

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho



Problemas interpretativos de la Ley

Bustos – Seguel

Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

Profesor Patrocinante: Sr. Claudio Márquez
Oyarzún

Lucía Alejandra Massri Ergas
Claudia Paola Saavedra Ortega

Valdivia Chile 2003

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

Valdivia, 14 de marzo de 2003

**SR.
JUAN OMAR COFRE
DIRECTOR INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO Y CIENCIAS DEL DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, a continuación informo la Memoria de Prueba presentada por las egresadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile doña Lucía Alejandra Massri Ergas y Claudia Paola Saavedra Ortega.

"PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DE LA LEY BUSTOS - SEGUEL"

**Lucia Alejandra Massri Ergas
Claudia Paola Saavedra Ortega**

ASPECTOS GENERALES

En esta primera parte de mi Informe, me gustaría destacar tres aspectos generales esta Memoria de Prueba, que dicen relación a ella como a un todo y a su entorno.

Novedad e importancia práctica del problema tratado. Sin lugar a dudas que desde la entrada en vigencia de la Ley 19.631, que introdujo importantes cambios al Código del Trabajo en materia de terminación del contrato de trabajo, se han producido diversos problemas de aplicación práctica de dichas normas, algunos de los cuales recién están siendo tratados por nuestros tribunales de justicia y los organismos fiscalizadores, encontrándose actualmente la jurisprudencia en una etapa de decantación.

En este contexto, parece muy interesante y digno de destacar, que las memoristas hayan decidido abordar un tema sobre el cual prácticamente no hay nada escrito por la doctrina y sobre el cual hay escasa jurisprudencia, la que además, como anoté, se encuentra en etapa de decantación.

Lo anterior ha obligado a las memoristas, en prácticamente todos los problemas que trataron, a plantear, desarrollar y justificar soluciones propias a la problemática planteada.

Metodología de trabajo. Los problemas anotados precedentemente, respecto a la doctrina y jurisprudencia, han obligado a las memoristas a extremar los recursos para conseguir la escasa jurisprudencia sobre los temas abordados en su Memoria y a utilizar otros recursos, perfectamente válidos, como son entrevistas a los actores del mundo laboral.

Extensión en el análisis de la problemática. Habitualmente se tiende a pensar que mientras más extenso un trabajo es más profundo en su análisis; sin embargo,

esto no siempre es así. De esta manera, lo meritorio es justamente ser capaz de analizar un problema determinado y presentar las conclusiones si extenderse demasiado, siendo preciso y concreto a la hora de plasmar lo investigado.

Pues bien, este relevante aspecto, se encuentra también a mi juicio en la memoria materia de este análisis, lo que por cierto merece también destacarse.

DESARROLLO DE LA MEMORIA

La Memoria se divide en siete capítulos además de las conclusiones, las cuales serán objeto de análisis en este Informe a continuación:

Capítulo Primero: "Antecedentes legislativos". En este capítulo de su trabajo, las memoristas presentan la forma y las razones por las cuales se gestó la Ley 19.631, acudiendo a las actas de las comisiones legislativas, para hacer algunos alcances respecto a la forma en que se gestaron las modificaciones al Código del Trabajo, impulsadas principalmente por los diputados Bustos y Seguel.

Capítulo Segundo: "Obligaciones del empleador al término de la relación laboral". Este capítulo, el más extenso, las memoristas a plantear las obligaciones que el artículo 162 del Código del Trabajo impone a los empleadores para poder despedir al trabajador, poniendo especial énfasis en aquellas que generan más problemática práctica, me refiero al hecho tener pagadas las cotizaciones previsionales y a la acreditación de tal pago.

En esta parte merece ser destacado lo interesante, certero y sensato de las soluciones que plantean sobre esta problemática a que la redacción de este artículo nos enfrenta; las memoristas tras analizar un determinado problema, proponen dos o más posibles interpretaciones, inclinándose fundadamente por una u otra; al respecto debo manifestar que no en todos los casos coincido con la alternativa por la cual se inclinaron las memoristas, pero por cierto la labor de un profesor guía no es imponer criterios, sino que orientar a los alumnos en su trabajo de investigación, más aún, como ocurre en este caso, que la alternativa elegida por las memoristas, siempre encuentra, a mi juicio, una sólida fundamentación y justificación.

En este capítulo también se trata adecuadamente a mi entender, entre otros temas, una importante y sui generis institución creada por la Ley en análisis, me refiero a la "nulidad del despido".

Capítulo Tercero: "Convalidación del despido". En esta parte de su Memoria, las memoristas analizan esta institución, también creada por la denominada Ley Bustos - Seguel para la legislación laboral, logrando un destacado tratamiento del tema, donde necesaria y nuevamente abordan problemática referida en el capítulo anterior, en lo que respecta a si la obligación que impone al legislador al empleador para poder despedir a un trabajador se cumple pagando las cotizaciones o, además, es necesario acreditarlo, lo cual determinaría la fecha en que se convalida el despido; este es uno de los puntos en los que no concuerdo con la solución propuesta por las memoristas, pero escapa a los objetivos de este informe, señalar la fundamentación de mi discrepancia.

Capítulo Cuarto: "Facultades conferidas a la Inspección del Trabajo". Esta parte del trabajo es más sistemática que un aporte real a la investigación, pues si bien es cierto es incorporado por la Ley 19.631, no presenta una problemática relevante a la hora de aplicación práctica de la norma, por lo que acertadamente las memoristas dimensionan en su justa medida la escasa problemática que este tema plantea.

Capítulo Quinto: "Finiquitos firmados y ratificados ante un ministro de fe". En esta parte de la memoria se analiza, también acertadamente, la posibilidad

que plantea el legislador de que un finiquito sea declarado nulo, no obstante haberse firmado y ratificado en la forma que previene el legislador; se trata de otra interesante institución que tiene directa relación con la nulidad del despido y que no deja de ocasionar cierta problemática, si consideramos que normalmente el finiquito tiene poder liberatorio.

Capítulo Sexto: "Obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones, derivadas de lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo". Esta parte también la calificaría como sistemática y más bien informativa dentro de la Memoria, ya que en esta parte las memoristas más bien exponen lo planteado por el legislador, no debiendo solucionar ninguna problemática de fondo, sino que más bien de forma para los empleadores que deben acreditar el pago de las cotizaciones previsionales, ya que normalmente esto se debe efectuar exhibiendo las correspondientes planillas de pago, lo que resulta absolutamente inoperante para grandes empresas con trabajadores que laboran en ellas muchos años.

Es así como las memoristas en este capítulo nos plantean las soluciones que ha propuesto la jurisprudencia administrativa, las cuales a mi juicio por lo sensatas y precisas que son, no han generado mayor problemática, es así como el mérito en esta parte del trabajo de las memoristas, es la capacidad de síntesis y precisión con que plantean este punto.

Capítulo Séptimo: "Recepción de la Ley Bustos - Sequel por los actores del mundo laboral, como destinatarios de la norma". Interesantísimo capítulo en que las memoristas nos plantean la forma en que actores del mundo laboral en la región visualizan la problemática que ha ocasionado la puesta en marcha de esta Ley.

Ante el casi nulo aporte de la doctrina y lo escaso y poco decantado de la jurisprudencia, recurren a este interesante recurso para recabar opiniones sobre este tema, que podríamos calificar actualmente como poco masivo, pero que sin lugar a dudas está generando grandes dolores de cabeza a las empresa, sobre todo a aquellas que tienen o han tenido trabajadores contratados bajo la modalidad honorarios, lo que implica que durante uno o más meses no han efectuado el integro de las cotizaciones previsionales y por ende, cualquier despido que intenten en contra de sus trabajadores, podría ser declarado nulo, si se demuestra la existencia de una relación laboral.

"Conclusiones". Aquí nos encontramos con una certera y precisa declaración final de la importancia de la reforma y del fin loable que se perseguía con la Ley 19.631, pero que la problemática que ha generado la no muy feliz redacción de algunos aspectos de sus normas, ha generado opiniones disímiles, como las describen las memoristas, y una jurisprudencia dubitativa en un comienzo pero que se ha ido decantando, situación que sin duda desencadenará un reforma al artículo 162 del Código del Trabajo, que fue el objeto de la Ley en análisis.

CONCLUSIONES Y CALIFICACIÓN

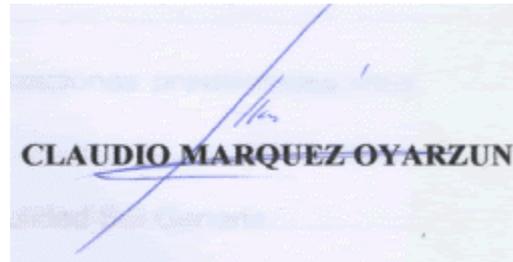
Las virtudes de la Memoria han sido resaltadas en el curso de este informe, no sólo en un aspecto global, sino que también destacando los logros de las memoristas en cada uno de los capítulos, por lo que repetir tales razones sería inoficioso.

Sin embargo bien merece la pena destacar la valentía de las memoristas de optar por un tema para su Memoria sobre el cual poco o nada se ha escrito y la creatividad que han tenido para sobrellevar esta complicación de falta de doctrina y jurisprudencia en la que apoyarse.

Lo sólido y preciso de la presentación de los diversos problemas que ha generado la aplicación de la Ley 19.631, acompañado por una propuesta de una o más posibles soluciones para cada uno de los casos que trataron y la elección fundamentada de una

de dichas alternativas planteadas (con las cuales no siempre coincidí, como ya manifesté), me permite considerar este su trabajo como sobresaliente.

Por las razones antes expuestas, el profesor guía de la presente Memoria, la califica con nota **7,0 (siete coma cero)**.



CLAUDIO MARQUEZ OYARZUN

1. Introducción

El despido es una de las situaciones más complicadas en la vida de muchas personas. Se trata de un hecho que produce consecuencias jurídicas y, en algunos casos, el pago de indemnización de parte del empleador.

Con fecha 28 de septiembre de año 1999, fue publicada en el Diario Oficial la ley 19.631, que modificó distintos e importantes aspectos referidos a la normativa aplicable a la terminación del contrato de trabajo y la comunicación del despido, principalmente, en orden a imponer a los empleadores, la obligación de tener pagadas las cotizaciones previsionales correspondientes a todo el período trabajado, como requisito previo para dar por terminada la relación laboral con sus trabajadores.

En efecto, la ley en estudio, compuesta de un artículo único y un artículo transitorio, en su esencia dispone que no habrá despido si el empleador no acredita documentadamente, que ha efectuado el integro de las cotizaciones previsionales hasta el último día del mes anterior al del día del despido.

Como se ve, se trata de una modificación sustancial, no del todo difundida en sus proyecciones y alcances, ya que la bibliografía es escasa, razón por la cual la jurisprudencia administrativa y judicial ha tenido un importante papel a la hora de determinar el sentido de dicha reforma.

Si bien dichas disposiciones parecen modificar únicamente el artículo 162 del Código del Trabajo en lo relativo a lo referido a la comunicación del despido, la Ley N° 19.631 introduce importantes transformaciones al régimen legal de terminación del contrato de trabajo consagrado en nuestra legislación, desde una doble perspectiva.

Por un lado se incorporan a la legislación laboral instituciones nuevas como aquellas referidas a la *convalidación del despido* o a la *suspensión*

parcial de la relación laboral, las que exigen necesariamente al intérprete del texto legal precisar su real sentido y alcance.

Así también, desde otro punto de vista, las nuevas obligaciones establecidas a la persona del empleador no sólo inciden en lo referido a la terminación del contrato de trabajo, sino que se proyectan como importantes instrumentos de protección laboral y previsional a favor de los trabajadores.

Sin lugar a dudas, la Ley 19.631 o Ley Bustos - Segel, tuvo por finalidad dar una mayor garantía de seguridad en el empleo y de respeto a los derechos de los trabajadores en general, quienes siempre suponen, que por el hecho de firmar un contrato, el porcentaje descontado para su cuenta previsional será pagado oportunamente, pero si no es cumplida esta obligación se generan, entre otros, los siguientes problemas: uno inmediato, derivado del no pago del aporte para la salud, que empuja a la gente a dirigirse a los servicios de salud públicos, los que no pueden negar la atención a quien lo demande; sin embargo, cuando el sector público necesita la devolución de los gastos, las Isapres son reticentes al pago. Otra repercusión incide en el momento de jubilar el trabajador, porque si no se han consignado los pagos de las cotizaciones, tal como creía dicha persona, recibirá una pensión exigua que no le permitirá vivir de acuerdo a sus necesidades, producto de la apropiación indebida de su dinero por el empleador. Al contrario de lo que comúnmente se cree, los empleadores del sector privado son generalmente responsables en el pago de las cotizaciones, y los principales deudores de cotizaciones previsionales son las Corporaciones Municipales, ello según se expuso durante la discusión del proyecto de ley.

Un tercer problema repercute en el Estado, porque debe subsidiar al trabajador que no percibe la jubilación correspondiente, motivada en el incumplimiento de la norma legal por el sector empleador.

El Senador Gazmuri, durante la discusión del proyecto, opinó que los empleadores deben pagar las imposiciones y no ocupar esos dineros de los trabajadores en otras actividades, pues se estaría recurriendo a parte de las remuneraciones del trabajador.

Es por estas razones que se consideró de extrema justicia poner orden a esta situación que desmedra las posibilidades de los trabajadores en variados ámbitos.

No obstante las “buenas intenciones” de nuestros legisladores, y la innegable necesidad de una regulación que garantice a los trabajadores, un cumplimiento efectivo de las obligaciones previsionales por parte de los empleadores, en la aplicación práctica de esta modificación legal, se han presentado algunos problemas, tanto en la interpretación de la norma como en la aplicación efectiva de ella. Es por ello que este trabajo pretende analizar las situaciones que pueden presentarse, apoyándose en las soluciones que a la luz de la interpretación administrativa de la norma se han dado a casos específicos.

2. Capítulo I: Antecedentes Legislativos

Hasta el 27 de septiembre de 1998, fecha de publicación y entrada en vigencia de la Ley N° 19.631, el artículo 162 del Código del Trabajo disponía:

Art. 162. "Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas, los hechos en que se funda y el estado en que se encuentren las imposiciones previsionales.

Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Si se tratare de la causal señalada en el número 6 del artículo 159, el plazo será de seis días hábiles.

Deberá enviarse copia del aviso mencionado en el inciso anterior a la respectiva Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo. Las Inspecciones del Trabajo, tendrán un registro de las comunicaciones de terminación de contrato que se les envíen, el que se mantendrá actualizado con los avisos recibidos en los últimos treinta días hábiles.

Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código.”

Si bien en el inciso primero de la norma transcrita existía una mención respecto a la obligación del empleador de comunicar, al momento del despido, el estado de las cotizaciones previsionales al trabajador, bastaba con informar su estado, pero no existía la obligación de tenerlas al día, ni existía una sanción específica para el caso de que la información mencionada fuera inexacta o falsa.

El Mensaje que origina la iniciativa de ley da cuenta que el Ejecutivo decidió hacer suya la idea de la moción parlamentaria presentada por los Honorables Diputados señoras Adriana Muñoz D'Albora y Fanny Pollarolo Villa, y señores Sergio Aguiló Melo, Manuel Bustos Huerta, Sergio Elgueta Barrientos, Roberto León Ramírez, Sergio Ojeda Uribe, Víctor Reyes Alvarado, Rodolfo Seguel Molina y Exequiel Silva Ortiz, atendida su importancia, porque su objetivo básico era mantener vigente la relación laboral, al momento del despido de un trabajador, en tanto no se hayan integrado las cotizaciones previsionales atrasadas, en los regímenes que corresponda.

De esta manera, S.E. el Presidente de la República propone un proyecto de ley cuya finalidad es que el empleador, quien ha descontado de las remuneraciones de sus trabajadores las cotizaciones correspondientes, cumpla con la subsecuente obligación de pago, a la que lo obliga la ley, antes de dar por terminada la relación laboral.

En consecuencia, agrega el Mensaje, el término del contrato no debe surtir sus plenos efectos jurídicos, mientras el empleador se encuentre en

mora en el pago de los compromisos previsionales relativas a los descuentos que para el efecto hizo al trabajador.

A una o más de las sesiones en que la Comisión estudió esta iniciativa de ley asistieron, además de sus miembros, los Honorables Diputados señores Manuel Bustos Huerta y Rodolfo Seguel Molina; el señor Ministro del Trabajo y Previsión Social, señor Germán Molina Valdivieso; el Subsecretario de Previsión Social, señor Patricio Tombolini; el Superintendente Subrogante de Administradoras de Fondos de Pensiones, señor Andrés Cuneo; el Jefe de la División de Control Institucional y el Jefe del Departamento de Auditoría Operacional, ambos de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, señores Carlos Briceño y Raúl Acevedo, respectivamente; los asesores del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, señores Patricio Novoa, Francisco del Río y Marcos Henríquez, y por la Subsecretaría del Trabajo el asesor señor Germán Acevedo.

Concurrieron también a exponer sus puntos de vista respecto al proyecto, las siguientes entidades:

- La Confederación de la Producción y el Comercio, representada por el Secretario General de la Sociedad Nacional de Minería, señor Jorge Riesco.
- La Asociación Gremial de Administradoras de Fondos de Pensiones, representada por el Gerente General, señor Francisco Margozzini, y los Gerentes de Operaciones, señores Leonel Casanueva y Humberto Zúñiga.
- La Central Unitaria de Trabajadores, representada por su Vicepresidenta, señorita María Rozas, y los dirigentes nacionales señores Patricio Astorga y Víctor Ulloa.

La normativa que se tuvo en cuenta en elaboración y discusión de este proyecto de ley fue:

A.- El Código del Trabajo. En especial sus artículos 159 a 163.

B.- La Ley N° 17.322, sobre normas para la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de las instituciones de previsión.

C.- El Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que estableció el Nuevo Sistema de Pensiones.

D.- El Código Penal: artículo 467.

E.- El Código Civil: artículo 2472.

El Honorable Diputado señor Bustos, principal gestor de la moción que dio nacimiento a la Ley N° 19631, expresó que su inquietud en torno al problema que buscaba solucionar dicha iniciativa legal, surgió unos cinco años antes de la presentación del proyecto de ley, al percatarse del gran número de empleadores que declaraban imposiciones de sus trabajadores pero sin pagarlas. La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones en esa época informó que la deuda ascendía a los doscientos millones de dólares. Por otro lado, los afectados, por el tiempo transcurrido, habitualmente no recurrían a los tribunales de justicia, y aún así éstos tenían en tramitación alrededor de dos mil juicios cuyo fallo todavía estaba pendiente.

Añadió el señor Diputado, que la única manera factible de cambiar dicha situación era establecer la obligación del empleador, al momento de despedir a algún trabajador, de demostrar el pago de las correspondientes imposiciones previsionales.

Opinó que el hecho de declarar y no pagar las cotizaciones aparenta el otorgamiento de un crédito por los trabajadores a los empleadores, en circunstancias que se está infligiendo un daño al sector más débil en la relación laboral. De esta manera, personas que contractualmente tenían derecho a una remuneración de cien mil pesos, de los que se descontaba el

porcentaje correspondiente, no veían depositados en la cuenta previsional dinero que era de su propiedad.

Añadió el Diputado que en un principio cometían esta irregularidad pequeños y medianos empresarios, y muchos de los contratistas y subcontratistas, caso este último que acaecía en el área forestal donde regularmente los contratos duran dos meses, efectuándose la deducción por conceptos previsionales, que no era pagada en la AFP correspondiente.

Recordó que el año 1990, como resultado de conversaciones entre dirigentes de los trabajadores y los empresarios se firmó un acuerdo con la idea central de dar cumplimiento a una serie de beneficios básicos para el sector laboral, entre los cuales estaba el derecho al pago de las imposiciones previsionales en forma oportuna. Desgraciadamente, en los últimos años han incurrido en este actuar anómalo empresas que cuentan con gran número de trabajadores, declarando, por ejemplo, las imposiciones de seiscientas personas, sin pagarlas posteriormente. Esto se descubrió al producirse varios despidos masivos, que trajeron como consecuencia los trámites pertinentes en las AFP, que informaban no estar pagadas las cotizaciones por dos o más años.

Subrayó la importancia de poner término a este perjuicio, que desmedraba las cuentas previsionales del sector trabajador, exigiéndoles a los empleadores el pago de las imposiciones, ya que ese dinero corresponde a los trabajadores. Si ello no ocurriera se estaría poniendo en peligro la credibilidad del sistema previsional. Por otro lado, indicó, no es posible buscar resquicios para que el empleador pueda usar el dinero de los trabajadores, teniendo en cuenta que la ley ya permite declarar y posteriormente pagar las imposiciones en un plazo prudente. Reiteró, que los contratistas y subcontratistas del ámbito forestal cometían estas irregularidades frecuentemente perjudicando a personas humildes del país.

Hizo presente que las deudas, en muchos casos, se arrastran desde el año 1981, contabilizando casi trescientos millones de dólares difíciles de recuperar, sumándole a ello los gastos que el Estado debe realizar a través de los tribunales que llevan los procesos de cobranza, las notificaciones de las demandas y otros trámites, todo ello originado en el incumplimiento de la ley por los empleadores.

En efecto, se informó durante las sesiones parlamentarias que las cotizaciones previsionales declaradas y no pagadas a las AFP, al día 28 de febrero de 1999, alcanzaron la suma de M\$104.125.957. Los sectores laborales con mayores deudas son las industrias manufactureras (M\$22.655.829), la construcción (M\$17.529.318) las finanzas, seguros, bienes inmuebles, servicios técnicos, profesionales y otros (M\$10.951.141) y los servicios estatales, sociales, personales e internacionales (M\$15.307.844); y, respecto a las cotizaciones de salud declaradas y no pagadas, al día 31 de diciembre de 1998, se informó de la situación en veintiocho Isapres que conforman un total de deuda por M\$10.649.844.

En relación al porcentaje de cotizaciones previsionales no declaradas, los representantes de la Superintendencia explicaron que las administradoras de fondos de pensiones se circunscriben a efectuar las cobranzas derivadas de la declaración y no pago. La cifra restante producida por la comparación entre el número de cuentas individuales existentes, aproximadamente seis millones y el número real de cotizantes que alcanza un poco más de tres millones, produce un vacío del cuarenta por ciento, respecto del cual se efectuó, en el año 1990, una investigación estadística para buscar la explicación a dicho fenómeno, determinando el porcentaje real de morosidad y cuáles eran las causas restantes. En cifras generales, un tercio de ese cuarenta por ciento que no cotizaba correspondía a mujeres incorporadas en un momento a la fuerza de trabajo, retirándose posteriormente, y como el

sistema está creado para que los fondos se acumulen hasta que la persona se retire a los 65 o 60 años, esa cuenta no puede ser eliminada. Otro porcentaje de importancia se refería a trabajadores del área económica formal que se trasladaron a la economía informal. En resumen, se trata de un cese en el pago de cotizaciones no informado a las administradoras.

En cuanto a la declaración y no pago se indicó que el ochenta por ciento de ella se recuperaba, dentro de los seis meses siguientes a su presentación. Ello explica que en el sistema lo declarado y no pagado ascendía a ciento cinco mil millones de pesos o su equivalente de ciento sesenta millones de dólares, comparándole a su vez con los treinta y dos mil millones de dólares que constituyen el Fondo de pensiones, representando la mora menos del uno por ciento de dicho Fondo.

De esta manera, y según lo destacó el senador Ruiz De Giorgio, durante la discusión del proyecto de ley, el espíritu del proyecto consiste en evitar las deudas previsionales del empleador, respecto de las cotizaciones de sus trabajadores.

Finalmente, a la última sesión de la discusión parlamentaria, concurrió la Central Unitaria de Trabajadores, manifestando su pleno acuerdo con el proyecto en examen, resaltando que los dineros descontados de las remuneraciones de los trabajadores para imposiciones previsionales son de su propiedad y, en consecuencia, es inadmisibles que los empleadores hagan uso de ellos, provocándoles un daño respecto a sus futuras pensiones y también en aspectos relacionados con la salud, en especial en el sistema de Isapres.

En consecuencia, el texto aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el Diario Oficial el 28 de septiembre de 1999, desembocó en la actual redacción del artículo 162 del Código Trabajo, que reza:

“Art. 162. Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.”¹

Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Si se tratare de la causal señalada en el número 6 del artículo 159, el plazo será de seis días hábiles.

Deberá enviarse copia del aviso mencionado en el inciso anterior a la respectiva Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo. Las Inspecciones del Trabajo, tendrán un registro de las comunicaciones de terminación de contrato que se les envíen, el que se mantendrá actualizado con los avisos recibidos en los últimos treinta días hábiles.

Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le

¹ El inciso primero del artículo 162 fue modificado en el sentido de agregar antes de la expresión “5 ó 6”, el guarismo “4” seguido de una coma (,) y de suprimir la frase final “y el estado en que se encuentran las imposiciones previsionales” y sustituir la coma (,) que sigue a la palabra “invocadas” por “y”, de acuerdo a lo señalado en las letras a) y b) del N°1, del artículo único de la ley N° 19.631, publicada en el Diario Oficial de 28 de septiembre de 1999.

deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.

Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.²

Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código.³

La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido, en los casos a que se refieren los incisos precedentes. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso a que se refiere el

² Incisos 5, 6 y 7 agregados al artículo 162, según lo establecido en la letra c), del N°1, del artículo único, de la ley 19.631.

³ Inciso reemplazado por el actual, conforme a lo indicado en la letra d), del N°1, del artículo único, de la ley 19.631.

inciso séptimo. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM.”⁴

⁴ Inciso final agregado al artículo 162, de acuerdo a lo estipulado en la letra e), del N°1 del artículo único, de la ley 19.631.

3. Capítulo II: Obligaciones del empleador al término de la relación laboral

El artículo 162 del Código del Trabajo impone al empleador una serie de obligaciones al momento de dar por concluida una relación laboral. Así, el inciso 1° de este artículo prescribe:

“Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.”

La primera de ellas es dar aviso al trabajador que se va a despedir en forma escrita, señalando expresa y específicamente las causales que invoca para ello. Sea que el término de la relación laboral se produzca por las causales contenidas en los números 4, 5 o 6 del artículo 159, esto es vencimiento del plazo convenido en el contrato, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor; por las causales contenidas en el artículo 160, que no dan derecho a indemnización alguna al trabajador; o bien, cuando el empleador funde el despido en necesidades de la empresa, causal regulada por el artículo 161.⁵

En el caso de invocarse las causales previstas en los N° 4 ó 5 del artículo 159 y las del artículo 160, el referido aviso debe entregarse al trabajador personalmente o enviarse por carta certificada al domicilio señalado en el contrato, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la separación del trabajador. Y si la causal invocada es la contenida en el número 6 del artículo 159, el plazo se amplía a 6 días, debiendo enviarse,

⁵ Ordinario N° 5.372/314 de 25 de octubre de 1999. Dirección del Trabajo. Publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1999.

además, dentro del mismo plazo, copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo respectiva.

Si la causal invocada es la prevista en el artículo 161, necesidades de la empresa, el empleador tiene dos alternativas: avisar con a lo menos 30 días de anticipación al trabajador, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo, o bien pagar una indemnización sustitutiva de dicho aviso previo.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de comunicación escrita no significa que el despido no surta efectos o que no tenga validez, porque éste responde a un hecho cierto que opera desde que pone término al contrato, correspondiendo sancionarse dicha omisión con la multa que establece el artículo 477 del Código del Trabajo, según se desprende claramente del inciso octavo del artículo 162 del Código del Trabajo.

En cuanto a la segunda obligación del empleador, introducida por la Ley N° 19.631, se encuentra plasmada en el inciso 5 del citado artículo 162:

“Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.”

En síntesis se establece la obligación de tener al día las cotizaciones previsionales del trabajador que se despide. Tan importante es cumplir con este requisito, que en los casos en que el empleador esté en morosidad de pago de las cotizaciones previsionales, el despido, fundado en las causales contenidas en los números 4, 5 y 6 del artículo 159 (vencimiento del plazo convenido, conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor); por algunas de las causales del artículo 160

(Aquellas que no dan derecho a indemnización), y las del artículo 161 (necesidades de la empresa o libre desahucio), carece de todo valor.

Ahora bien, ¿cuáles son estas cotizaciones previsionales que el empleador, debe tener al día para que el despido produzca sus efectos? La ley nada dice al respecto, por ello estimamos conveniente precisar el alcance que la jurisprudencia administrativa ha dado a tal concepto.

3.1. Alcances del concepto cotizaciones previsionales para los efectos de la Ley Bustos - Seguel.

De conformidad con el ordinario N°29169/30 de septiembre de 1999, en que la Superintendencia de Seguridad Social, en respuesta de un informe solicitado por la Directora del Trabajo, con el objeto de aclarar el concepto de cotizaciones previsionales, en relación a la modificación introducida al artículo N° 162 del Código del Trabajo, define las cotizaciones previsionales como: *“Aquel descuento coactivo ordenado por la ley, respecto a determinados grupos, destinado a financiar las prestaciones de Seguridad social. Es una exacción parafiscal o un tributo de derecho público autónomo y afectado por la ley para cumplir los objetivos de derecho público propios de la seguridad social, y por eso mismo han sido instituidos en el interés general de la sociedad.”*

Manifiesta que las cotizaciones previsionales, por regla general, son de cargo del trabajador, y el empleador actúa como simple retenedor y diputado para su pago, pero existen algunas que son de cargo del empleador.

Al efecto, la Superintendencia de Seguridad Social, a requerimiento de la Dirección del Trabajo, concluyó que en el rubro *“cotizaciones previsionales”* deben considerarse los siguientes aportes:

- Todas aquellas cotizaciones establecidas para financiar los regímenes de pensiones, ya sea del antiguo como del nuevo sistema de pensiones, y en

este último caso, las que establece el Decreto Ley 3.500 de 1980 y sus modificaciones, tanto las remuneraciones imponibles para la cuenta de capitalización individual (10%) y al porcentaje destinado a pagar la comisión que cobra la AFP y el seguro de invalidez y sobrevivencia, como las cotizaciones que sean procedentes conforme al artículo 17 bis del mismo cuerpo legal, referidas a las cotizaciones que deben realizar los afiliados que desempeñan trabajos pesados.

- Las cotizaciones de la remuneración imponible para el seguro social de salud (7%), que deben enterarse en FONASA, o que, como consecuencia de la desafiliación de dicho fondo, haya de enterarse en la respectiva Isapre.
- También deberá incluirse el 0,6 % de la remuneración imponible, que con cargo a la del 7% para el seguro social de salud, debe enterarse por el empleador en la respectiva Caja de Compensación de Asignación Familiar, en el caso de trabajadores afiliados por sí o por medio de sus empleadores a la respectiva Caja.
- Las cotizaciones establecidas en la Ley N° 16.744 y sus modificaciones, para financiar el seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Todas las cuales son de cargo del empleador, esto es, la cotización básica de la remuneración imponible del trabajador (0.90%); la cotización extraordinaria de la remuneración imponible del trabajador (0.05%); y la cotización adicional que corresponde según lo establecido en la misma ley.
- Seguro de cesantía. Sin lugar a dudas, es importante considerar este nuevo instrumento de seguridad social establecido por el legislador, que comenzó a operar el primero de octubre del presente año, al cual deberán adscribirse obligatoriamente todos los trabajadores que firmen un nuevo contrato de trabajo y voluntariamente los que ya están contratados. Este

importante avance en seguridad social, plasmado en la ley N° 19.728, beneficiará a todos los trabajadores cuya relación laboral se rige por el Código del Trabajo.

Por la relevancia que implica este instrumento, y además por tener el carácter de cotización obligatoria para los trabajadores que inicien o reinicien labores a partir de la fecha en comenzó a operar este sistema, hemos decidido explicar muy brevemente en qué consiste dicho seguro.

Este seguro de cesantía tiene como objetivo proteger a los trabajadores frente a los efectos del desempleo, estabilizando los ingresos y por ende la demanda interna, permitiendo a las empresas enfrentar de mejor manera los ciclos económicos difíciles. Este seguro se financia en forma compartida por trabajadores, empleadores, y el Estado; opera mediante un sistema combinado de capitalización individual y un fondo de reparto solidario, el cual será administrado por el sector privado, específicamente, por un consorcio formado por las 7 AFP del mercado AFC (Administradoras del fondo de cesantía).

Las cuentas individuales, parecidas a las del sistema privado de pensiones, se financian con cotizaciones del trabajador y del empleador, de acuerdo a la siguiente estructura:

- Aporte individual de los trabajadores que corresponde al 0,6% de sus ingresos imponibles.
- Aporte de los empleadores, que asciende al 1,6% del ingreso imponible del trabajador.

Fondo solidario: adicionalmente al aporte del empleador, existirá una contribución de cargo fiscal para financiar este fondo, cuyo monto será de 225.792 UTM anuales (\$7.000.000.). Este fondo asegura un nivel de renta mínimo a todos los trabajadores, independiente de sus ingresos.

De esta manera el sistema entrega beneficios a los trabajadores que quedan cesantes, cualquiera sea la causa que origina el término de su empleo. En el caso que el trabajador renuncie, tendrá derecho a retirar giros mensuales de su cuenta individual de cesantía, siempre y cuando tenga acreditadas doce o más cotizaciones en forma continua o discontinua. Los montos variables dependerán de la remuneración y antigüedad de cada trabajador.

Para poder acceder al fondo solidario el trabajador tiene que haber sido despedido, contar con 12 cotizaciones continuas y encontrarse cesante, entendiéndose por tal, quien teniendo la capacidad de trabajar, se encuentra sin empleo. Si reúne estas condiciones, podrá cobrar el seguro. Sin embargo el fondo solidario establece límites mínimos y máximos de pago. Así ningún trabajador recibirá menos de \$65.000.- ni más de \$125.000.- el primer mes.

Sin lugar a dudas este rubro debe entenderse parte del concepto de cotizaciones previsionales, aún cuando la superintendencia de Seguridad Social, no lo consideró en su enumeración, atendiendo que la creación de dicho seguro fue muy posterior al pronunciamiento de dicha institución.

En todo caso se indica que como el nuevo texto del artículo 162 no ha distinguido respecto de las cotizaciones previsionales, debe entenderse que este concepto de cotizaciones previsionales fue utilizado por el legislador en su sentido más amplio, y en los mismos términos debe ser interpretado.

De manera que si el empleador procede a despedir a un trabajador sin dar cumplimiento a la obligación de haber efectuado el íntegro de las cotizaciones previsionales, enumeradas precedentemente, al momento del despido, dicho despido es nulo.

3.2. Nulidad del despido: una nulidad sui generis.

Básicamente, el artículo 162, establece una verdadera ineficacia jurídica por la realización de un acto ejecutado sin cumplir con alguno de los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo. Produciéndose, en consecuencia, el efecto general y propio de la nulidad, esto es, el retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto nulo.

Podría concluirse, entonces, que al no cumplir el despido y su comunicación con los requisitos establecidos por la ley, ninguna de las partes podría liberarse de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, especialmente, la de prestar servicios personales, por parte del trabajador, y la de remunerar por dicha prestación, por parte del empleador. Sin embargo, esta particular nulidad laboral, es distinta de la nulidad civil, de esta manera podríamos calificarla de parcial o sui generis; además atendido que la *nulidad del despido* tuvo como fin sancionar al empleador incumplidor, este efecto general restitutorio de la nulidad, no afecta al trabajador. De esta forma sólo será el empleador quien deberá seguir cumpliendo con las obligaciones propias del contrato de trabajo, esto es, remuneracionales y previsionales; en tanto, el trabajador no tendrá la obligación de continuar prestando servicios, siendo suspendida dicha obligación por expresa disposición legal.

Ahora bien, recurriendo a las normas de interpretación legal, especialmente la del inciso primero del artículo 22 del Código Civil, la cual prescribe:

“El contexto de la ley, servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

De esta disposición se infiere que las normas legales no pueden interpretarse en forma aislada, sino que deben serlo tomando en

consideración los distintos preceptos que configuran el cuerpo legal en que se encuentran incluidas.

Por tanto, es posible sostener que el inciso transcrito, debe analizarse conjuntamente con el actual inciso tercero del artículo 480 del Código del Trabajo, el cual establece que la acción para reclamar de la nulidad del despido por incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones prescribe en el plazo de seis meses, contados desde la *suspensión de los servicios*, circunstancia esta que autoriza para sostener que la intención del legislador ha sido entender suspendida la obligación del trabajador de efectuar dicha prestación desde el momento en que el empleador aplicó una o más causales de terminación, sin sujeción a la obligación de pago prevista en el inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo.

3.3 ¿Cuál es el efecto que tiene para el empleador la nulidad del despido?

Al efecto, resulta pertinente citar el inciso séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo:

“Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.”

Se desprende, entonces, que el empleador que no hubiere pagado ni acreditado el íntegro de las cotizaciones previsionales, deberá pagar al trabajador todas las remuneraciones y demás prestaciones convencionales a que éste habría tenido derecho de no mediar la suspensión de la relación laboral, durante el tiempo que medie entre el despido y la fecha de la acreditación del pago.

Al utilizar el legislador en la disposición en estudio, genéricamente, la expresión *Contrato de Trabajo*, sin efectuar distingo alguno, deben

entenderse comprendidas aquellas remuneraciones y demás prestaciones emanadas del contrato individual, sea expresa o tácitamente, o de un instrumento colectivo de trabajo.

En segundo término, cabe señalar que al distinguir el legislador entre “remuneraciones” y “demás prestaciones”, deben incluirse entonces, todos aquellos beneficios en dinero o en especie a que el trabajador tenía derecho al momento del despido, independientemente que constituyan o no remuneración en los términos del artículo 41 inciso primero del Código del Trabajo. Igualmente, durante dicho período el empleador deberá enterar las cotizaciones previsionales que se detallarán más adelante.

Ahora bien, cabe preguntarse si esta obligación del empleador, de pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones de dinero emanadas del contrato de trabajo se extiende indefinidamente hasta el cumplimiento efectivo por parte del empleador del pago de las cotizaciones previsionales adeudadas, o si por el contrario tiene algún límite de tiempo.

Del tenor literal del inciso 7 del artículo 162 del Código del Trabajo, podría desprenderse que el empleador deberá cumplir con dicha obligación mientras no se verifique la convalidación del despido en los términos que dispone el inciso sexto del mismo artículo, esto es, la comunicación al trabajador del hecho del pago de las cotizaciones morosas y su acreditación.

Sin embargo, la Excma. Corte Suprema, en un fallo de fecha 13 de agosto de 2001, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo en los autos laborales caratulados “Espinoza Cortés y otro con Sociedad Minera El Molino Ltda.”, rol N° 1100-2001, señala :

“...Se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo, deducidos en lo principal de fojas 143, contra la sentencia de veintiséis de enero del año en curso, que se lee a fojas 136 y siguiente. Sin perjuicio de lo antes resuelto, esta Corte estima del caso precisar, que la obligación

impuesta a la empresa demandada, en la sentencia que se revisa, consistente en el pago de las remuneraciones en favor de los actores, que se hubieran devengado con posterioridad al despido, con motivo de la aplicación del inciso 5º del artículo 162 del Código del Trabajo, es sólo por el lapso máximo de seis meses; lo anterior, en razón de una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica, que hace aconsejable fijar en dicho plazo esta indemnización, pues, de esta manera, se guarda, además, una adecuada armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso 3º del artículo 480 del mismo texto legal, acerca de esta misma materia”.

De esta manera es posible apreciar que la Corte Suprema establece un lapso máximo de tiempo por el cual se mantiene la obligación del empleador de continuar pagando al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones en dinero establecidas en el contrato de trabajo, pronunciamiento que sin duda se aleja del tenor literal de la norma, pero que sin duda recoge el valor en que se debe fundar todo ordenamiento jurídico, esto es, la *equidad*. Creemos que este pronunciamiento, resulta acertado, en cuanto a determinar hasta cuando se extiende esta obligación, otorgando mayor certeza jurídica al empleador. Sin embargo, pensamos que el argumento jurídico esgrimido por la Corte a fin de fundamentar su pronunciamiento a este respecto, esto es, relacionarlo con el plazo de prescripción de seis meses establecido en el inciso 3º del artículo 480 del Código del ramo, no resulta jurídicamente consistente. Este plazo establecido en el mencionado artículo, es un plazo de prescripción y bien sabemos que estos plazos constituyen un límite para el ejercicio de acciones pero jamás un límite de cobro de obligaciones adeudadas. Aceptar este argumento significaría avalar dilaciones en los juicios por parte del empleador a fin de postergar el pago al trabajador, pues si dicho incumplimiento se mantiene

durante el curso del juicio, proporcionaría al empleador el tiempo necesario para reunir el dinero adeudado, sin sancionarse su morosidad.

3.4 Formalidades del despido.

Después de la modificación introducida al texto del artículo 162 del Código del Trabajo, para dar por concluida una relación laboral, el aviso del despido, además de indicar la o las causales invocadas y los hechos en que se fundan, debe incluir además la acreditación por el empleador del pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los respectivos comprobantes. Ya no basta con indicar el *“estado de las cotizaciones previsionales”*, como lo requería el antiguo artículo 162.

De esta manera el más importante cuestionamiento que surge a partir del tenor del inciso 5 de la norma en comento, se refiere a cuál es en definitiva el contenido de la obligación que se impone al empleador al término de la relación laboral. Cabe preguntarse si el legislador ha consagrado sólo una obligación compuesta de dos conductas distintas, a saber, pago íntegro de las cotizaciones previsionales devengadas a favor del trabajador y acreditación del mismo, en términos tales que se presenta una obligación de aquellas denominadas con pluralidad de objetos, de aquellas de simple objeto múltiple; o bien se trata de dos obligaciones distintas suficientes de ser satisfechas en tanto el empleador realizara las conductas que las suponían.

En efecto, de tratarse de una misma obligación compuesta de dos conductas distintas, se debe entender que el empleador se libera de ésta únicamente ejecutando las dos conductas copulativas de hacer (pagar y acreditar). Como consecuencia de ello ocurriría que, en el evento que el empleador hubiere pagado íntegramente las cotizaciones previsionales devengadas a favor del trabajador, no procediendo su acreditación, este se

encontraría obligado al pago de las remuneraciones del trabajador indebidamente desvinculado, por el término intermedio entre el despido y su convalidación.

Por el contrario, de considerarse que sólo se trata de dos obligaciones distintas, compuestas, a la vez, por conductas diferentes, el incumplimiento de la obligación de acreditación, no afectaría a aquella referida al pago, por lo que de no haberse acompañado los comprobantes respectivos al momento del despido y encontrándose debidamente pagadas las cotizaciones a favor del trabajador, la sanción sería una multa administrativa, quedando a firme el despido respectivo.

Esta exigencia de acreditar el entero de las cotizaciones previsionales, ha generado contradicciones a nivel jurisprudencial fundadas, básicamente, en las interpretaciones posibles del inciso quinto en relación con el inciso octavo del artículo 162, el cual señala:

“Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código.”

Si tomamos este inciso octavo en forma aislada, de acuerdo con su tenor literal, podría entenderse que la nulidad de despido sólo procede para el caso de incumplimiento de la obligación de pago íntegro de las cotizaciones previsionales; y para todo otro error u omisión, incluida la omisión de acreditar dicho pago, sería procedente solo la sanción establecida en el artículo 477 del Código del Trabajo.

Ahora bien, si analizamos este inciso en su contexto, la solución no es tan clara, lo que justifica la jurisprudencia vacilante en este tema.

Al respecto, y en relación con lo ya señalado anteriormente al analizar el inciso 5 de este artículo, se han presentado dos posturas contradictorias. La primera conlleva entender que sólo la falta de pago de dichas cotizaciones acarrea la nulidad del despido, debiendo aplicarse a la omisión de comunicación y acreditación de dicho pago la sanción general del artículo 477 del Código del ramo.

La segunda plantea que basta el sólo incumplimiento en la obligación de acreditar el pago de obligaciones previsionales, para que el despido sea nulo.

La primera tesis encuentra su fundamento en una interpretación literal del mismo inciso octavo, al señalar: *“Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales...”*; y de la parte final del inciso 5: *“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.”*

Las citas precedentes conducen a entender que sólo el incumplimiento de la obligación de pago acarrea la nulidad del despido, ya que éstas sólo se refieren a dicha obligación sin mencionar la comunicación o acreditación, es más, el propio artículo octavo hace remisión a la sanción genérica del artículo 477 del Código del Trabajo para *todo* otro error u omisión, salvo aquellos relativos a la *obligación de pago* de las cotizaciones previsionales.

Asimismo, y recurriendo a las reglas de interpretación de la ley establecidas en los artículos 19 al 24 del Código Civil, es posible arribar a la misma conclusión, tomando en cuenta lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 19, que señala:

“Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”

En efecto, como quedó de manifiesto en el capítulo I de este trabajo, la intención o espíritu de la modificación introducida por la Ley 19.631, fue evitar las deudas previsionales del empleador para con sus trabajadores, y por ende, debemos entender que lo que se persigue con esta norma es el pago de las cotizaciones previsionales. De manera que exigir la acreditación de dicho pago para la validez del despido implica no sólo extender el sentido de la norma sino que desnaturalizarla.

Por otro lado, la jurisprudencia administrativa recoge esta tesis, en efecto, de conformidad con el ordinario N°365/28 de 25 de enero de 2000, la Dirección del Trabajo emitió un pronunciamiento en este sentido:

“Si la no acreditación del pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido afecta a la validez del mismo: En lo que concierne a esta consulta, la Dirección del Trabajo se remitió a un dictamen de fecha 12 de enero de 2000, el cual concluye ‘No afecta a la validez del despido el no adjuntar a la comunicación de término del contrato, de conformidad al artículo 162 del Código del Trabajo, los comprobantes que acreditan el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido si, efectivamente, las mismas se encontraban íntegramente pagadas, sin perjuicio de la aplicación de la multa a beneficio fiscal prevista en el artículo 477 del mismo código.’”

Por otro lado, no debe olvidarse que uno de los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, es el de repudio al enriquecimiento injusto, por tanto exigir al empleador el pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas del contrato de trabajo, sólo por no haber acreditado el pago de las cotizaciones previsionales, resulta extremadamente injusto, ya

que el trabajador está obteniendo un lucro, sin prestar servicios en forma efectiva, y sin existir deuda previsional alguna, esto es, causa legal que lo justifique.

Por otra parte, el profesor Oscar Gajardo, abogado de la Universidad Gabriela Mistral, especialista en litigios judiciales y extrajudiciales, especialmente en el área laboral y miembro del Comité Asesor de Consejo de Redacción del Manual de Consultas Laborales y Previsionales ha señalado respecto de este tema:

“En todo caso en lo que sí existe unanimidad de criterios es en que, si las cotizaciones previsionales, al momento del despido, se encuentran efectivamente pagadas (aún cuando ello no se acredite, ni se adjunten los comprobantes que así lo demuestren) el despido será legalmente válido, quedando expuesto el empleador a las sanciones del artículo 477 del Código del Trabajo, en función de lo dispuesto en el inciso 8° del artículo 162”.

Finalmente, no podemos olvidar uno de los pilares fundamentales del Derecho, aquel valor supremo que pretende alcanzar toda norma jurídica, esto es la *equidad*, criterio que difícilmente conduciría a una conclusión distinta de la expuesta.

Respecto de la segunda tesis, esto es aquella que exige para la validez del despido, no sólo el pago íntegro de las cotizaciones previsionales, sino además su comunicación y acreditación al trabajador, encuentra su fundamento en una interpretación literal del inciso 5 del artículo 162, el cual señala:

“...El empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen.”

Del inciso transcrito, podemos inferir que la exigencia del legislador no se satisface sólo con el hecho del pago, sino que además con la obligación

de informar, por escrito, dicha circunstancia, adjuntando además los comprobantes respectivos. Es decir, se trataría de requisitos copulativos, por lo que la omisión de uno de ellos traerá como consecuencia la ineficacia del acto del despido.

También surge como argumento a favor de esta tesis, lo preceptuado por el inciso 7 del artículo en comento, el cual, al señalar la consecuencia o “sanción” respecto del empleador al declararse nulo el despido, prescribe:

“...El empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador.”

De esta manera, pareciera que este inciso exige imperativamente que se comunique al trabajador la circunstancia de habersele pagado sus cotizaciones previsionales, y será este hecho el que delimita el período durante el cual se producen los efectos de la nulidad del despido, esto es, el pago de remuneraciones y demás prestaciones al trabajador, sin que éste se vea en la obligación de prestar servicios efectivamente. En consecuencia, las obligaciones del empleador se prolongan incluso más allá del momento en que se verifique el pago íntegro de las cotizaciones previsionales, puesto que la comunicación al trabajador de este hecho, y su acreditación, pueden producirse en un momento posterior al pago.

Respecto del pronunciamiento de la Dirección del Trabajo, en el sentido de que no afecta a la validez del despido el no adjuntar a la comunicación de término del contrato, de conformidad al artículo 162 del Código del Trabajo, los comprobantes que acreditan el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido si, efectivamente, las mismas se encontraban íntegramente pagadas, sin perjuicio de la aplicación de la multa a beneficio fiscal prevista en el

artículo 477 del mismo código. Creemos que dicho pronunciamiento escapa de las facultades conferidas a la Dirección del Trabajo, pues éste corresponde únicamente al juez, quien en su labor de administrar justicia está facultado para aplicar la ley al caso específico, debiendo interpretarla. Por lo demás la Dirección del Trabajo, no sólo ha realizado una interpretación restrictiva de la norma, sino que además le ha dado un sentido distinto del plasmado en el artículo 162, pues si bien podría decirse que el objetivo de la norma es lograr que el empleador pague las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, su texto es claro al exigir, junto con este pago, su acreditación al trabajador.

Por lo demás, no debe olvidarse el principio que informa la legislación laboral, y que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar la ley, esto es, el principio *pro operario*, que básicamente postula que en caso de duda, la norma laboral siempre debe ser interpretada a favor del trabajador. De esta manera, no es sino esta tesis la que resulta más favorable al trabajador, puesto que le otorga mayor seguridad frente al incumplimiento por parte del empleador.

Por último, siendo los derechos establecidos por las leyes laborales irrenunciables, este derecho del trabajador a que se le informe su situación previsional, no puede estimarse que se encuentra a disposición de las partes.

En conclusión, luego de exponer los fundamentos de ambas tesis, es posible señalar que ambas tienen un fundamento plausible, y por tanto será, en definitiva, el Juez quien en cada caso concreto deberá pronunciarse sobre una u otra. De esta manera, hemos recogido algunos fallos pronunciados por los tribunales valdivianos en que se aprecia claramente la acogida de una u otra tesis.

En apoyo de la primera tesis es posible citar un fallo reciente, de 8 de julio de 2002, pronunciado por la Magistrado subrogante del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, doña Paulina Chaparro Bossy, en causa rol N°

145-2002, caratulados Barrientos con Corporación de Asistencia Judicial. En efecto el considerando octavo de dicha sentencia señala: *“Que, de acuerdo a lo expuesto en los motivos que anteceden y ponderando tales probanzas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme a lo establecido en el artículo 455 del Código del Trabajo, se concluye que la demandada ha cumplido cabal e íntegramente con el pago de las cotizaciones previsionales de la actora desde 1974 a la fecha del despido en el INP y en la AFP Provida en su oportunidad, según consta de la documentación acompañada a fojas 96 y en especial en aquella que se mantiene en custodia. Esta situación era conocida por la actora, ya que así lo reconoció durante la celebración del comparendo en la Inspección del Trabajo. Por esto, y conforme a lo establecido en el artículo 162 del Código del Trabajo, modificado por la ley N°19631, no se hará lugar a la nulidad del despido.”*

Como se puede apreciar, en esta oportunidad el Tribunal dio por cumplidos los requisitos para la validez del despido con la sola circunstancia del pago de las cotizaciones previsionales, aún cuando no se adjuntaron a la carta de aviso del despido los comprobantes justificativos de dicha circunstancia, entendiéndose por tanto que la falta de acreditación no altera la validez del despido si ella no es efectuada al momento de la comunicación del mismo, siendo irrelevante el momento en que se materialice dicha acreditación, mientras sea durante el curso del proceso, importando únicamente que al momento del despido las cotizaciones previsionales se hubieran encontrado efectivamente pagadas.

Más clara aún, a este respecto es la sentencia de fecha 14 de enero de 2002, pronunciada por la Magistrado subrogante del Primer Juzgado de Letras del Trabajo, doña Paula Rodríguez Fondón, dictada en causa rol N° 715-2001, caratulada “Inoque Pérez con Centro de Extensión Cultural”, que en su considerando duodécimo dispone: *“ Que, de esta manera no se ha*

incurrido en la causal que permite declarar la nulidad del despido, pues al momento de producirse el despido de la demandante, las imposiciones se encontraban pagadas en la respectiva institución previsional, lo que si bien no se comunico al trabajador en la oportunidad prevista en el artículo 162 inciso 5° del Código del Trabajo, ello sólo amerita sanciones administrativas al tenor del inciso octavo del mismo artículo, por lo que el empleador no se ha colocado en la situación prevista en el inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, y deberá rechazarse la solicitud de nulidad del despido.”

3.5 Acreditación del pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador.

De conformidad con el ordinario N°365/28 de 25 de enero de 2000, la Dirección del Trabajo emitió un pronunciamiento a este respecto:

“Forma de acreditar el pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido de un trabajador: Se señala que este servicio en dictamen de fecha 25 de octubre de 1999, que fija el sentido y alcance del artículo 162 del Código del Trabajo, modificado por la ley N°19631, resuelve que la acreditación del pago de las cotizaciones previsionales podrá efectuarse mediante las respectivas planillas debidamente timbradas por la entidad recaudadora o por certificado emitido por la institución previsional correspondiente. En consecuencia, no procede acreditar el pago de las cotizaciones previsionales con otros documentos distintos de los señalados precedentemente, por lo que un certificado emitido por el contador general de la empresa no bastaría para cumplir esta exigencia.”

Surge la duda en torno a si el empleador además de adjuntar los antecedentes que justifican el pago de las cotizaciones junto a la carta de despido enviada al trabajador, debe adjuntar además dichos antecedentes a la Inspección del Trabajo. La Dirección del Trabajo, en el dictamen N° 365/28

de 25 de enero de 2000, se pronunció respecto a este tema, señalando que del análisis conjunto de los cinco primeros incisos del artículo 162 del Código del Trabajo, es dable apreciar que la obligación impuesta al empleador en orden a acompañar a la comunicación de despido, los comprobantes de pago de las cotizaciones previsionales hasta el último día del mes anterior al del despido, sólo se encuentra referida a aquella que debe remitirse al trabajador afectado, circunstancia que autoriza para sostener que la misma no rige tratándose de la copia de dicho documento que corresponde enviar a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin perjuicio de lo antes expresado, es necesario tener presente la disposición contenida en el inciso final del citado artículo 162 del Código del Trabajo, la cual prescribe:

“La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido, en los casos a que se refieren los incisos precedentes. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso a que se refiere el inciso séptimo. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM.”

De este inciso se infiere que la Inspección del Trabajo ha sido expresa y especialmente facultada por ley para exigir del empleador, sea de oficio o a petición de parte, la acreditación del pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido producido por aplicación de las causales señaladas anteriormente, como también la de exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el período que media entre la terminación del contrato y su convalidación.

Armonizando todo lo expuesto, es preciso concluir que no resulta obligatorio adjuntar a la copia de aviso de despido que debe remitirse a la Inspección del Trabajo, en conformidad con la normativa vigente, los

comprobantes que acrediten el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior de producido aquel, atendido que dicha obligación que asiste al empleador sólo ha sido prevista para la comunicación que debe remitir al trabajador afectado.

Lo anterior no obsta para que la Inspección del Trabajo, en uso de las facultades expresas que le confiere dicho precepto, requiera al empleador en orden a acreditar, al momento de término de la respectiva relación laboral, el pago de las correspondientes cotizaciones previsionales en los términos y condiciones ya analizadas.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo el empleador puede acreditar el envío de los antecedentes que justifican el pago de las cotizaciones previsionales al trabajador si éste aduce no haberlos recibido junto con la carta de despido. A este respecto no hay, ni en la ley ni en la jurisprudencia administrativa, una respuesta satisfactoria. En efecto, el dictamen N° 365/28 de 25 de enero de 2000, señala que escapa de la competencia legal de la Dirección del Trabajo y que por lo tanto deberá ser dilucidada por los tribunales competentes. De esta manera, y al ventilarse dicho asunto en sede judicial, será un asunto de prueba acreditar el envío de dichos comprobantes, prueba que según las normas del onus probandi, corresponderá al empleador.

Es posible observar, una nueva carga para el empleador, que si bien no está contemplada en la ley, se traduce en la práctica en ello, pues deberá tomar los resguardos necesarios para poder acreditar el cumplimiento de una obligación que en caso de ser incumplida traerá graves consecuencias como lo puede ser la ineficacia del despido efectuado.

Ahora bien, la forma de proporcionarse estos resguardos podría ser, enviar a la Inspección del Trabajo, junto con la copia del aviso del despido, copia simple o autorizada de los comprobantes que acrediten el pago de

cotizaciones previsionales. Si bien la Dirección del Trabajo, en el mismo dictamen citado, señala que no es obligatorio para el empleador adjuntar dichos comprobantes a la copia del aviso del despido a la Inspección del Trabajo, dicho servicio debe recepcionar tales antecedentes y proceder al archivo de los mismos, conjuntamente con la mencionada copia del aviso, lo que sin duda ofrece al empleador una mayor seguridad.

3.6 Causales de despido a las que se aplica el artículo 162 del Código del Trabajo.

El empleador está obligado a dar el aviso de término de la relación laboral cada vez que invoque alguna de las siguientes causales:

A. Las previstas en los números 4, 5 o 6 del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, vencimiento del plazo convenido en el contrato, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato y caso fortuito o fuerza mayor.

B. Las contempladas en el artículo 160:

1.- Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

b) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;

c) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y

d) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

3.- *No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.*

4.- *Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:*

a) *la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y*

b) *la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.*

5.- *Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.*

6.- *El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.*

7.- *Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.*

Se ha entendido que esta causal opera por el incumplimiento tanto del empleador como del trabajador. En el caso que el incumplimiento grave de dichas obligaciones sea imputable al trabajador, no existe discusión respecto a encontrarse dentro de las situaciones de despido susceptibles de ser declarada ineficaz de darse los presupuesto contenidos en el citado artículo 162. Sin embargo, si bien el Código no lo señala, surge la figura que en doctrina se ha denominado "Despido Indirecto", esto es, la declaración judicial del despido solicitada por el trabajador ante el

incumplimiento grave por parte del empleador de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo.

En dicha situación surge la interrogante acerca de si es procedente o no, cumpliéndose los requisitos que la ley señala, la declaración de nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales.

A primera vista, podría pensarse que como la ley se refiere de manera amplia a las “causales señaladas en el artículo 160”, dicha causal de despido podría ser atacada de nulidad por el no pago de cotizaciones previsionales, pues el 162 inciso 1° no excluye este numeral. A pesar de ello creemos que el llamado “despido indirecto” y la acción de nulidad del despido son excluyentes una de otra, En primer lugar, porque el artículo 162 inciso primero prescribe que: *“...Si el empleador le pusiera término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160...”*, por tanto no podría entenderse comprendido el caso en que sea el empleador quien incumple y por ende el trabajador, mediante una resolución judicial, quien pone término a la relación laboral.

En segundo lugar, por cuanto creemos que resulta incompatible esta figura con el aviso que el empleador debe dar al trabajador al término de la relación laboral, pues no habría forma de dar cumplimiento al mandato del legislador, ya que, en el caso del despido indirecto, mientras no haya sentencia judicial no existe despido, y por tanto el empleador no podría comunicar dicho despido.

Finalmente surge un inconveniente de índole procesal, pues si estimásemos que ambas acciones son compatibles ¿cómo se interpondrían?. Creemos que ambas en una misma presentación sería imposible, pues ni su interposición conjunta ni subsidiaria resulta coherente. Pensemos en la interposición de una demanda de despido indirecto y en subsidio de nulidad del despido, lo que significaría pedir que

se declare el despido, y en caso que esta acción fuese desestimada se acoja una acción de nulidad de un despido que legalmente no existe, ello no solo resulta ilógico, sino que además impracticable. Una segunda hipótesis sería la presentación conjunta de ambas acciones, caso que resulta incoherente por las mismas razones ya expresadas. Tal vez la única vía factible sería demandar primeramente el despido indirecto y una vez constatado este por el Tribunal, deducir la correspondiente acción de nulidad. Sin embargo esta alternativa no solo implicaría someter al trabajador a dos juicios de larga duración, con el consecuente desgaste que lógicamente conlleva una acción judicial. Además debemos tener presente la duración que pudiese tener el juicio declaratorio del despido indirecto, tiempo en el cual, probablemente habría prescrito la acción de nulidad, ya que esta prescribe a los seis meses desde la suspensión de funciones del trabajador. Por último, resulta incongruente que un trabajador que accione solicitando la declaración de su despido, accione luego solicitando la declaración de nulidad del mismo.

- C. La indicada en el inciso primero del artículo 161, que señala: *“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.⁶ La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.”*

En consecuencia, el término de contrato de trabajo fundado en las causales de muerte del trabajador, renuncia del trabajador y mutuo acuerdo

de las partes, contenidas en los números 1, 2 y 3 del artículo 159 del Código del Trabajo, no exigen del empleador el cumplimiento de las obligaciones señaladas a lo largo de este capítulo. Esto no implica que se prive al trabajador de su legítimo derecho de cobrar las cotizaciones previsionales impagas, pero atendida la redacción de la norma, que establece derechamente la *“nulidad del despido”*, no existiendo despido, sino cese de funciones en forma voluntaria por parte del trabajador, mal podría entenderse que éste pudiera accionar por esta vía, siendo aplicables en este caso los argumentos esgrimidos al tratar el tema del despido indirecto.

⁶ Se suprimió expresión: “, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”

4. Capítulo III: la convalidación del despido

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el empleador podrá, en todo caso, convalidar el despido pagando las imposiciones morosas del trabajador. Lo que deberá comunicar al trabajador por escrito, mediante carta certificada acompañada de la documentación previsional correspondiente, que acredite dicho cumplimiento.

Sin embargo, debe ponerse énfasis en que tal convalidación no libera al empleador de su obligación de tener que pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo por el tiempo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega al trabajador de la comunicación referida en el párrafo precedente.

Con el objeto que el empleador pueda dar cumplimiento a lo señalado precedentemente, a fin de convalidar el despido, las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán recibir el pago de cotizaciones morosas del trabajador, ya sea que estas no hubiesen sido declaradas o se encuentren declaradas y no pagadas con aquellas correspondientes a otros trabajadores. En este último caso, el pago de las cotizaciones previsionales deberá efectuarse en la administradora donde se hubiese presentado la declaración.

Asimismo, las Administradoras deberán recibir el pago de las cotizaciones previsionales correspondientes a las remuneraciones y demás prestaciones establecidas en el contrato de trabajo, que el empleador tiene la obligación de continuar pagando entre la fecha del despido y la fecha de su convalidación.

Para efectos de convalidar despidos, los empleadores deberán presentar una planilla de pago por cada período moroso, cuyo monto deberá marcarse en los archivos de cotizaciones previsionales impagas, toda vez que éste corresponda a afiliados incluidos en dichos archivos. En este caso,

las administradoras deberán continuar las acciones de cobranza pertinentes, sólo por el saldo impago de cada período adeudado sin emitir una nueva resolución, en caso que se encuentre en cobranza judicial.

Los pagos recibidos para convalidar despidos, deberán acreditarse en la cuenta personal del trabajador afectado.⁷

La expresión “convalidar”, interpretada en conformidad a los artículos 19 y 20 del Código Civil, significa, de acuerdo con lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española “confirmar o revalidar, especialmente los actos jurídicos”; a su vez la voz “confirmar” significa “revalidar lo ya aprobado”, y finalmente, la locución “revalidar” está conceptualizada como “ratificar, confirmar o dar nuevo valor y firmeza a una cosa”.

De lo anterior se concluye que, la expresión “convalidar” utilizada en el nuevo inciso 6 del artículo 162 en análisis, significa 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.

Por lo tanto, la relación laboral habrá que entenderla extinguida para todos los efectos legales, al momento en que el empleador aplicó la correspondiente causal de terminación de contrato de trabajo, sin que se requiera una nueva comunicación de conformidad con el artículo 162 referido.

Sin perjuicio de lo anterior, la obligación del empleador de continuar pagando las remuneraciones y demás prestaciones que señala el inciso 7 del artículo 162, sólo se extingue una vez que el empleador ha convalidado el despido en los términos expuestos.

Cabe hacer presente, que la Dirección del Trabajo estimó necesario complementar el dictamen N°3228/246 de 2 de agosto de 2000, el cual

concluye que *“Para los efectos de convalidar un despido efectuado en contravención a las normas previstas en el inciso 5 del artículo 162 del Código del Trabajo, se requiere que además del pago de las cotizaciones previsionales adeudadas, el empleador comunique tal circunstancia al afectado a través de carta certificada, acompañando la documentación previsional que acredite dicho pago”*.

La aludida conclusión se basó en la interpretación armónica de los incisos 1, 5, 6 y 7 del mencionado artículo, disposición que obliga al empleador a pagar las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la del envío o entrega a éste de la comunicación de pago de las cotizaciones morosas.

No obstante ello, esta doctrina, al establecer los requisitos necesarios para convalidar un despido y, específicamente el relativo a la obligación de comunicar al afectado dicho pago, se limita a expresar que esta debe efectuarse por carta certificada, sin referirse a la posibilidad de entregarla personalmente al afectado, situación que expresamente admite el precepto contenido en el inciso 7 del artículo 162 del Código del Trabajo.

Atendido lo anterior y con el objeto de evitar los problemas que dicha omisión podría generar a futuro, este dictamen se complementa, a través del ordinario N°3973/294 del 21 de septiembre de 2000, en el sentido de considerar legalmente válida la entrega de dicha comunicación al trabajador, para los efectos que en el mismo se prevén.

En consecuencia, la jurisprudencia administrativa admite dos formas de comunicar al trabajador el pago de las cotizaciones previsionales y su acreditación, la primera, contemplada en la propia ley: a través da carta certificada; y la segunda, agregada por la Dirección del Trabajo: comunicar

⁷ Circular N° 1101. Superintendencia de AFP. Publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1999.

dicha circunstancia personalmente al trabajador; en ambos casos acompañando la documentación que acredite dicho pago.

Sin embargo, frecuentemente la convalidación del despido se producirá una vez incoado un proceso judicial por nulidad del despido, de esta manera cabe preguntarse ¿cual sería la validez de la comunicación de pago de cotizaciones y su acreditación en sede judicial?. Pensemos en un empleador que no ha pagado las cotizaciones previsionales al trabajador y que siendo demandado por éste quisiera acreditar dicho pago durante el juicio ¿Bastaría con acompañar a la causa los comprobantes justificativos de dicha circunstancia? Pensamos que la respuesta no podría sino ser positiva, ya que al acompañarse tales documentos, bajo el apercibimiento legal, se tendrían por reconocidos por la contraria de no ser objetados dentro del plazo contemplado en la ley. Esta idea se reafirma por el espíritu de la norma, la cual indudablemente tiene por objeto otorgar al trabajador certeza acerca del cumplimiento del empleador de sus obligaciones previsionales, certeza que se logra igualmente de este modo, aun cuando no esté expresamente contemplado en la norma.

Por otro lado, creemos que la norma se refiere a situaciones en que aún no hay un proceso judicial en trámite, por cuanto una vez iniciado éste, lógicamente debe regirse por las normas procesales correspondientes, entenderlo de otro modo sería forzar la norma.

5. Capítulo IV: facultades conferidas a las Inspecciones del Trabajo

De acuerdo con lo señalado en el inciso final del artículo 162, la Ley 19.631 confirió a la Inspección del Trabajo una serie de facultades en materia previsional. En primer lugar, podemos señalar la facultad de exigir al empleador, de oficio o a petición de parte, la acreditación del pago de las cotizaciones previsionales al término de la relación laboral, por las causales previstas en los números 4, 5 y 6 del artículo 159, y por aquellas previstas en los artículo 160 y 161 del Código del Trabajo.

En relación con lo anterior, debe hacerse presente que durante los dos primeros años de vigencia de la Ley N° 19.631, sólo pudo exigirse la acreditación del pago de las cotizaciones previsionales correspondientes al último año de vigencia de la relación laboral, o por todo el período de vigencia del contrato de trabajo, si éste hubiera sido inferior a un año, conforme a lo dispuesto en el artículo transitorio de dicha Ley.

En segundo lugar, se otorga a la Inspección del Trabajo la facultad de exigir al empleador el pago de las cotizaciones devengadas durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha del envío al trabajador de la comunicación indicada en el inciso 6 del artículo 162, en el caso de convalidación del despido.

Lo anterior, sin perjuicio de aquellas facultades de carácter general que el ordenamiento jurídico otorga a dicho Servicio para exigir el pago de las cotizaciones previsionales adeudadas al término de la relación laboral y de las remuneraciones y demás prestaciones que se devenguen en el período mencionado.

Ahora bien, además de las facultades explicadas precedentemente, este inciso final contempla además, una sanción especial para el caso de incumplimiento de sus prescripciones, esto es, una multa de 2 a 20 UTM. Todo ello sin perjuicio de aquellas sanciones que corresponda aplicar al

mismo ente fiscalizador de conformidad al artículo 19 del Decreto Ley N° 3.500 y al artículo 30 de la Ley N°18.933, por no haberse enterado las cotizaciones previsionales devengadas con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, y la prevista en el artículo 477 del Código del Trabajo, por el no pago de remuneraciones y demás prestaciones correspondientes al lapso que media entre el término de la relación laboral y la convalidación del mismo, esto es, la sanción de carácter general establecida para todo tipo de infracciones al Código del Trabajo y a sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, consistentes en una multa de una a veinte unidades tributarias mensuales, según la gravedad de la infracción y cuyo monto va en aumento proporcional al número de trabajadores.

6. Capítulo V: finiquitos firmados y ratificados ante un ministro de fe

Conforme a la Jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección del Trabajo, los finiquitos firmados por el interesado y ratificados ante alguno de los ministros de fe que señala la ley, poseen poder liberatorio y pleno valor probatorio.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.631, en caso de firmarse un finiquito y ratificarse un finiquito ante un ministro de fe, sin haberse acreditado el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, dicho documento, como también el término del contrato, adolecerían de un vicio de nulidad, por la omisión de un requisito de validez del mismo, de conformidad con el tenor del actual artículo 162 del Código del Trabajo. Por cuanto, como ya se ha expresado, es de la esencia del despido, informar al trabajador sobre el estado de pago de las cotizaciones previsionales, adjuntando los comprobantes que acrediten dicho pago, de conformidad con lo señalado en el inciso 5 del artículo 162.

Ahora bien, de conformidad con las reglas generales en materia de nulidad, y especialmente con lo preceptuado por los artículos 1681, 1683 y 1684 del Código Civil, ella no opera de pleno derecho, debiendo ser declarada por los tribunales de justicia. De esta manera la Dirección del Trabajo carece de competencia para declarar la nulidad del despido y del correspondiente finiquito ratificado ante un ministro de fe; correspondiendo únicamente a los Tribunales de Justicia.

De esta manera, el trabajador que se encuentre en la situación descrita, deberá interponer una demanda de nulidad del despido y del correspondiente finiquito, por infracción a lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 162. Para ello, deberá estarse a lo dispuesto en el nuevo inciso 3 del

artículo 480 del Código del Trabajo, teniendo un plazo de 6 meses contados desde la suspensión de los servicios.

7. Capítulo VI: obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, derivadas de lo dispuesto en el artículo 162 del código del trabajo⁸

Con el objeto de que el empleador pueda dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en la Ley N° 19.631, la Administradora de Fondos de Pensiones respectiva, a requerimiento del empleador o de quien lo represente, deberá emitir un documento denominado Certificado de Cotizaciones Previsionales Pagadas, el que deberá contener las cotizaciones previsionales que se encuentran acreditadas en la cuenta personal del afiliado y que hubiesen sido pagadas por el respectivo empleador, certificado que deberá ponerse a su disposición, dentro del plazo de 10 días hábiles, contado desde la fecha de recepción de la solicitud.

Para efectos de lo anterior, el empleador o quien lo represente deberá presentar en la agencia de la administradora el formulario denominado *“solicitud de certificado de cotizaciones previsionales pagadas”*, adjuntando el original del Rol Único Tributario del empleador. La solicitud deberá ser aceptada por la por la administradora, previa verificación del nombre o razón social y número de RUT del empleador consignados en ambos documentos. Queda prohibida la entrega del certificado a aquellos empleadores cuyo número de RUT no corresponda con el RUT pagador registrado en la cuenta personal del afiliado.

La administradora deberá certificar el pago de las cotizaciones previsionales, de acuerdo a la información que registre en la cuenta personal del afiliado, a la fecha de la solicitud.

El último período de pago que se encuentre en la etapa de procesamiento de la información, el empleador deberá acreditarlo ante el trabajador con la respectiva planilla de pago. De igual forma deberá proceder

⁸ Circular N° 1101. Superintendencia de AFP. Publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1999.

el empleador, cuando pague cotizaciones previsionales previamente declaradas o atrasadas sin declaración.

Asimismo, en el evento que en la historia previsional del trabajador existan períodos no aclarados, por encontrarse rezagadas las cotizaciones o en documentación incompleta, el empleador deberá acreditarlos ante el trabajador con las respectivas planillas de pago. En esta situación, complementariamente, el empleador podrá solicitar a la administradora la certificación de dichos períodos, adjuntando a una nueva solicitud el original (copia empleador) y fotocopia de planillas de pago correspondientes. En tal caso la administradora deberá emitir el certificado por los períodos aclarados dentro del plazo de 10 días hábiles, contado desde la fecha de la solicitud. El original de la planilla de pago deberá devolverse al empleador conjuntamente con la copia de la solicitud, previa verificación de la autenticidad de la documentación presentada.

Además, cuando se trate de cotizaciones previsionales aclaradas por el empleador, la administradora deberá efectuar las regularizaciones pertinentes con el objeto de abonarlas en la cuenta personal del trabajador, debiendo para tal efecto remitir al nivel central la documentación recepcionada dentro del plazo de 2 días hábiles siguientes a la emisión del certificado.

Las administradoras deberán mantener en sus agencias, a disposición de los empleadores y público en general, el formulario “solicitud de certificado de cotizaciones previsionales pagadas”, el cual será de diseño libre, debiendo emitirse en original para la administradora y copia para el empleador. Los datos mínimos que deberá contener la solicitud, serán los siguientes:

- Número de folio
- Fecha de la solicitud
- Agencia

- Nombre o razón social y número de RUT del empleador
- Nombres, apellidos y número de RUT del trabajador
- Período solicitado a certificar (desde-hasta)
- Timbre de recepción y firma del funcionario de la administradora.⁹

El original de la solicitud y las fotocopias aportadas por el empleador, deberán mantenerse en el nivel central de la Administradora, por un período mínimo de 12 meses, al término del cual podrán destruirse.

⁹ Circular N° 1703. Superintendencia de Seguridad Social. Publicada en el Diario Oficial el 18 de Noviembre de 1999.

8. Capítulo VII: recepción de la ley Bustos - Seguel por los actores del mundo laboral, como destinatarios de la norma

A fin de conocer la acogida que esta norma ha tenido entre los diversos destinatarios de ella, decidimos entrevistar a representantes de los distintos grupos fácticos a quienes la norma afecta con mayor fuerza. Les planteamos nuestras interrogantes, las cuales tratan básicamente de los puntos analizados en nuestra memoria, por su complejidad interpretativa. Conocimos su opinión y seleccionamos aquellas que nos parecieron de mayor interés por la representatividad de quienes las emitieron.

8.1. Entrevista a Doris Tello Arriagada.¹⁰

¿Cuál es el período de pago de cotizaciones previsionales que abarca la fiscalización efectuada por la Inspección del Trabajo, para efectos de la nulidad del despido?

Si bien, en estricto rigor, la norma exige al empleador la acreditación del pago de las cotizaciones previsionales del trabajador, de todo el período trabajado, por razones de economía y celeridad del servicio, en los comparendos que se llevan a cabo en la Inspección del Trabajo, sólo se exige la acreditación del último año de vigencia de la relación laboral. Sin embargo, se pone en conocimiento de las partes que si el empleador ha incumplido esta obligación de pago de las cotizaciones previsionales del trabajador, en cualquier período durante toda la vigencia de la relación laboral, el despido carece de valor.

¿Qué es, en definitiva, lo que produce la nulidad del despido: el no pago de las cotizaciones previsionales al trabajador, o la falta de su acreditación?

¹⁰ Doris Tello Arriagada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Abogado de la Inspección Provincial del Trabajo de Valdivia.

Justamente se ha discutido ese punto, sin embargo, la posición de la Inspección del Trabajo, ha sido que la nulidad del despido se produce únicamente por la falta de pago, ya que se ha entendido que la acreditación de dicho pago no es sino una formalidad del despido. Se tiene que poner en conocimiento del trabajador que se ha puesto fin a una relación laboral y que sus cotizaciones previsionales se encuentran pagadas al momento de enviarle la carta de despido. Pero si no se acredita el pago, pero éstas se encuentran efectivamente pagadas, esto no acarrea la nulidad del despido, sino que se sanciona con una multa.

¿Pero cómo le consta al trabajador que sus cotizaciones previsionales se encuentran pagadas?

Simplemente basta con que el trabajador concurra a la AFP donde se encuentra afiliado y solicite un listado de sus cotizaciones previsionales, y en forma inmediata dicho listado arrojará la información acerca de si existe algún período impago.

En todo caso si un trabajador pretende iniciar una acción de nulidad del despido siempre es recomendable saber previamente si sus cotizaciones están pagadas o no, de manera de asegurarse alguna posibilidad de éxito en el juicio, pues no tiene ningún sentido iniciar una demanda con los costos que ello implica por el solo hecho de no haberse acreditado el pago.

¿Si el trabajador concurre al comparendo ante la Inspección, se le pide que acompañe dicho listado de cotizaciones?

La fiscalizadora le pregunta si lo tiene, y en caso de negativa se le recomienda concurrir a la AFP y solicite dicho listado, y se recomienda suspender la audiencia para una nueva fecha en que cuente con la información requerida a fin de que el fiscalizador pueda revisar el periodo. En todo caso depende mucho del fiscalizador.

¿Es la Inspección del Trabajo competente para pronunciarse sobre la validez o nulidad del despido por faltar la acreditación del pago de cotizaciones previsionales?

No por cuanto declarar la nulidad del despido es una atribución exclusiva de los tribunales de justicia, la Inspección sólo podría emitir un dictamen, un pronunciamiento al respecto, pero eso es una opinión o posición que es perfectamente variable como toda jurisprudencia administrativa. Ese es el sentido que se le ha dado ahora.

¿Qué valor le da usted a la acreditación en juicio del hecho de encontrarse íntegramente pagadas las cotizaciones previsionales al momento del despido?

Tiene un valor meramente procesal o probatorio, por cuanto dicha acreditación durante el transcurso del juicio serviría para enervar la acción deducida, pues el empleador deberá probar que el despido fue válido y lo es cuando las cotizaciones previsionales se encontraban íntegramente pagadas al momento del despido, carga que recae sobre el empleador.

Para la Inspección del Trabajo el requisito de validez del despido es que las cotizaciones se encuentren pagadas, independientemente que esta circunstancia se haya acreditado al trabajador.

Ahora, si al momento del despido no se encontraban efectivamente pagadas las cotizaciones, convalidándose posteriormente mediante pago. ¿En qué momento se entiende convalidado el despido, al momento del pago de las cotizaciones adeudadas o al acreditar dicho pago?

Bueno, aquí la situación es distinta, por cuanto la ley señala expresamente que hay que acreditar para convalidar. Sin embargo esta es una opinión personal ya que normalmente la convalidación se producirá en sede judicial escapando de las facultades de la Inspección del Trabajo. Pero en mi opinión, para convalidar el despido, no basta con el pago sino que se

requiere que dicho pago se ponga en conocimiento del trabajador, de manera que la convalidación se produce al momento de la acreditación, aun cuando esta sea posterior al pago efectivo de las cotizaciones adeudadas. Sin embargo debe tenerse presente que siendo el empleador el principal interesado en que el despido se convalide, no dejará transcurrir mucho tiempo entre el pago y la acreditación a fin de evitar prolongar las obligaciones derivadas de la nulidad del despido, esto es, el pago de las remuneraciones y demás prestaciones en dinero al trabajador establecidas en el contrato de trabajo.

Volviendo al tema del despido, ¿sería factible que el empleador, a fin de proveerse de un medio probatorio o de resguardarse ante una eventual acción de nulidad del despido por parte del trabajador, acompañara a la Inspección junto con la carta de aviso del despido, copia simple o autorizada de los comprobantes de pago de las cotizaciones previsionales adjuntados a la carta enviada al trabajador?

Por supuesto, la Inspección esta obligada a recibir y a archivar todos los documentos que las partes acompañen ante este Servicio.

¿Es compatible el despido indirecto con la acción de nulidad del despido?

Bueno la ley no hace distinción alguna ya que la nulidad del despido procede por todas las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, sin hacer distinción respecto del despido indirecto.

¿Cuál sería la forma de interponer estas acciones?

Desde el punto de vista jurídico aun no hay respuesta, sin embargo hay que verlo desde un punto de vista lógico, no puedes pedir que se declare un despido y luego pedir que se declare nulo.

Lo que ocurre en la práctica ante un caso de un empleador que incumple las obligaciones estipuladas en el contrato, por ejemplo el pago de

remuneraciones y cotizaciones, el trabajador concurre ante la Inspección del Trabajo y en esta entidad se busca la solución del conflicto a través del sistema de mediación, medio por el cual se le dan facilidades al empleador para ponerse al día con las obligaciones incumplidas; lo que en definitiva redundaría en un beneficio para el trabajador por cuanto siendo la parte más débil de la relación laboral, resulta evidente su urgencia en percibir las remuneraciones, ya que probablemente el tiempo que transcurre en un juicio laboral difícilmente podrá ser soportado por una persona generalmente cesante y por ende con problemas económicos.

Pero, jurídicamente no veo asidero para demandar en sede jurisdiccional despido indirecto y a la vez nulidad del despido. Creo que necesariamente habría que optar por una o por otra.

¿Cuál es su opinión del fallo de la Corte Suprema que restringió el período a pagar, en el caso de convalidación del despido, a seis meses, sin considerar el tiempo transcurrido entre la suspensión de funciones del trabajador y la convalidación del despido?

No estoy de acuerdo, puesto que la norma es clara en cuanto al período que debe pagar el empleador, comprende todo el lapso entre ambos hechos, esto es desde la suspensión de los servicios y la convalidación del despido en la forma que la ley señala, esto es, una vez pagadas íntegramente las cotizaciones previsionales adeudadas y su comunicación al trabajador. Y por tanto dicho fallo incurre, a mi parecer no tiene un sustento jurídico sólido, pues distinto habría sido que hubiera realizado una extensa argumentación para sostener la restricción del plazo fijado por la ley, pero decir únicamente que se basa en razones de justicia y equidad, me parece insuficiente.

Si en lo principal de una presentación se demanda nulidad del despido, y en el otrosí se demanda en subsidio el despido injustificado ¿Qué pasa si estas acciones se interponen dentro del plazo de seis meses para reclamar la

nulidad del despido, pero después de transcurridos los 60 o 90 días que establece la ley para demandar el despido injustificado? Y si en definitiva se rechaza la acción principal, ¿tendría el juez que pronunciarse sobre la acción subsidiaria ya prescrita?

Creo que es discutible, pero en mi opinión, creo que sería abusar del plazo establecido para reclamar la nulidad, y burlar el espíritu de la ley, porque de aceptar dicha tesis, se ampliarían ficticiamente los plazos que establece la ley, cuya brevedad encuentra su fundamento en la celeridad que el legislador pretendió dar a las acciones laborales y en la certeza jurídica que ello conlleva. De esta manera la forma de interponer ambas acciones debe ser, necesariamente antes de que venza el plazo para demandar el despido injustificado. Por ello si se rechaza la acción principal por falta de fundamentos, el juez no tendrá la obligación de pronunciarse respecto de la acción subsidiaria, por ser ella extemporánea.

8.2 Entrevista a Marcos Ilabaca Cerda.¹¹

¿Cuál es su opinión, como abogado de la CUT, respecto la nulidad del despido, ventajas y desventajas?.

Lo primero es señalar que como se trata de una institución nueva no existe mucha jurisprudencia al respecto. Por lo menos en las causas que nosotros hemos tramitado, no hemos logrado tener aún una sentencia definitiva. Existe una serie de problemas prácticos que surgen producto de la nulidad del despido que quizás es interesante poner en la palestra y poder discutirlos, como puede ser por ejemplo el período de caducidad de la acción de despido injustificado cuando tú interpones nulidad del despido y en subsidio despido injustificado. Entonces cuando caducan las acciones, ¿en

¹¹ Marcos Ilabaca Cerda, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Abogado particular y Abogado de la Central Unitaria de Trabajadores de Valdivia.

los sesenta días que señala el Código o en los seis meses que establece el Código para nulidad del despido?

¿Cuál es su opinión en este sentido?

Yo creo que son los sesenta días, sin perjuicio que la ley establezca un plazo de seis meses para interponer la acción de nulidad, pero si yo interpongo una acción de nulidad del despido y en subsidio despido injustificado, necesariamente, en mi opinión, deberá ser dentro del plazo que la ley establece para accionar de despido injustificado, esto es, los sesenta o noventa días hábiles. Al respecto yo creo que la ley es clara en cuanto al plazo para interponer acciones laborales, y en cuanto al despido injustificado es bastante categórica, entonces ahí nace la discusión en cuanto a por qué los legisladores establecieron un plazo mayor para alegar la nulidad del despido si normalmente va a tener que ser interpuesta dentro del plazo para alegar el despido injustificado, que en la mayoría de los casos se interpondrá en forma subsidiaria a la nulidad del despido, entonces nos encontramos ante una situación bastante anómala.

El segundo tema que me inquieta es el relativo al pago de las remuneraciones y demás prestaciones, en el caso de un despido declarado nulo y no convalidado ¿hasta qué momento deberá pagar el empleador?

Bueno, al respecto existe un fallo de la Corte Suprema que limitó el plazo a seis meses.

En efecto, pero la ley es muy clara en el sentido de señalar que la obligación del empleador de pagar al trabajador sus remuneraciones y demás prestaciones en dinero, subsiste hasta el momento de convalidar el despido. Restringir dicho plazo a seis meses, sin duda, burla el espíritu de la ley. Creo que ni siquiera es materia de discusión, pues la ley es clara, de manera que si bien podría ser materia de críticas, este plazo no puede ser arbitrariamente restringido. De lo contrario, ello puede dar lugar a muchos abusos, ya que

bien podría un empleador dilatar un juicio laboral, a fin de reunir el dinero necesario para pagar al trabajador los seis meses de remuneraciones, burlando así el espíritu de la norma y sin que la institución de la nulidad del despido cumpla el fin último para el cual fue creada.

Por supuesto, pero el pago al trabajador de seis meses de remuneraciones después de que dejó de prestar servicios, no deja de ser una dura sanción para el empleador, y mal que mal si bien los fundamentos que da la Corte en su fallo, no son muy claros, sí responden a la equidad, aun cuando la ley diga otra cosa.

Pero hay que pensar quiénes son los trabajadores a los que no se les pagan las cotizaciones previsionales, normalmente son aquellos que ganan alrededor de \$100.000.- mensuales, y para el empleador pagar \$600.000.-, por los seis meses de “sanción” por nulidad del despido, no es un monto elevado.

Pero en la mayoría de los casos, los problemas por no pago de cotizaciones previsionales se dan en la pequeña y mediana empresa, y muchas veces, para un pequeño empresario, \$600.000.- es una gran suma.

Indudablemente, pero las cotizaciones provienen de dineros del trabajador, y al retenérsele mensualmente al trabajador un porcentaje de sus remuneraciones para efectos previsionales, y no enterarlo en la respectiva AFP, en el fondo se está apropiando de dineros ajenos.

¿Podría interponerse una querrela por apropiación indebida?

No existe claridad respecto de ese tema, porque en definitiva los fondos son del trabajador, pero quién tiene legitimidad activa para hacer el cobro ¿el trabajador o la institución previsional respectiva? Yo creo que la institución previsional respectiva, que en Chile, lamentablemente no ejerce las acciones legales pertinentes para cobrarlas. Sin embargo me surge la duda de si sería o no procedente una acción por apropiación indebida. El problema

es que normalmente los montos son tan bajos que no valdría la pena, ejercer una acción criminal.

¿Qué tal ha sido la evaluación de esta institución por parte de la CUT?

Me ha tocado trabajar bastante con varios dirigentes de la CUT que tienen el tema bastante claro, la verdad es que no les ha gustado la forma de resolver que han tenido los Tribunales Laborales, respecto a temas particulares. Ellos sienten que los Tribunales en Valdivia no respetan el principio pro-operario. En definitiva yo creo que existen graves falencias en el tema de protección al trabajador, ya que a lo mejor dicho principio en el inconsciente colectivo existe, efectivamente los tribunales apoyan mas a los trabajadores que a los empleadores, pero en términos concretos es muy difícil lidiar con empleadores, por un tema económico ya que generalmente los trabajadores no tienen los medios económicos, para sobrellevar los costos que significa un juicio laboral. Pueden tener problemas también en materia probatoria, testimonial sobre todo, ya que generalmente quienes presencian los hechos son trabajadores de la misma empresa, quienes dudarán arriesgar sus empleos por ayudar a un colega. Esto se ve generalmente en las causas de despido injustificado, no así en las de nulidad del despido, en las que el hecho a probar es mucho mas objetivo, bastando con acompañar los certificados previsionales correspondientes.

Yo creo que el tema de la nulidad del despido, en definitiva, con este tipo de interpretaciones se va a transformar en triunfos morales para el trabajador. Es decir el objetivo que tiene la nulidad del despido, es proteger al trabajador y establecer una sanción al empleador que incumple con sus obligaciones previsionales, de modo que este no tenga lagunas previsionales que perjudiquen la jubilación del trabajador, y en esto me gustaría referirme a la sentencia que comentábamos de la Corte Suprema, pues me parece que

establecer ese tipo de límites resulta a lo menos arbitrario y sumamente perjudicial para el trabajador.

¿La nulidad del despido procede por despedir al trabajador sin haber enterado las cotizaciones previsionales, sin importar si este hecho se acreditó o el despido es nulo aun cuando se hayan pagado las cotizaciones previsionales pero dicha circunstancia no se ha acreditado?

Yo creo que la sanción es solamente por no pago de las cotizaciones previsionales, el no haber acreditado el pago no es suficiente para dar lugar a la nulidad del despido, por cuanto después se puede acreditar fácilmente. No creo que sea suficiente el hecho de no haber acreditado, para invalidar el despido. Yo creo que la norma, lo que exige, es el pago de las cotizaciones previsionales.

¿Qué pasa en la misma situación pero al momento de convalidar?

Aquí si se requiere acreditar, y de qué manera se acredita efectivamente si no es con los documentos correspondientes, porque eso se da generalmente en la instancia administrativa o en sede judicial, y para poder enervar la acción debo probar, pero creo que no al momento del despido, porque en este caso si me demanda el trabajador yo demostraré que las cotizaciones previsionales están efectivamente pagadas, por lo tanto en este caso basta con informarle el estado de sus cotizaciones.

Pero es muy distinto al momento de convalidar porque en este caso efectivamente hay un incumplimiento y por lo tanto se requiere acreditación.

Pero lo que pretendió el legislador al modificar dicho artículo fue cambiar precisamente eso, que no fuera el trabajador quien debiera demandar para poder saber en que estado estaban sus cotizaciones.

Si pero es muy sencillo para el trabajador saber si el empleador le pago o no las cotizaciones, basta con que se acerque a la institución previsional correspondiente y solicite un certificado, entonces no existe gran

dificultad y creo que no puedes sancionar al empleador por no haber acreditado un hecho si efectivamente cumplió con su obligación; pero de hecho no queda claro en la norma, lo que sí queda claro es que para convalidar se debe acreditar el pago de las cotizaciones adeudadas.

¿La acción por despido indirecto es compatible con la de nulidad del despido?

Como primer punto, debe tenerse presente que la institución del despido indirecto tiene por finalidad poner término al contrato de trabajo, cuando es el empleador quien ha incumplido sus obligaciones, de manera que es el trabajador quien le pone fin a la relación laboral, no el empleador.

En este caso, entonces, si dentro de las obligaciones que el empleador ha incumplido se encuentra el pago de cotizaciones previsionales del trabajador, lo que yo haría sería demandar despido indirecto, y al detallar las prestaciones que se adeudan al trabajador señalaría además de las cotizaciones previsionales, las remuneraciones y demás prestaciones en dinero que el trabajador debe percibir entre el momento de la declaración del despido indirecto, y el pago efectivo de las cotizaciones previsionales en la institución respectiva. Es decir demandaría derechamente el despido indirecto y en la parte petitoria incluiría el cobro de las remuneraciones hasta el momento de la "convalidación".

¿Cuál es su opinión respecto de la actual redacción del artículo 162 del Código del Trabajo?

Por un lado, ella constituye un gran paso en la protección del derecho de los trabajadores, sin embargo, yo creo que la norma es defectuosa, ello principalmente en razón de su origen, pues debemos pensar que la ley 19631 nació del consenso de tres sectores muy disímiles, por un lado los trabajadores, por el otro los empresarios, y en el medio el Gobierno. De manera que al tratar de aunar criterios y dejar satisfechos a todos los

involucrados, se dictó una norma que puede ser interpretada de distintas formas, y que en definitiva resultó ambigua y oscura, y que por lo tanto da para todo.

Sin embargo creo que la principal fuente de conflictos laborales está dada por la gran desinformación que existe en esta materia. Si bien los trabajadores cuentan con asesoría por parte de la CUT, muchos se mantienen al margen y desconocen sus derechos. Y por otra parte, los empleadores, muchas veces no se interesan en conocer las normas que regulan la relación con sus trabajadores y esperan a recurrir a sus abogados una vez que son demandados al incumplir sus obligaciones, pero lo que debieran hacer es informarse antes y durante la relación laboral.

8.3 Entrevista a Mario Aguila Inostroza¹²

En su opinión ¿son compatibles las acciones por despido indirecto y por nulidad del despido? De ser así, ¿en qué forma deben plantearse procesalmente? Y si estima que son incompatibles, ¿por qué opina de esa manera y cuál sería la forma de cobrar las cotizaciones impagas para un trabajador cuyo empleador no se las ha pagado y no lo quiere despedir?

Me parece que no es compatible; el artículo 162, en esa parte, está dado claramente para el caso del despido por parte del empleador. Las cotizaciones previsionales las debe cobrar la respectiva AFP con el procedimiento de apremio (arresto) que contempla la ley.

¿Qué opina Ud. sobre la siguiente situación?: Si se presenta una demanda de nulidad del despido en lo principal (la cual esta dentro de plazo) y subsidiariamente se interpone una demanda por despido injustificado (la cual esta fuera de plazo). Si se rechaza la acción de nulidad ¿debe el juez

¹² Mario Enrique Aguila Inostroza Postulado Economía y Administración UGM Y Derecho Penal Aplicado y Reforma Procesal Penal UAH

pronunciarse sobre la acción de despido injustificado? ¿O estima que el plazo de nulidad no "arrastra" la acción de despido injustificado y debe declararse la caducidad de ésta?

No encuentro sustento legal para que por el sólo hecho de que la acción principal en una demanda se deduzca dentro de plazo, contagie a la acción subsidiaria que está prescrita. Sería muy fácil, entonces, conseguirse un mayor plazo para deducir una acción prescrita o caduca, inventando una acción principal de mayor plazo, aunque esta no tenga posibilidad alguna de prosperar (sería una acción instrumental). Lo anterior, no sólo en materia laboral: invento una acción ordinaria civil (de 5 años), que no tiene opción alguna de ser acogida, solo porque la acción subsidiaria de 4 años, por responsabilidad extracontractual, ya está prescrita. Y con ello pretender que se le contagie el plazo de la primera a la segunda.

En materia laboral inventaría una acción de nulidad del 162, a sabiendas que no tiene posibilidad, para salvar la caducidad de la acción por despido injustificado. Por lo mismo, creo que no correspondería accionar de esa manera.

En su opinión, al despedir el empleador a un trabajador, para cumplir con el mandato legal del artículo 162 ¿debe pagar las cotizaciones previsionales y acreditar dicho pago, o sólo debe pagar y la acreditación se sanciona según el 477?

Me parece que si se acredita el pago, con posterioridad, se enerva la acción de nulidad, debiendo pagar las remuneraciones sólo hasta que el pago se efectuó. Principio de buena fe y razón de ser de la norma. El no acreditar puede, efectivamente, tener una sanción menor administrativa, equivalente a las que se refieren a no acompañar la documentación requerida por la Dirección del Trabajo.

¿Para convalidar, sería necesario acreditar o bastaría el solo pago?
Esto es, si no se acredita durante el juicio el pago de las cotizaciones, aun cuando efectivamente estén pagadas, habría nulidad?

Cómo puede bastar el solo pago para convalidar el despido, si no se acredita en el tribunal. Lo que no se prueba, no existe.

Respecto de la Sentencia de la Corte Suprema, rol 1100-01: Nos interesa saber su opinión sobre los "fundamentos" de la sentencia que limita a un máximo de seis meses las remuneraciones que el empleador debe pagar al trabajador.

No he leído detenidamente sus fundamentos, como para comentarlos.

9. Conclusiones

Del análisis exhaustivo de la norma que dió origen a este trabajo, pudimos apreciar el importante aporte que se hizo en este campo del derecho, aporte que sin duda, beneficia principalmente a los trabajadores quienes son, normalmente, la parte más débil en una relación laboral. En efecto, el legislador ha dado un gran paso, puesto que una materia tan trascendente como lo son las cotizaciones previsionales, hasta antes de esta modificación, sólo quedaba entregada a la buena fe de los empleadores, quienes sólo estaban obligados a informar al trabajador el “estado” de las cotizaciones previsionales, pero no a acreditar esta circunstancia. Con esta modificación, hoy en cambio, existe norma expresa a este respecto.

Si bien no puede desconocerse la buena intención de nuestros legisladores, aún queda un largo camino por recorrer, pues en los términos que dicha norma fue planteada se generan un sinnúmero de problemas de interpretación, y por ende de aplicación, que conlleva por tanto, a concluirse la conveniencia de dictar una norma complementaria o interpretativa del actual artículo 162 del Código del Trabajo. Dicha norma complementaria debería aclarar su texto, de manera que sólo quede al juez la misión de aplicar la norma sin tener que elegir entre las interpretaciones posibles que la norma presenta, puesto que esta situación conlleva no sólo a sentencias contradictorias, sino que además y como consecuencia de lo mismo, a una menor certeza jurídica para los actores vinculados a un proceso laboral.

Como se desprende del análisis efectuado en el capítulo segundo de esta memoria, el actual texto de la norma en cuestión, presenta una serie de interpretaciones posibles, todas muy disímiles, lo que obviamente resta certeza jurídica; ello porque finalmente será el juez quien aplicará la norma basándose en cualquiera de las interpretaciones planteadas, lo que traerá como resultado que ante casos similares, diversos Tribunales, pueden fallar

en distinta forma, guiándose por su propia percepción del verdadero sentido y alcance de la norma.

Como pudimos apreciar el aporte de la doctrina es escaso, y la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, no ha entregado respuestas claras. Por su parte, la jurisprudencia administrativa, sólo se ha pronunciado respecto de algunos puntos, restringiéndose a los que son materia de su competencia.

Quedan de esta forma diversas interrogantes aún sin resolver, relativas tanto al fondo como a los aspectos procesales o forenses de la aplicación de esta norma, problemas que solo podrán ser resueltos con el transcurso del tiempo y mejor aún con la dictación de una norma complementaria o interpretativa que resuelva en definitiva dichas interrogantes.

10. Bibliografía

- Derecho del Trabajo. Tomo I. Christian Melis Valencia, Felipe Sáez Carlier. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 2000.
- Manual de Consultas Laborales y Previsionales. Aplicación Ley N° 19631. Año XVI N°187, Ediciones Técnicas Laborales Ltda. Santiago Diciembre 2000.
- Manual de Consultas Laborales y Previsionales. Código del Trabajo. Año XIV N°168, Ediciones Técnicas Laborales Ltda. Santiago Mayo 1999.
- Boletín Dirección del Trabajo. Año XIII, N° 147. Ediciones Publitecsa. Santiago, Abril 2001.
- Revista Laboral Chilena. Publicación del Centro de Extensión Jurídica. Santiago, Diciembre 1999.
- Boletín Dirección del Trabajo. Año XVI, N° 166. Ediciones Publitecsa. Santiago, Noviembre de 2002.
- Boletín Dirección del Trabajo. Año XV, N° 164. Ediciones Publitecsa. Santiago, Septiembre 2002.