibió, el efecto suspensivo de la terminación de la relación laboral y las gravosas consecuencias

---

<sup>12</sup> Cabe hacer presente que también se incluye dentro de esta prestación la cotización del 0,6% con cargo al 7% aludido, que se entera en una Caja de Compensación de Asignación Familiar en el caso de los trabajadores afectos a FONASA, cuyos empleadores se encuentren afiliados a dichas entidades, en cuyo caso se entera a través del Instituto de Normalización Previsional el 6,4 % restante. que deben entregarse en FONASA, o que, como consecuencia de la desafiliación de dicho Fondo, haya de enterarse en la respectiva ISAPRE.

<sup>13</sup> Al respecto, el artículo 11 de la Ley N° 19.728 señala que el no pago de las cotizaciones del seguro de desempleo por parte del empleador le acarrea a éste multas, y el pago de intereses y reajustes. El inciso final de dicha norma expresa que “*las sanciones establecidas en el mencionado artículo son sin perjuicio de las contenidas en la Ley N° 19.361*”. Como se puede apreciar, la norma ha hecho una errada remisión normativa, debiendo haberse referido a la Ley N° 19.631, haciendo aplicable así la sanción establecida en la denominada Ley Bustos. No obstante de dicho error del legislador, aquello no ha sido obstáculo para hacer aplicables los efectos de la nulidad del despido frente al no pago del seguro de desempleo.

pecuniarias que tal vulneración conlleva, obligan a su interpretación y aplicación restrictiva”<sup>14</sup>, concluyendo que el objeto de la ley ha apuntado a garantizar el cumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales obligatorias, no siendo extensiva la sanción del artículo 162 del Código del Trabajo respecto de las cotizaciones previsionales voluntarias. Tal criterio de interpretación no se ajusta a los principios que rigen el Derecho del Trabajo, en particular, al principio *in dubio pro operario*, según el cual “el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, debe ser aquel que sea más favorable al trabajador”<sup>15</sup>, debiendo interpretarse la norma en el sentido de que deben entenderse incluidas las cotizaciones previsionales voluntarias, toda vez que el artículo 162 del Código del Trabajo no establece ninguna distinción en torno al origen voluntario u obligatorio de las cotizaciones previsionales, debiendo ser aplicable a ambas dicha sanción<sup>16</sup>.

### 3.2. LAS CONDUCTAS SANCIONADAS POR EL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

Conforme lo señalado en el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, dos son las conductas obligatorias que el empleador debe practicar al proceder al despido de un trabajador; informar por escrito el estado de las cotizaciones previsionales devengadas al último día del mes anterior al despido, y pagar efectivamente dichas cotizaciones previsionales por el monto que corresponda.

Las consecuencias ante el incumplimiento de las señaladas obligaciones del empleador son distintas en uno y otro caso. De acuerdo al inciso octavo del artículo 162 del Código del Trabajo, la omisión del aviso o los errores en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones, en cuanto no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales no producen el efecto de invalidar la terminación del contrato, constituyendo tales situaciones una infracción que debe ser sancionada conforme al artículo 506 del Código del Trabajo. En tanto, si el empleador no efectúa el íntegro de las cotizaciones previsionales del trabajador al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo, dando lugar a la denominada “nulidad” del despido, lo cual se vincula con el objeto de dicha institución en el sentido de que el artículo 162 impone una severa sanción al empleador que habiendo retenido los dineros necesarios para enterar las cotizaciones previsionales del trabajador, no realiza el íntegro o entero pertinente en el organismo autorizado. Es decir, castiga al empleador “que no cumple con su rol de intermediario entre el trabajador y la entidad previsional correspondiente, sino que mantiene en su patrimonio dineros que no le pertenecen”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, fecha 25 de octubre de 2006, causa rol N° 659-05, cit. por VILLALOBOS VALENZUELA, Fernando, *¿Procede la Ley Bustos por no pago de cotizaciones voluntarias?*, en *MDCL. 261* (2007), p. 176.

<sup>15</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*<sup>3</sup> (Buenos Aires, 1998), p. 84.

<sup>16</sup> A mayor abundamiento, la Dirección del Trabajo, mediante el dictamen N° 4550/02 de fecha 26 de marzo de 2002, ha declarado que desde el momento que el trabajador optare por la realización de aportes previsionales voluntarios, dichos dineros revisten la naturaleza de un descuento obligatorio, ineludible para el empleador, de la misma manera que el resto de los descuentos contemplados por el artículo 58 del Código del Trabajo para el empleador, igualando de esta manera el estatuto aplicable para ambos tipos de cotizaciones previsionales.

<sup>17</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, fecha 10 de diciembre de 2008, rol N° 6487-2008, considerando quinto.

#### 4. EL EFECTO DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE COTIZACIONES PREVISIONALES.

El efecto del incumplimiento del pago de cotizaciones previsionales por parte del empleador al momento del despido es que éste acto jurídico no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo, dando lugar a la denominada “nulidad del despido” que establece el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo. Tal como lo hemos señalado anteriormente, es una nulidad especial<sup>18</sup> que se traduce en la privación de los efectos normales del despido, mientras no se proceda a la convalidación de éste mediante el pago de las imposiciones morosas, manteniéndose vigente, entretanto, la obligación del empleador de pagar todas las remuneraciones y demás prestaciones pecuniarias a que el trabajador tenga derecho, incluidas las cotizaciones de seguridad social, según lo establecido en el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo. La ley, en este caso, no contempla como efecto la reincorporación del trabajador a sus labores, suspendiendo de esta manera la relación laboral, pero sólo para efectos pecuniarios.

Lo anterior implica que el trabajador durante el periodo aludido debe continuar percibiendo las mismas remuneraciones y demás prestaciones a que habría tenido derecho de no haberse suspendido la relación laboral. Por lo tanto, “en el pago que corresponda efectuar deben entenderse comprendidas aquellas remuneraciones y demás prestaciones emanadas del contrato individual, sean expresas o tácitas, o derivadas de un instrumento colectivo de trabajo”<sup>19</sup>, es decir, deben incluirse todos aquellos beneficios en dinero o en especie a que el trabajador tenía derecho al momento del despido, independiente que constituyan o no remuneración en los términos del inciso primero del artículo 41 del Código del Trabajo.

Por otro lado, la circunstancia de que el trabajador no esté obligado a reincorporarse al trabajo, a pesar de la nulidad del acto jurídico que pone término al contrato de trabajo, se fundamenta en que la nulidad del despido constituye una nulidad-sanción la cual “consiste en privar, total o parcialmente, de validez provisional a un acto jurídico, o bien, atribuirle otros efectos diversos de los queridos y previstos por las partes”<sup>20</sup>, limitando así los efectos de ineficacia del acto, subsistiendo sólo la obligación del empleador de pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones a que tiene derecho con ocasión de la relación laboral. Resulta lógico dicho límite, ya que “sería una insensatez mayúscula obligar al trabajador a volver a trabajar para un empleador que se ha embolsado parte de su remuneración”<sup>21</sup>. Debido a dicho abuso, el vínculo de confianza entre ambos irremediamente se rompe, por lo que “la readmisión obligatoria resultaría más un castigo que un beneficio para el trabajador”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> *Vid. Infra.*

<sup>19</sup> NADAL SERRI, Daniel, *El despido en el Código del Trabajo* (Santiago de Chile, 2003), p. 551.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno*<sup>1</sup> (Santiago de Chile, 1995), p. 124, cit. por PALAVECINO CÁCERES, Claudio Andrés, *El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico*, en *RIEP. 2* (2002), p. 562.

<sup>21</sup> PALAVECINO CÁCERES, Claudio Andrés, *El despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico*, en *RIEP. 2* (2002), p. 562.

<sup>22</sup> *Ibíd.*

A pesar de la claridad de lo dispuesto en el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, los intereses previsionales de los trabajadores aún se vulneraban con ocasión de la interpretación jurisprudencial que la Excma. Corte Suprema daba a dicha disposición, estableciendo que “la obligación del empleador consistente en el pago de las prestaciones laborales a favor del trabajador, con motivo de las remuneraciones que se hubieren devengado con posterioridad al despido, es sólo por el lapso máximo de seis meses, todo ello derivado de la recta interpretación del inciso 5° del artículo 162 en armonía con el artículo 480<sup>23</sup>, ambos del Código del Trabajo”<sup>24</sup>. De esta manera, la Excma. Corte Suprema, por medio de la interpretación de dichos artículos, limitaba gravemente los efectos de la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, confundiendo el plazo de prescripción para la interposición de la demanda de nulidad del despido con el alcance de la sanción de dicha figura, desnaturalizando de esta manera el propósito de la Ley N° 19.631. Con la finalidad de salvar la referida limitación temporal impuesta por la Excma. Corte Suprema fue dictada la Ley N° 20.194 que interpreta el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, estableciendo que dicha disposición debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago al cual está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la convalidación del mismo<sup>25</sup>, “sin perjuicio del plazo de prescripción señalado en el inciso tercero del artículo 480, del mismo Código, el que sólo se considerará para los efectos de la interposición de la respectiva demanda” (artículo 1° de la Ley N° 20.194). De esta manera, el legislador corrigió la errónea interpretación que habían sostenido los tribunales de las normas citadas, salvaguardando los intereses de los trabajadores cuyos derechos habían sido vulnerados.

##### 5. LA CONVALIDACIÓN DEL DESPIDO.

Según lo establece el inciso sexto del artículo 162 del Código del Trabajo, el empleador que haya puesto término al contrato de trabajo sin haber enterado las cotizaciones previsionales al momento del despido, podrá convalidar el mismo efectuando el pago respectivo, lo que comunicará al trabajador mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes en que conste la recepción de dicho pago<sup>26</sup>.

La expresión “convalidar” utilizada por el mencionado artículo, según algunos, ha de ser entendida como el acto consistente en “ratificar o confirmar el término de la relación laboral, validando el acto del despido a contar de la fecha en que se invocó la respectiva causal de terminación del vínculo contractual”<sup>27</sup>. Por lo tanto, para todos los efectos

---

<sup>23</sup> En la actualidad, dicha disposición está contemplada en el artículo 510 del Código del Trabajo.

<sup>24</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, causa rol 3378-02, cit. por Historia de la Ley N° 20.194, Congreso Nacional.

<sup>25</sup> *Vid. Supra.*

<sup>26</sup> Según la Corte Suprema (causa rol N° 4324-00), una vez satisfecha la obligación previsional, el despido se convalida y no existe razón para seguir sancionando al empleador que ha cumplido, menos aún con una sanción tan severa como la señalada. Si no se comunica esta situación al trabajador, debiendo hacerlo legalmente, incumple una norma laboral, conducta que debe ser sancionada administrativamente, pero se aparta de la equidad el que deba ser sancionado, además, con la mantención de la obligación de remunerar a favor del trabajador en los términos del inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo.

<sup>27</sup> NADAL SERRI, Daniel, cit. (n. 19), p. 553.

legales, la relación laboral habría terminado al momento en que el empleador aplicó la correspondiente causal de terminación del contrato de trabajo, sin que sea necesario que éste efectúe una nueva comunicación de conformidad al inciso primero del artículo 162 del Código del Trabajo. Es decir, no obstante que el empleador haya sido sancionado a continuar pagando las remuneraciones y demás prestaciones según lo dispuesto en el inciso séptimo del referido artículo, dicha circunstancia no constituiría una prórroga de la relación laboral por el periodo comprendido entre la fecha del despido y la convalidación del mismo, sino que habría de entenderse extinguida la relación laboral al momento de la efectiva separación del trabajador, según lo consignado en la respectiva carta de despido. Sin embargo, el no pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido, según términos utilizados por el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo, por lo que la convalidación del despido no produce efecto retroactivo en lo que se refiere a la fecha de término de la relación laboral, toda vez que el empleador durante el periodo que dure la suspensión de los servicios, mantiene su obligación principal contractual, cual es la de pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, razón por la cual se mantiene para efectos remuneratorios la relación laboral durante el periodo que media entre el despido declarado nulo y la convalidación del mismo, periodo en el cual sólo hubo una suspensión relativa de la relación laboral, debiendo declararse el término de la misma a la fecha de la convalidación del despido.

#### 6. LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO.

Según el inciso tercero del artículo 510 del Código del Trabajo, la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios.

La acción de nulidad del despido es una acción destinada a que el juez declare la concurrencia de los supuestos establecidos en el artículo 162 del Código del Trabajo, dando lugar a la sanción establecida en dicha disposición, es decir, al pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y de la convalidación del mismo, además del pago de las cotizaciones adeudadas y las que se devenguen durante periodo mencionado.

Tal como se ha señalado, el plazo mencionado en el artículo 510 del Código del Trabajo corresponde al plazo de prescripción para la interposición de la demanda y no constituye un límite a los efectos de la sanción establecida en el artículo 162 del mismo cuerpo normativo.

Cabe agregar que la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, se puede deducir conjuntamente con solicitar el pago de las remuneraciones por el periodo que medie entre la separación del trabajador de sus labores y la convalidación del despido de parte del empleador. Esto, debido a que los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo no establecen una nulidad propiamente tal, entendida como retrotraer a las partes al estado anterior al despido, sino que prevén una sanción específica para el empleador que no pagó las cotizaciones previsionales del trabajador, en tanto, la reclamación por despido injustificado se orienta a la calificación del despido de que ha sido

objeto el dependiente, para los efectos de hacer procedente, en su caso, las indemnizaciones legales, de manera que no se divisa la incompatibilidad entre ambas acciones, debido a que “*los objetos de las mismas operan sobre supuestos que se concilian entre sí*”<sup>28</sup>, pudiendo ser interpuestas ambas conjuntamente.

Efectuado el análisis de la denominada nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales, el cual ha permitido comprender a cabalidad los alcances de dicha institución y los aspectos fundamentales de la misma, realizaremos un análisis crítico de la jurisprudencia de la nulidad del despido en el falso trabajo autónomo, situación en la cual la vulneración de los derechos laborales se acentúa, atentando gravemente la dignidad de los trabajadores.

---

<sup>28</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, fecha 8 de junio de 2009, causa rol N° 7472-2008, cit. por DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS PUNTOLEX, *Jurisprudencia nulidad del despido* (Santiago de Chile, 2009), p. 288.

CAPÍTULO SEGUNDO  
LA NULIDAD DEL DESPIDO EN LAS RELACIONES LABORALES ESTABLECIDAS  
EN SENTENCIAS.

1. EL TRABAJO INFORMAL.

La relación jurídica laboral puede ser definida como “la situación que se produce con ocasión de la prestación voluntaria y libre de un servicio o trabajo por cuenta ajena, y en forma remunerada, subordinada y continua y que es elevada a categoría jurídica por el derecho”. Tiene su origen en un hecho jurídico cual es la incorporación efectiva del trabajador a la empresa. De esta manera, las obligaciones del empleador referidas al pago de la remuneración, al deber de descontar y enterar las cotizaciones previsionales del trabajador, al deber mantener condiciones de higiene y seguridad adecuadas, de fidelidad y de secreto profesional, entre otras, comienzan a regir desde dicho momento y no como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo. Por lo tanto, dichas obligaciones se pueden dar aun en la situación en que el trabajador se haya integrado a la empresa sin contrato, sea por no haberse procedido a su celebración o haberse declarado su nulidad.

Nuestro Código del Trabajo establece una presunción de laboralidad según la cual la existencia de la relación de trabajo hace presumir la del contrato de trabajo. En efecto, el inciso primero del artículo 8° del Código del Trabajo establece: “*Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo*”. De esta manera, al hacer referencia dicha disposición al artículo 7° del Código del Trabajo, el cual define el contrato individual de trabajo, es posible inferir que nuestra legislación adhiere a una teoría contractualista, según la cual la relación jurídica laboral principia con la celebración de un contrato de trabajo, cuya existencia nuestro sistema jurídico lo presume en cuanto una prestación de servicios se verifique en los términos señalados en el artículo 7° del Código del Trabajo, el cual define el contrato individual de trabajo como “*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*”.

De este modo, son elementos de la esencia del contrato individual de trabajo, la prestación de un servicio, sea material o intelectual, el pago por él de una remuneración y la existencia de una relación de subordinación o dependencia entre el dador del servicio y el que lo presta. Estos elementos son relevantes para determinar la existencia de una relación jurídico laboral, toda vez que es común que los empleadores procuren escapar y liberarse de los costos y limitaciones que les acarrea la legislación del trabajo, ocultando las relaciones laborales que mantienen con sus trabajadores, bajo el disfraz de una vinculación jurídica de otra naturaleza, generalmente civil o mercantil, es decir, figuras contractuales no laborales, tales como el mandato, la sociedad, el arrendamiento, o la invocación de contratos atípicos. De esta manera, declaran un contenido de voluntad no real manifestado con fines de engaño, aparentando un contrato que no existe o que es distinto del verdaderamente realizado. En la práctica, se trata de la imposición de la voluntad del

empleador, que prevalido de su situación de superioridad frente al estado de necesidad económica del trabajador, hace que éste acepte dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación distinta que permite eludir las limitaciones y costos que para el empleador supone la legislación laboral.

Diversas son las figuras jurídicas que algunos empleadores han utilizado para enmascarar sus relaciones de trabajo bajo otras apariencias a fin de sustraerlas a la aplicación de la normativa laboral. De esta manera, es común que los empleadores den al contrato de trabajo la apariencia de un contrato de arrendamiento de servicios, pudiendo mencionarse dentro de este una gran variedad de tipos contractuales, desde el arrendamiento de un vehículo por parte de quien es en realidad un conductor subordinado, hasta el arrendamiento de una silla por parte de un peluquero dependiente. También pueden citarse como figuras empleadas recurrentemente para eludir la aplicación de las normas laborales, el mandato y el contrato de cuentas en participación.

Ante dicha situación, ha surgido una zona gris de las relaciones individuales de trabajo que viene siendo solucionada por alguna jurisprudencia conforme a la denominada teoría o doctrina de los actos propios, dándose con ello una inadecuada respuesta al problema de las relaciones laborales encubiertas.

La impropia aplicación de dicha teoría a conflictos relativos a la determinación de la naturaleza jurídica de una relación jurídica, surge de dos relatos contrapuestos. Por un lado, aquel de la ya mencionada relación de trabajo encubierta, en la que la prestación de servicios es ejecutada conforme a los rasgos que la distinguen como una relación de trabajo, subsumiéndose no obstante formalmente a una figura contractual de naturaleza civil, requiriéndose en tal caso de la jurisdicción especial para que desvele la verdadera naturaleza del vínculo, aquella que fluye de su ejecución y desatiente las formas contractuales. Por otro lado, encontramos aquel relato que aplica doctrinas propias del derecho civil, tales como la tesis de la autonomía de la voluntad, la buena fe en la ejecución del contrato y la consecuencial congruencia con actos previos que, en el contexto de todo contrato, prohíbe al obligado (en el caso, el trabajador) contrariar su conducta contractual pasada. En esta línea, suscrito un contrato a honorarios no podría alegarse, habida consideración además de otras conductas concomitantes (conformidad, ausencia de reclamo, otorgamiento de boletas de honorarios), una relación jurídica de otra naturaleza.

El Derecho del Trabajo, definido por principios propios que lo alejan de los paradigmas contractuales del Derecho Civil, reduce el espacio de la autonomía de la voluntad, desde el reconocimiento de la realidad que explica fenomenológicamente la relación individual de trabajo: *“una relación social-contractual asimétrica entre privados en la que, por regla absolutamente general, convergen, uno, con el poder económico y el otro, necesitado de trabajar, imposibilitado, por su condición y por la dinámica relacional que contextualiza la formación del consentimiento (oferente fuerte- demandante débil) de disputar las cláusulas del contrato, el que se configura -por obra de esta realidad- como*

*un contrato por adhesión, sólo dirigido en sus contenidos mínimos irrenunciables por el Estado*<sup>29</sup>.

De esta forma, el poder público busca contrarrestar la desigualdad que se reconoce en los hechos entre trabajador y empleador, valiéndose de la ley y principios especiales aplicables al estatuto laboral. Así, el Derecho del Trabajo nace como respuesta imperiosa del derecho frente al total y absoluto fracaso de las formas de la contratación civil, a las que se recurre históricamente como primera respuesta para regular el intercambio de servicios personales y remuneración.

Su génesis y principios nacen desde la impotencia de la contratación civil para regular la desigualdad intrínseca de las partes contratantes. En tal contexto, no es de extrañar entonces que la autonomía de la voluntad -principio clásico de la contratación privada común - no reciba en el Derecho del Trabajo la misma consagración. Esta rama especial del derecho reconoce entonces ya en sus orígenes, y a partir de un vívido fracaso tipológico de las formas de la contratación privada común para regular y proteger al contratante débil. Sin embargo, la evolución que ha provocado la descentralización productiva y la globalización económica ha revitalizado el trabajo autónomo, recurriendo muchas veces a modalidades de contratación atípica, representados por el encubrimiento y la informalidad laboral.

Esta situación laboral muchas veces está relacionada a la de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una preponderante y a veces exclusiva dependencia económica de un solo empresario o cliente que lo contrata. Los falsos trabajadores autónomos son trabajadores supuestamente autónomos cuyo estatuto (autónomo o empleado) no es claro. En teoría son autónomos (el empresario solo paga una cantidad fija de la que el trabajador tiene que deducir su propio seguro y otros gastos), pero, en la práctica, no hay diferencias entre estos trabajadores y otros empleados que realizan el mismo trabajo.

Son muchas las situaciones de abuso que bajo la figura de falso trabajador autónomo se configuran, entre las que se encuentran el fraude para eludir el pago de cotizaciones a la seguridad social hasta el trabajo no declarado, pasando por el fraude fiscal y el recorte de los derechos laborales. Se trata de una grave distorsión de la competencia con respecto a los auténticos autónomos, las microempresas y las PYMES<sup>30</sup>.

Durante el último tiempo se ha percibido el aumento de trabajadores que son contratados no como trabajadores, sino como proveedores de servicios por cuenta propia. De esta manera, no se contrata a la persona sino que, al desempeñar su trabajo autónomo, presta un servicio especial por cuenta propia. Se dispone así de trabajo barato, con facturación, sin necesidad de cumplir las normas laborales nacionales. Comúnmente, el estatuto de autónomo también se usa para eludir las restricciones en el mercado laboral en

---

<sup>29</sup> Sentencia definitiva del Segundo Juzgado de Letras de Santiago en causa rol T-6-2010, de fecha 11 de mayo de 2010, considerando cuarto.

<sup>30</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Uso abusivo del estatuto de trabajador autónomo”, 2013/C161/03.

relación con el proceso de ampliación. Existe la posibilidad de sustituir empleados por trabajadores autónomos, aprovechando el principio de la libre prestación de servicios para eludir las restricciones impuestas como medidas transitorias respecto del trabajo asalariado.

En este contexto, resulta cada vez más difícil definir la existencia de una relación laboral. Esto ocurre con las situaciones en las que los derechos y las obligaciones de las partes contratantes no están clara y unívocamente definidas, o cuando la flexibilización o la desregulación dificultan el control de la presunción de una relación de trabajo. Pero también cuando el legislador crea toda una serie de modalidades intermedias o considera simplemente de un día para otro que el trabajo autónomo es una de las nuevas modalidades empresariales.

La recomendación formulada por la Organización Internacional del Trabajo en 2006 sobre esta materia, ha comenzado por definir de manera bastante amplia el concepto de relación laboral para poder combatir el fenómeno de los falsos autónomos. De acuerdo a dicho organismo, para determinar la existencia de una relación laboral convendría, en primer lugar, referirse a los hechos que guarden relación con la actividad o el salario del trabajador, con independencia de la manera en que se caracteriza la relación, por ejemplo, en las disposiciones contractuales. Existe una relación contractual encubierta cuando un empresario trata a un trabajador de una manera que disimula su verdadero estatuto jurídico, y cuando pueden darse situaciones en que las disposiciones contractuales tienen como efecto privar a los trabajadores de la protección a que tienen derecho.

Al mismo tiempo, se plantea la necesidad de adoptar por parte de los Estados de una regulación fiable y la definición clara del falso trabajo por cuenta propia, lo que redundaría en un beneficio de los autónomos y las microempresas de buena fe.

En la legislación española dicha situación se ha regulado bajo la denominación de “trabajador autónomo económicamente dependiente”, cuya figura corresponde a la circunstancia en que el empresario es el principal cliente del trabajador autónomo y de él proviene, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador.

La introducción de esta figura ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de esta categoría laboral, dado que transita en límites no siempre precisos entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena. Estas relaciones presentan similitudes con la situación del trabajador ocasional o jornalero tradicional, un tipo de trabajo en el que intervienen reclutadores que todos considerábamos como un vestigio del pasado. En algunos países, por ejemplo, los trabajadores autónomos pueden ejercer de la noche a la mañana actividades que solo los trabajadores con contratos fijos podían desempeñar al cabo de varios años. Han surgido reclutadores y oficinas de contratación específicos que prestan servicios de autónomos. De esta forma, las empresas pueden cambiar fácilmente sus modalidades de contratación, optando por contratos con arreglo a los cuales los autónomos efectúan tareas que antes realizaban trabajadores fijos.

La intención del legislador español ha sido eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías, definiendo al trabajador autónomo económicamente dependiente en forma restrictiva, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la

actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo. De acuerdo a lo establecido en el respectivo estatuto laboral sobre esta materia, los dos elementos esenciales de esta categoría son la existencia de un trabajador autónomo y la dependencia económica de éste respecto de un cliente, la que en ningún caso debe implicar dependencia organizativa ni ajenidad. Además, se establece como condiciones que el trabajador autónomo económicamente dependiente no tenga a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni subcontrate todo o parte de su actividad con terceros; que no ejecute su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; que no disponga de infraestructura productiva y material propia, necesaria para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente, que desarrolle su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; y que perciba una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella. De esta manera, a la hora de examinar el estatuto profesional de una persona nominalmente autónoma y que a primera vista no es considerada como empleada, deberá/podrá presumirse que existe una relación laboral y que la persona a la que se presta el servicio es el empleador, si se cumplen las condiciones anteriormente señaladas.

Desde tal constatación, para cumplir su vívida finalidad protectora, entre tantos otros arbitrios de tutela heterónoma, nuestra legislación otorga al juez especial laboral el poder jurisdiccional para desentrañar aquello que, de manera informal, (sin contrato alguno) o encubierta (con una denominación civil), es una relación de trabajo, y adjudicar al caso concreto la totalidad de la legislación protectora.

El Derecho del Trabajo, tanto por la vía legislativa como por la Jurisprudencia y la doctrina ha hecho un notable esfuerzo para que su aplicación no sea obstaculizada a través de maniobras o figuras fraudulentas, generando mecanismos defensivos de la normativa laboral frente a las mencionadas figuras fraudulentas: el principio de irrenunciabilidad de los derechos subjetivos mínimos provenientes de las normas labores de orden público; la presunción de la relación laboral; y el principio de primacía de la realidad.

En nuestro sistema jurídico la voluntad real prevalece sobre la voluntad declarada. En la voluntad real se busca la intención, el querer íntimo de los contratantes, de tal suerte que es necesario en los mencionados supuestos acudir a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo el cual lo tipifican y le imprimen su carácter específico que lo distinguen de cualquier otra convención de derecho privado.

En el caso de nuestro país, no existe un estatuto específico que regule al trabajador autónomo económicamente dependiente. De esta manera, deben aplicarse las normas que delimitan la existencia de una relación laboral, contenidas en el Código del Trabajo. En este sentido, la circunstancia de que una persona natural o jurídica tenga la calidad de empleador respecto de un trabajador, está determinada en nuestro ordenamiento jurídico por el criterio de subordinación o dependencia, que señala quien debe ser considerado, en conformidad con los hechos, como acreedor de los servicios y deudor de las prestaciones laborales.

Lo anterior, a la luz de lo expresamente dispuesto en el artículo 3, letra a), del Código del Trabajo, que señala que debe entenderse por empleador: *"la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo"*, y determina, además, en la letra b) que debe entenderse por trabajador: *"toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo"*.

De esta manera, las configuraciones contractuales que hemos definido como falsos trabajadores autónomos se tratan de una típica figura de fraude laboral, esto es, un caso en que un sujeto de derecho incumple una norma legal, mediante una conducta aparente y formalmente ajustada a otra ley, que da cobertura al acto, pero que disimula o encubre la elusión de la primera, configurando un caso de simulación de contrato. Al respecto, el artículo 507 inciso tercero N°3 del Código del Trabajo sanciona la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, alterando la individualidad del empleador, y la utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley. Desde el punto de vista literal la norma busca sancionar al que "simule a través de terceros, la contratación de trabajadores", y si se atiende a lo establecido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, forma común como en Chile se aplica la regla de interpretación gramatical del artículo 19 del Código Civil, que define dicho término como la acción de "representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es", no cabe ninguna duda, que la conducta descrita por el citado artículo de la ley laboral, es aquella en que una persona natural o jurídica pretende negar lo que de acuerdo a la realidad y los hechos es, en este caso, el empleador, representando lo que no es, en este caso, un simple tercero que aparenta tener la calidad de empleador.

Así lo ha reconocido la propia jurisprudencia judicial, sosteniendo que "en caso de desacuerdo entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe estarse de preferencia a lo primero, de acuerdo a lo previsto por el artículo 8 del Código del Trabajo", agregando, precisamente en un caso de fraude a la ley laboral por encubrimiento del empleador, que "la existencia de una relación laboral y los hechos constitutivos del vínculo de subordinación y dependencia priman sobre la simple materialidad de contratos de trabajo celebrados por escrito con una empresa distinta del empleador real. Dicha relación laboral se prueba con antecedentes que demuestran que los trabajadores realizan sus labores en dependencias de este último, que ocupan elementos de trabajo de su propiedad, que sus remuneraciones se pagan en sus recintos y por su cajero que es de su dependencia, que un trabajador del mismo controla su asistencia, que los supervigila un empleado de esa firma y que, por último, quien figura como empleador en el contrato escrito no tiene oficina establecida en la zona, carece de dirección y supervigilancia sobre los trabajadores y no pudo haberles seleccionado para contratarlos" (Corte Suprema, rol N° 655-99, 16.04.1990, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Tomo I, p 25, Editorial Jurídica, 2002).

## 2. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DECLARATIVA.

Las sentencias judiciales que establecen la existencia de una relación laboral entre trabajador y empleador son sentencias de carácter declarativas, al dar certeza jurídica y afirmar la existencia relación preexistente. De esta manera, la relación laboral no se constituye por lo establecido en la sentencia, sino que ésta tiene un mero efecto declarativo de una situación que con anterioridad se había configurado.

De esta manera, las obligaciones del empleador, entre éstas, declarar y pagar las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, nace desde que el trabajador se encuentra en una situación de subordinación o dependencia, y no desde que una sentencia judicial declara dicha circunstancia, por lo que el incumplimiento de dicha obligación acarrea las sanciones establecidas en el artículo 162 del Código del Trabajo.

Así lo ha declarado, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Talca, que en la sentencia definitiva de la causa rol n° 144-2012, de fecha 7 de noviembre de 2012, en el considerando sexto, señaló que: *“por tratarse de una sentencia declarativa, que tuvo por establecido un vínculo laboral bajo subordinación y dependencia entre el demandante respecto del demandado, ella por su propia naturaleza tiene el carácter de retroactiva, de lo que se infiere que la existencia del contrato de trabajo a plazo indefinido que unía a las partes debe entenderse vigente desde la fecha en que éste se tuvo por celebrado, lo que aconteció el 9 de septiembre de 2009 y, por consiguiente, a partir de esa fecha incumbía al empleador demandado la obligación de enterar mensualmente las cotizaciones previsionales que le correspondían al trabajador demandante”*. En el considerando séptimo, agrega que *“al aplicar a la demandada la sanción contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, lo hizo correctamente de acuerdo a la disposición legal referida, que sanciona pecuniariamente al empleador que se encuentra en mora en el pago de las imposiciones de sus trabajadores, circunstancia que concurre en la especie al no haberse acreditado pago alguno de dichas imposiciones previsionales por parte del empleador demandado”*.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en la sentencia definitiva de la causa rol n° 440-2012, de fecha 18 de diciembre de 2012, declaró que la sentencia declarativa se limita a reconocer una situación jurídica preexistente y que a diferencia de una sentencia constitutiva, tiene efectos retroactivos, por lo que procede la aplicación de la sanción dispuesta en el artículo 162, inciso 5° del Código del Trabajo. Agrega que en dicha causa *“no se discute en la especie la existencia de la relación laboral, sino que simplemente la de una prestación pecuniaria derivada de ésta, por lo que no resulta atendible que con anterioridad a la sentencia no hubiese certeza sobre la existencia de un empleador sobre el que pesare la obligación de integrar las cotizaciones previsionales correspondientes a los servicios efectivamente prestados por sus dependientes”*.

De esta manera, la sentencia que declara la relación laboral no se limita a la comprobación positiva o negativa de una relación jurídica, sino que también debe comprobar que el empleador haya cumplido con las prestaciones comprometidas con el trabajador, las que pueden ejecutarse por vía de sanción y de la ejecución forzada conforme a los preceptos legales que lo permiten, entre éstos precisamente el artículo 162 del Código del Trabajo.

### 3. DOCTRINA DE LA SENTENCIA CONSTITUTIVA.

El juez laboral al declarar la existencia de una relación laboral no formalizada como tal, aplica las consecuencias que el Código del Trabajo dispone ante esta situación de simulación o fraude de ley, pero deja sin aplicar la sanción de nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales del trabajador.

Al respecto, la Excm. Corte Suprema de Justicia, en relación a la sanción contemplada en el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo incorporada a nuestra legislación mediante la Ley N° 19.631, ha señalado que la sanción de nulidad de despido "ha sido prevista para el empleador que ha efectuado la retención correspondiente de las remuneraciones del dependiente y no entera los fondos en el organismo respectivo, es decir, no cumple su rol de agente intermediario y ha distraído dineros que no le pertenecen en finalidades distintas a aquéllas para las cuales fueron retenidos. Resulta improcedente, por tanto, aplicar la sanción de nulidad de despido cuando ha sido la sentencia la que ha determinado el vínculo contractual laboral entre las partes, puesto que el empleador no ha tenido el rol de agente intermediario ya que no ha retenido suma alguna de las remuneraciones que haya debido enterar en los organismos de seguridad social". Bajo dicho argumento, la Corte Suprema ha rechazado sostenidamente la aplicación de esta sanción cuando es la sentencia judicial la que declara la existencia de la relación laboral como consecuencia de una controversia sobre dicha materia, dando efectos constitutivos de la relación laboral a la sentencia que establece el vínculo de subordinación o dependencia que existe entre el trabajador y el empleador.

Esta interpretación de la Excm. Corte Suprema de Justicia es del todo cuestionable, en consideración a la presunción de derecho que establece el artículo 3° inciso segundo de la Ley N° 17.322, que señala que "*Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere ese mismo artículo, por el solo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones a los trabajadores*". La aplicación que ha dado parte de la jurisprudencia judicial a la sanción de la nulidad del despido genera una situación de desigualdad que afecta a los trabajadores informales de nuestro país en comparación a los trabajadores cuya relación laboral ha sido formalizada en un contrato escrito. En efecto, el trabajador que cuenta con este podría demandar la aplicación de la sanción establecida en el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, si al término de la relación laboral su empleador no ha pagado sus cotizaciones previsionales. En cambio, el trabajador cuya relación jurídica laboral ha sido declarada en una sentencia judicial no podría demandar la aplicación de la referida sanción al término de la relación laboral bajo ningún respecto.

## CONCLUSIONES.

La jurisprudencia judicial de nuestro país ha sido uniforme en declarar que la relación jurídica laboral tiene su origen en un hecho jurídico, cual es la prestación de servicios del trabajador al empleador, bajo una relación de dependencia o subordinación. De esta manera, las obligaciones del empleador referidas al pago de la remuneración, al deber de descontar y enterar las cotizaciones previsionales del trabajador, al deber mantener condiciones de higiene y seguridad adecuadas, de fidelidad y de secreto profesional, entre otras, comienzan a regir desde dicho momento y no como consecuencia de la formalización por escrito del contrato de trabajo. Entonces, debe aplicarse de manera igualitaria el estatuto que establece el Código del Trabajo, sin establecer distinciones que permitan que la relación jurídica laboral informal tenga menor protección que la relación jurídica laboral formal ante el incumplimiento.

Las circunstancias bajo las cuales se producen estas diferencias injustificadas en la aplicación de la Ley N° 19.631 son especialmente graves, ya que que perjudican al segmento de mayor precariedad laboral de nuestro país.

Con el objetivo de poner fin a este desigual trato que ha generado la interpretación de un segmento de la jurisprudencia judicial a la sanción del inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, es necesario expresamente ampliar los supuestos bajo los cuales es procedente esta sanción, con miras a generar un estatuto protector del derecho de la seguridad social que garantice su pleno ejercicio sobre todo a los trabajadores que se encuentran en situaciones de precariedad laboral.

## REFERENCIAS.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998).

NADAL SERRI, Daniel, *El despido en el Código del Trabajo* (Santiago de Chile, 2003).

OTÁROLA ESPINOZA, Yasna, *La función supletoria de las normas de derecho civil* (Santiago de Chile, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 2012).

PALAVECINO CÁCERES, Claudio Andrés, *El despido nulo por deuda previsional: un esperanto jurídico*, en *RIEP*. 2 (2002).

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*<sup>3</sup> (Buenos Aires, 1998).

ROJAS MIÑO, Irene (ed.), *Cincuenta años de la Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social: homenaje* (Santiago de Chile, 2011).

TAPIA GUERRERO, Francisco, *Fallos laborales comentados 2004. Orientaciones jurisprudenciales* (Santiago de Chile, 2005).

VILLALOBOS VALENZUELA, Fernando, *Consecuencias para el empleador por el no pago de cotizaciones previsionales al momento del despido de un trabajador*, en *MDCL*. 265 (2007).

VILLALOBOS VALENZUELA, Fernando, *¿Procede la Ley Bustos por no pago de cotizaciones voluntarias?*, en *MDCL*. 261 (2007).