

UNA DECISIÓN INEXPLICABLE: CONTRATO DE PLAZO FIJO Y FUERO MATERNAL

EDUARDO YÁÑEZ MONJE*

Universidad de Chile

Resulta interesante –o abrumador– ver cómo los jueces prescinden del texto legal en sus decisiones. Parecen suponer que las normas jurídicas poseen razones contribuyentes, pero en todo caso no definitivas para la solución del caso. Desde luego, las normas dejan de ser órdenes o mandatos y pasan a ser sugerencias o direcciones intuitivas sobre cómo solucionar un caso. En esa situación se encuentra este fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago caratulado “María Eugenia Menares Macaya en contra de la Corporación de Desarrollo de La Reina”, Rol Nº 882-2010 de 2 de noviembre de 2010.

El fallo del juez de letras anuló la terminación del contrato de una trabajadora embarazada por el vencimiento de plazo convenido, por no haber solicitado el empleador el desafuero previo ante el juez respectivo, como lo ordena el artículo 174 del Código del Trabajo. La Corte de Apelaciones anuló dicho fallo, aduciendo que se exigía como requisito la terminación del contrato en forma unilateral por parte del empleador y el conocimiento por parte del mismo del estado de embarazo. Su razonamiento reza de la siguiente manera;

“Que, en síntesis, el recurrente estima que ha existido una errónea aplicación del derecho, ya que se le está aplicando una normativa que en los hechos corresponde invocar cuando ha existido una separación ilegal de funciones, lo que en el entender de la recurrente no es efectivo, toda vez que la relación laboral existente entre las partes terminó por vencimiento del plazo pactado, se firmó finiquito y la trabajadora nunca informó de la existencia de un embarazo, lo que vino a comunicar mucho tiempo después de concluida la relación laboral”. –Considerando Sexto–.

“Que la interpretación armónica de las normas transcritas –174 y 201 del Código del Trabajo– llevan a concluir que la reincorporación allí establecida, opera cuando la trabajadora ha sido despedida ilegalmente, sin pedir la autorización judicial para ello, encontrándose embarazada y cuyo estado de gravidez haya sido de conocimiento de su empleador antes de poner término a la relación laboral” –Considerando Décimo–.

“Que de esta manera, si bien pareciera que las partes se encuentran en la situación fáctica contemplada en el precepto transcrito, desde un primer punto de vista, no ocurre lo mismo si se atiende al segundo factor *sine qua non* para su aplicación, esto es, la existencia de una exoneración, de una decisión unilateral del empleador de poner término a la relación laboral y cuya concurrencia, sin duda, es previa. Décimo: Que en efecto, obedeciendo el pacto sublite a aquellos denominados a plazo fijo, la voluntad de las partes de contraer obligaciones recíprocas se manifestó supeditada a

* Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

una modalidad que conlleva la estipulación de una época para el cumplimiento de aquellas. La fecha determinada, como acontecimiento futuro y cierto, extingue los derechos nacidos de la convención de pleno derecho, poniendo término al contrato respectivo en tanto las partes, también de consenso, no alteren el carácter de aquella o concurra un hecho al cual el legislador le haya asignado tal efecto. –Considerando Undécimo–”.

El título de este comentario lo he tomado de un comentario anterior, de Cerón y Peroti¹, modificado en la parte necesaria. Cerón y Peroti comentaron una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que falló un caso similar a este pero en sentido contrario. Lo titularon “una decisión controvertida”. En este caso, yo lo denominé “una decisión inexplicable”.

Tratando de desentrañar a la Corte de Apelaciones de Santiago, comenzaré por analizar los dos argumentos esgrimidos. El primero dice relación con el requisito relativo al conocimiento del empleador del estado de embarazo de la trabajadora, requisito que, si se lee varias veces el artículo 174 y 201 inciso 1° y 4°, no se encontrará por ninguna parte. No es primera vez que los tribunales establecen requisitos superiores a los que establece la ley para la concurrencia de una determinada sanción, así en el caso de la nulidad de despido, se ha dicho que procede solo ante el despido unilateral por parte del empleador, y no en el caso de una causal preestablecida y objetiva como el término del plazo, en circunstancias que el artículo 162 hace referencia expresa a la nulidad por no pago de cotizaciones previsionales del despido por el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo². O por otro lado, la exigencia de que el empleador haya efectivamente participado como agente retenedor de los dineros, y habiéndolos retenido no los entere en la instituciones de seguridad social correspondientes, dejando fuera todos aquellos casos en que la relación laboral se encuentre controvertida, mediante una distinción que el artículo 162 inciso quinto tampoco realiza³. En este caso, bas-

¹ CERÓN REYES, Roberto y PEROTI DÍAZ, Felipe. “Una decisión controvertida: contrato de plazo fijo y fuero maternal”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, N° 1, pp. 139-144. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

² Véase YÁÑEZ MONJE, Eduardo. “Vencimiento del plazo del Contrato y Nulidad de Despido”, en: *Actualidad Laboral*, marzo 2009, p. 50. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

³ Entre otros, sentencia “Juan Andrés Espinosa Azócar con Unión Española Sociedad Anónima Deportiva Profesional”, Jurisprudencia Judicial. Corte Suprema, Rol N° 1604-2010, de 7.6.2010, N° LegalPublishing: 44896. “La sanción establecida en el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo exige como presupuesto fáctico existencia de un empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales, situación que no se da en el caso de autos, ya que la demandada solamente va a estar cierta en la existencia de la relación laboral en la fecha en que esta sentencia se encuentre ejecutoriada dado al carácter declarativo que tiene la sentencia. Asimismo, no puede aplicársele a la demandada una sanción que tiene por fundamento sancionar al empleador, que actúa como mero retenedor e intermediario de la remuneración descontada al trabajador para fines previsionales, desde que dicha demandada desconocía la existencia de la relación laboral y a consecuencia de ello no tenía conocimiento de la obligación de descontar de la remuneración de la actora aquella parte que debió enterar ante las instituciones de previsión. Así se ha fallado por nuestros tribunales superiores, al señalarse que “en esta línea de deducciones es posible afirmar que la Ley N° 19631, de 28 de septiembre de 1999, crea un efecto –sanción inmediato derivado del hecho del despido realizado por el dador de trabajo en las condiciones previstas en esa ley, cual es, mantener el pago de remuneraciones por parte del empleador al trabajador por determinado lapso posterior al despido. Tal efecto ha tenido por premisa la declaración de certeza contenida en la sentencia, es decir, la existencia de la relación laboral en los términos del artículo 8° del Código del Trabajo y

taría que el empleador no retenga las cotizaciones para liberarse de la sanción de la nulidad del despido. Es claro que este razonamiento se utiliza en el caso en que la relación laboral se encuentra controvertida –o el monto de la remuneración se encuentra controvertido– pero dicha excepción o distinción no se encuentra claramente establecida en los fallos que se han pronunciado en este sentido.

En este caso, la falacia salta a la vista, al exigir como requisito el conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, en circunstancias que el artículo 201 inciso cuarto comienza diciendo: “*Si por ignorancia del estado de embarazo... se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo*”.

Estaré equivocado si me demuestran que lo que en verdad quiso decir el legislador al decir “por ignorancia del estado de embarazo”, fue “*obviando el estado de embarazo*”, o “despreciando maliciosamente el estado de embarazo” o “sin considerar, a sabiendas, el estado del embarazo”. Mientras eso no ocurra me quedaré con el sentido natural y obvio de la palabra ignorancia, esto es, la “falta de conocimiento del estado de embarazo”.

El otro requisito dice relación con que se trate de un despido unilateral por parte del empleador, supongo refiriéndose a las causales de los artículos 160 y 161, no correspondiendo la sanción de la nulidad de despido en caso de una causal preestablecida por las partes y objetiva, como es el caso del vencimiento del plazo convenido. Este requisito, lo mismo que en el caso de la nulidad de despido por no pago de cotizaciones previsionales, no se encuentra establecida en ninguna parte, es más, las normas aplicables al caso no solo nos alientan sino que conminan a una solución contraria, en circunstancias que el artículo 174 a que alude el artículo 201, señala: “En el caso de los trabajadores a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 y en las del artículo 160”.

En este sentido, la obligación de solicitar el desafuero se extiende a las causales de término de plazo, término de obra y las causales imputables a la negligencia del trabajador. Por lo tanto es claro que el vencimiento del plazo convenido está contenido en el artículo 201 inciso cuarto del Código del Trabajo. Lo que no aclara expresamente la Corte, es si trata de requisitos copulativos, esto es, a) conocimiento del empleador del estado de embarazo de la trabajadora, y b) un despido unilateral por parte del empleador. Si son requisitos copulativos, entonces, el despido por las causales de los artículos 160 o 161 tampoco serán nulos si el empleador no tenía conocimiento del estado de embarazo al momento de terminar el contrato, o al revés, si se trata de una causal objetiva como el vencimiento del plazo convenido, el término de dicho contrato tampoco será nulo aunque el empleador haya conocido el estado de embarazo. Es claro –al menos implícitamente–, que este razonamiento solo se aplica en el caso de término del contrato por vencimiento del plazo, en que se exige conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador, pero dicha excepción o distinción

ha sido esa declaración la que ha hecho nacer los derechos como tal del trabajador reclamante en el aspecto de que se trata.” (Considerando 11° sentencia tribunal primera instancia).

no está claramente explicitado en los considerandos de la sentencia. En principio, si exijo conocimiento, dicho requisito debería ser válido para cualquier causal de despido. Sin embargo, esta consecuencia no es la querida por los jueces, cuyo único objeto en este caso es aminorar la rigurosidad de la norma.

Sin perjuicio de la crítica por la errada aplicación de la norma, no es posible desatender la rigurosidad de la aplicación práctica de la misma: anular la terminación de un contrato transitorio —que fue pactado como tal por ambas partes— por circunstancias desconocidas al momento de la terminación de dicho contrato que podrían —desde el punto del vista del empleador— resultar implausible. Sin embargo, resulta evidente, aunque hoy por hoy completamente olvidado, que los jueces no pueden por sí mismos moderar la fuerza ni el rigor de las leyes, como dijo Montesquieu hace ya varios siglos⁴. Digo hoy por hoy completamente olvidado, pues como señalé al principio de este comentario, los jueces parecen pensar que las normas jurídicas contienen razones contribuyentes pero nunca definitivas para zanjar la disputa de intereses, y como contribuyentes que son, no son obligatorias para el juez, quien puede reconducir la solución del conflicto a algún principio de preferencia constitucional, o como se ha venido dando en la jurisprudencia laboral: la aplicación de la buena fe. Esta tendencia, ya generalizada, no entiende o ignora que la función de la regla es zanjar la disputa de intereses, en este caso, entre trabajador y empleador, y la función del juez es atender a la forma en que esa disputa de intereses está zanjada y no juzgar la legitimidad de la misma. Por eso se distingue entre legalidad y legitimidad. Legalidad se predica de aquello que reconocemos como derecho válido, y la legitimidad se predica de todo aquello que reconocemos como moralmente correcto —o políticamente adecuado—⁵. Por lo tanto, la disputa sobre la mayor o menor legitimidad de una norma legal, es una disputa política, que no puede extenderse al discurso de aplicación del juez, si eso no es así, la administración de justicia quedaría sujeta al mismo nivel de contingencia que la disputa política, que es lo contrario a lo que debe predicarse de un ordenamiento jurídico.

Los autores Cerón y Peroti, en su comentario ya citado, analizaron una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Dicho tribunal se percató de una contradicción en las normas, pues por un lado el artículo 201 establece el fuero maternal como prohibición del despido unilateral por parte del empleador, lo que no contempla —según el tribunal— causales objetivas de terminación de contrato como el vencimiento del plazo, pero por otro, el artículo 174 exige solicitar el desafuero por la causal del artículo 159 N° 4. Dada la contradicción, el tribunal recurre a su discreción —en virtud del principio de inexcusabilidad del artículo 76 de la CPR—. Decide en definitiva hacer primar el fuero por sobre el vencimiento del plazo, pues condicionar el fuero al conocimiento del empleador del estado de embarazo

⁴ MONTESQUIEU, Barón de. *El Espíritu de las Leyes* -1 ed.-. Madrid: Editorial Tecnos, 1972, p. 156. Aquí sin embargo cabe hacer distinciones, no se trata de volver al positivismo exageradamente formalista del siglo XIX. Hoy se postula que el juez podría derrotar la regla cuando la solución al caso particular es contrario a la regla misma. No obstante, no sería el caso de este comentario, en que la solución del caso particular es aquel precisamente querido por la regla.

⁵ Sobre este punto la literatura es abundante, pero en este caso cumpla con citar a NOVOA MONREAL, Eduardo. *Una Crítica al Derecho Tradicional*. Obras Escogidas. Santiago: Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993, p. 47.

es contrario a las normas constitucionales citadas, a saber, el artículo 19 N° 18 –derecho a la seguridad social– y 19 N° 1 inc. 2 –la ley protege la vida del que está por nacer–. La aprensión de los autores del comentario jurisprudencial es, entre otros, que la supuesta contradicción que el tribunal cree ver en las normas no es más que aparente⁶, pues es claro que el artículo 201 del Código del Trabajo establece el derecho del fuero maternal con independencia del tipo de contrato de que se trate, y ello explica por qué el artículo 174 exige el desafuero en el caso del vencimiento del plazo.

Los autores realizan otra aprensión, que el tribunal soslayó una tensión mucho más importante entre las instituciones del fuero maternal y del contrato de plazo fijo, teniendo la primera por objeto otorgar estabilidad en el empleo a la trabajadora embarazada, y el segundo por el contrario, otorgar flexibilidad y movilidad al mercado de trabajo⁷. Esta crítica llama mi atención, en circunstancias que no es función del juez resolver este tipo de tensiones, sino resolver cómo está resuelta dicha tensión en la ley. Por otro lado, no es cierto, como dicen los mismos autores, que las normas que regulan dichos institutos posean “errores de técnica legislativa”⁸, puesto que existiría un error de técnica legislativa en el caso de alguna antinomia, cosa que los autores descartaron al calificar de aparente la contradicción que el tribunal creyó ver. Supongo que por error en la técnica legislativa se refieren a la jerarquización inadecuada que el legislador hace del fuero maternal por sobre el plazo fijo. Si esto es un error, no es un error de técnica, sino de fondo.

Estoy de acuerdo sin embargo, al calificar de innecesaria la referencia al sistema de derechos fundamentales o a un uso indiscriminado de los principios laborales⁹. Dicha referencia puede ser inevitable ante las genuinas lagunas de la ley, pero el neoconstitucionalismo induce a los jueces a matizar las consecuencias queridas por las reglas del derecho de acuerdo a la interpretación constitucional, que redundará en definitiva en un juzgamiento político de normas válidas. Es lo que los autores denominan vulgarización del derecho¹⁰.

La solución a una supuesta jerarquización inadecuada que la norma estaría reconociendo al hacer primar el fuero por sobre el contrato de plazo fijo, es un problema de fondo que no le corresponde al jurista, en tanto jurista, resolver¹¹. Existen aquí intereses que conciliar, o por qué no, jerarquizar. Los autores citados abogan por una regulación especial del fuero en los contratos de plazo fijo¹², y aunque no lo mencionan expresamente citan el artículo 183 AE, que establece el fuero maternal para la trabajadora bajo régimen de suministro durante todo el tiempo que dure el plazo de su contrato, pero que cesa de pleno derecho al término de sus servicios con la empresa usuaria. En mi opinión, extrapolar *a secas*

⁶ CERÓN REYES, Roberto y PEROTI DÍAZ, Felipe, *op. cit.* (n. 1), p. 141.

⁷ *Ibid.*

⁸ CERÓN REYES, Roberto y PEROTI DÍAZ, Felipe, *op. cit.* (n. 1), p. 144.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ El laboralismo local no ha reparado en esto. Véase lo que se ha escrito sobre derechos fundamentales en el caso del Derecho del Trabajo. UGARTE CATAEDO, José Luis. *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Santiago: LegalPublishing, 2009 y MELIS VALENCIA, Christian. *Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales*. Santiago: LegalPublishing, 2009.

¹¹ ¿Cuál sería el papel del jurista?, véase NOVOA MONREAL, Eduardo, *op. cit.* (n. 5), p. 29.

¹² CERÓN REYES, Roberto y PEROTI DÍAZ, Felipe, *op. cit.* (n. 1), p. 144.

esta figura a la regulación del contrato de plazo fijo en general, es una forma –no demasiado sutil– de extrapolar la precarización al resto del ordenamiento jurídico laboral. Parecería más sensato en este caso extraer del suministro de trabajadores no solo la regulación especial del fuero, sino aplicar también al contrato de plazo fijo causales taxativas que darían lugar al mismo, en razón de necesidades particulares de las empresas, tal como ocurre con las causales del artículo 183 N° del Código del Trabajo. Sin embargo, insisto en que esta discusión debe quedar abierta. Actualmente, es clara la prevalencia del fuero por sobre el vencimiento del plazo, una jerarquización distinta hecha por el tribunal nos obliga a preguntar –nuevamente– ¿qué queda de la dignidad de la legislación?