

ESTUDIOS

Ley de Protección al Empleo: Balance, áreas grises y asuntos pendientes

Employment Protection Law: Balance, gray areas and pending issues

Gabriel Halpern Mager

Abogado, Chile

Daniela Rossi Barra

Abogada, Chile

RESUMEN La pandemia del Covid-19 tensionó enormemente el mercado de relaciones laborales al limitar el contacto humano a niveles inéditos. La respuesta a este muy particular fenómeno no se hizo esperar de parte del gobierno, que patrocinó la ley conocida como «de protección del empleo». El presente artículo pretende hacer una evaluación, balance y análisis de esta, junto con reflexionar sobre algunas zonas grises y pendientes que dejó esta nueva normativa y sus modificaciones vigentes.

PALABRAS CLAVE derecho del trabajo, pandemia, Covid-19, suspensión de la relación laboral, reducción de jornada.

ABSTRACT The Covid-19 pandemic greatly stressed the labor relations market, by limiting human contact to unprecedented levels. The response of the Government to this very particular phenomenon was immediate, by sponsoring the «employment protection» law. This article aims to evaluate, balance and analyze the aforementioned law, as well as reflecting on some gray and pending areas that this new regulation and its current modifications have left us with at the time of the drafting of this article.

KEYWORDS labor law, pandemic, Covid-19, suspension of the labor relationship, workday reduction.

Historia y análisis de la Ley de Protección al Empleo 21.227

La pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2 habría llegado a nuestro país a principios de marzo del año 2020, y con ella la necesidad de implementar medidas para intentar estabilizar la economía nacional y poner un freno al aumento en los índices de desempleo. A raíz de esto se presentó el 25 de marzo de 2020, bajo el boletín 13352-13, el proyecto de ley que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley 19.728 (del 14 de mayo de 2001) en circunstancias excepcionales, mejor conocida como «Ley de Protección al Empleo».

El proyecto de ley, presentado al Senado con sus veintiún artículos originales, es de autoría conjunta de los ministerios de Hacienda, y del Trabajo y Previsión Social. Dada la situación nacional que apremiaba soluciones rápidas y consistentes, durante el corto paso del proyecto por el Senado y la cámara de Diputados, siempre contó con urgencia de discusión inmediata.

A un ritmo histórico, el proyecto fue discutido y finalizado en menos de dos semanas, quedando listo para su publicación el día 31 de marzo, para luego ser publicado en el Diario Oficial con fecha 6 de abril de 2020, otorgándosele la denominación de Ley 21.227.

Al día siguiente de su publicación, se presentó bajo el boletín 13401-13 el llamado «proyecto de ley que modifica la Ley 21.227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley 19.728 en circunstancias excepcionales, en las materias que indica», conocida como «Ley Corta».

El objetivo de este proyecto de ley, según el título I del mensaje que le dio origen, era el de «asegurar una mejor protección de los derechos de los trabajadores y una mejor adaptabilidad de las medidas al funcionamiento cotidiano de las actividades productivas del país».¹

Este proyecto, también presentado al Senado por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, contemplaba un artículo único con 8 numerales. Tras la discusión en el Congreso, aumentaron hasta llegar a 19 numerales. Al igual que ocurrió con la ley anterior, este proyecto de ley tuvo urgencia de discusión inmediata durante todo su paso por el poder Legislativo. Sin embargo, la discusión de esta ley fue mucho más larga que la de la Ley 21.227, finalizándose dicha discusión el día 7 de mayo de 2020, y finalmente publicándose el 1 de junio siguiente bajo el número 21.232. A continuación, se analizarán ambos en conjunto.

Debe mencionarse que, con posterioridad, hubo otras leyes modificatorias de la Ley de Protección al Empleo. Sin embargo, estas no serán analizadas por no ser relevantes para este artículo. Así, el contenido definitivo de la Ley de Protección al Empleo, en lo pertinente a este artículo, se detallará a continuación.

1. Mensaje Presidencial a la Presidenta del Senado 032-368 del 7 de abril de 2020.

Suspensión a los contratos de trabajo

El primer título de la Ley de Protección al Empleo, sobre los efectos laborales de la enfermedad Covid-19, trata entre los artículos primero a sexto la posibilidad de suspender el contrato de trabajo entre empleador y trabajador. Para tales efectos, se estipulan dos posibilidades: de pleno derecho, por el tiempo que se encuentre vigente un acto de autoridad que disponga una medida sanitaria o de seguridad nacional que implique la paralización de las actividades o impida la prestación de servicios; o en caso de que exista un acuerdo entre las partes en este sentido, siempre que la actividad de la empresa se encuentre total o parcialmente afectada.

Los efectos de la suspensión del contrato de trabajo para el empleador es verse eximido de la obligación de pagar remuneraciones —con excepción de las cotizaciones de seguridad social—, mientras que para el trabajador es verse liberado de su obligación de prestar sus servicios personales.

En caso de cumplirse con los requisitos que establece la Ley 21.227, los trabajadores podrán acceder a las prestaciones del seguro de cesantía, contemplado en la Ley 19.728. Específicamente, a un suplemento monetario que provendrá de los fondos existentes en su Cuenta Individual por Cesantía, o de ser ellos insuficientes, del Fondo de Cesantía Solidario, y serán entregados por la entidad que administra estos fondos, la Administradora de Fondos de Cesantía.

Para determinar el monto del beneficio, el artículo 2 de la Ley 21.227 establece una base de cálculo en virtud del promedio de las remuneraciones imponibles devengadas en los últimos tres meses en que se registren cotizaciones, anteriores al inicio del primer acto de autoridad o acuerdo entre las partes que suspendió el contrato de trabajo. Utilizando esta base de cálculo, se determina el monto del beneficio conforme a las tasas de reemplazo establecidas en las tablas incluidas en los artículos 15 y 25 de la Ley 19.728 con las modificaciones establecidas en esta ley.

De esta manera, además de tener que encontrarse suspendido el contrato de trabajo, el otro requisito que impone la Ley 21.227 para acceder a las prestaciones recién mencionadas es que el trabajador registre tres cotizaciones continuas en los últimos tres meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad o acuerdo de suspensión; o que el trabajador registre seis cotizaciones mensuales continuas o discontinuas durante los últimos doce meses, siempre que las últimas dos sean con el mismo empleador en los dos meses inmediatamente anteriores al acto.

La seguridad social, por su parte, pasa a ser de cargo del empleador, con excepción de la que corresponde por la Ley 16.744 (de accidentes laborales o enfermedades profesionales). Así, la Ley de Protección al Empleo indicaba que, originalmente, el empleador debía hacerse cargo del 50% de la seguridad social de todos los trabajadores que se encuentren con su contrato de trabajo suspendido.

Ahora bien, esta norma cambió con la Ley Corta, y terminó por establecer que la

carga del empleador pasa a ser de un 100% respecto a las cotizaciones previsionales. Como base de cálculo para la cotización de pensión, comisión de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) y del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, se consideró el monto del beneficio recibido por cada trabajador mensualmente; mientras que, respecto de las cotizaciones de salud, cesantía y de Ley Sanna, serían determinadas en virtud de la remuneración del trabajador previa a la suspensión. Todo esto, con aplicación retroactiva.

Sumado a lo anterior, y dentro de la normativa que cambió de forma relevante con la Ley Corta, se encuentra la referida a las desvinculaciones. De acuerdo a la norma original, los contratos de trabajo que se encontraban suspendidos por aplicación de la Ley de Protección al Empleo, solamente podrían terminarse por aplicación de las causales del artículo 161 del Código del Trabajo.

Ahora, la Ley Corta hizo una distinción respecto a las normas aplicables para contratos de trabajo que se encuentran suspendidos por aplicación de la Ley 21.227 y aquellos que no (es decir, vigentes). Respecto a contratos suspendidos, solo podrán terminarse por aplicación de las causales contenidas en los números 1 a 5 del artículo 159 del Código del Trabajo. Por otro lado, los contratos vigentes o no suspendidos solo podrán terminarse invocando las causales contenidas en el artículo 161 del mismo cuerpo legal.

Por último, el artículo 6 *bis* de la Ley 21.227, estipula que no se aplicarán las normas de este título a personas que gocen de fuero laboral maternal.

Reducción de la jornada de trabajo y remuneraciones

El segundo título de la Ley de Protección al Empleo, por su parte, dispone la posibilidad para las partes del contrato de trabajo de pactar la reducción temporal de la jornada laboral, con tope en un 50%. En este caso, el trabajador tendrá derecho a su remuneración, reducida de forma en la misma proporción que su jornada de trabajo, más un «complemento» entregado por la Administradora de Fondos de Cesantía, que será financiado desde su Cuenta Individual de Cesantía o, de ser los fondos insuficientes, del Fondo de Cesantía Solidario.

El complemento corresponderá a la mitad del porcentaje en que se hubiera reducido la jornada, y las remuneraciones, siempre con un tope de \$225.000.

Para acceder a esta reducción bilateral con pago de complemento, el artículo 8 de la Ley 21.227 estableció que la empresa debía encontrarse al menos en una de las situaciones allí descritas. Entre estas situaciones, encontramos casos como que se trate de contribuyentes de Impuesto al Valor Agregado (IVA) que hayan sufrido una disminución en el promedio de ventas declaradas al Servicio de Impuestos Internos; o que se trate de organizaciones que se encuentren en proceso de reorganización o asesoría económica de insolvencia, entre otros.

La Ley 21.227 agrega que la actividad de una empresa se entendería total o parcialmente afectada cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto de suspensión, los ingresos por ventas o servicios netos del IVA hayan experimentado una caída igual o superior al 20% del mismo mes del año anterior.

Al igual que en el caso de la suspensión, la Ley 21.227 también exige ciertos requisitos de tipo previsional para que el trabajador acceda al beneficio que ella entrega. En este caso, para que el trabajador rebajado reciba el complemento de parte de su Cuenta Individual por Cesantía, deberá registrar diez períodos mensuales de cotizaciones de cesantía, continuas o discontinuas, para trabajadores con contrato indefinido; o de tratarse de un contrato a plazo fijo o por obra o faena, de cinco cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas; ambos desde su afiliación al seguro de desempleo o desde que se devengó el último giro por cesantía. En caso de que los fondos de la Cuenta Individual por Cesantía no sean suficientes, podrá recibir el complemento de parte del Fondo de Cesantía Solidario si estas cotizaciones mencionadas hubieran sido registradas dentro de los últimos 24 meses.

Estos pactos, agrega la ley, podrán tener una duración máxima de cinco meses continuos para los trabajadores con contrato indefinido, mientras que aquellos con contrato de trabajo a plazo fijo o por obra o servicio determinado, podrán durar un máximo de tres meses. En ambos casos, el mínimo será de un mes.

Sumado a lo expuesto, la Ley 21.227 también incluye una limitante concerniente a los fueros. En este sentido, los contratos de trabajo que se encuentran protegidos por fuero laboral (no limitado al maternal, como el caso anterior), no podrían ser objeto de una reducción del contrato por aplicación de la Ley de Protección al Empleo.

Disposiciones finales

Finalmente, en lo pertinente a este artículo, el título tercero regula materias como la sanción a quienes obtuvieren estos beneficios por medio de simulación o engaño, y las excepciones a las normas establecidas en los títulos primero y segundo. Este título también excluyó expresamente la posibilidad de poner término a contratos de trabajo por aplicación de la causal contemplada en el artículo 159 número 6 del Código del Trabajo, es decir, fuerza mayor, siempre que se invoque como motivo los efectos de la pandemia de Covid-19.

Por su parte, en este título también se contienen menciones respecto a los fueros maternos, la situación de empresas que contrataren con el Estado, la situación de las sociedades anónimas sobre distribución de utilidades y regímenes fiscales preferentes y la rebaja de dietas para directores de estas.

Historia y análisis de los dictámenes de la Dirección del Trabajo

Producto de la publicación de las leyes antes descritas, la Dirección del Trabajo debió emitir varios dictámenes interpretativos. Temas como el sentido y alcance de la Ley de Protección al Empleo junto con sus modificaciones, capacitaciones y sala cuna, entre otros, fueron los que trató y que describiremos a continuación.

El primero de cinco dictámenes de la Dirección del Trabajo, en virtud de estas nuevas leyes, fue el Dictamen 1762-08 del 3 de junio de 2020, el cual trata el sentido y alcance de la Ley 21.227, con las modificaciones de la Ley 21.232 incluidas.

Si bien se hace cargo, artículo por artículo, de cómo se deben entender y analizar las mencionadas leyes, este dictamen no contiene grandes análisis a la forma de aplicar o interpretar la Ley de Protección al Empleo. Comienza con una descripción de aspectos generales, indicando que las disposiciones de dicha ley son de carácter absolutamente excepcional, y por tanto se justifican solo debido a la emergencia sanitaria, razón por la cual los empleadores que no se han visto afectados por dicha emergencia, no podrán recurrir a los mecanismos que provee la norma.

El resto de los dictámenes, si bien se refieren a asuntos relevantes, no inciden directamente en los temas abordados por este artículo de manera que no los desarrollaremos.²

Desarrollo e implementación de la ley

Tras la implementación y puesta en marcha de la Ley de Protección al Empleo, el día 6 de abril de 2020, hasta la fecha de redacción del presente artículo —fines de mayo de 2021— se ha podido observar el desarrollo a nivel estadístico de la presente ley, y cómo esta ha afectado al ámbito laboral.

Estadísticas

Tras la publicación de la Ley de Protección al Empleo y la implementación de las plataformas digitales para el inicio de la inscripción de los pactos de suspensión temporal del contrato de trabajo o de reducción temporal de jornada, la Superintendencia de Pensiones, ha publicado semanalmente fichas estadísticas referentes a la aplicación de la Ley de Protección al Empleo.

Para revisar el avance y evolución de la aplicación de esta ley en nuestro sistema, se revisarán tres fichas: la Ficha Estadística 1, de fecha 30 de abril de 2020, publicada casi un mes después de la publicación de la Ley 21.227; la Ficha Estadística 26, del 25

2. Dirección del Trabajo, ORD. 775-009 del 4 de junio de 2020; Dirección del Trabajo, ORD. 1798-010 del 5 de junio de 2020; Dirección del Trabajo, ORD. 1807-012 del 8 de junio de 2020; y Dirección del Trabajo, ORD. 1959-015 del 22 de junio de 2020.

de octubre de 2020, publicada casi seis meses luego de la publicación de esta ley; y la Ficha Estadística 56, del 23 de mayo de 2021, con el objeto de comparar la situación nacional en sus inicios, tras seis meses de su publicación y en la actualidad.

A partir de esta información, se aprecia cómo ha aumentado el número total de empresas que han ingresado solicitudes de suspensión del contrato de trabajo, sea por acto de autoridad o por pacto de suspensión. Al 30 de abril, 73.363 empresas habían ingresado solicitudes de suspensión, aumentando a 121.862 empresas en octubre de 2020 y manteniéndose en 135.916 empresas a mayo de 2021. Además, podemos ver que las empresas que más han solicitado estas suspensiones son las microempresas (de entre 1 a 9 trabajadores).

Efectivamente, el número de microempresas que han solicitado la suspensión de contratos es indiscutiblemente el más alto en comparación con empresas de pequeño, mediano y gran tamaño. Tanto así que, a fines de abril, un total de 48.952 microempresas habían solicitado la suspensión de contratos, aumentando a 94.429 en octubre, y a 106.559 en mayo de 2021. Para comparar, los números de grandes empresas que habían solicitado suspensiones de contratos fueron 959 en abril, 1.582 en octubre, y finalmente, 1.874 en mayo de 2021.

Asimismo, podemos visualizar que el número de trabajadores con solicitudes de suspensión ingresadas por acto de autoridad fue de 223.218 en el primer mes de vigencia de la ley, aumentando a 464.009 en octubre de 2020 y encontrándose en 610.517 a la fecha. Dentro del mismo cómputo, vemos que la cantidad de trabajadores con solicitudes de suspensión por pacto también fue aumentando de forma exponencial, siendo 281.631 solicitudes en abril de 2020, pasando a 463.731 en octubre de 2020, y finalmente, manteniéndose en 495.212 en mayo de 2021.

Ahora, sin perjuicio que las microempresas constituyen la amplia mayoría entre las que se han acogido a esta ley, el número de trabajadores afectados no es proporcional, puesto que son las empresas de mayor tamaño las que han presentado la mayor cantidad de solicitudes de suspensión, dato que podemos interpretar en virtud de la diferencia entre el número total de solicitudes y el número de empresas que lo solicitan.

Asimismo, es interesante apreciar que el número de contratos de trabajo suspendidos es siempre ascendente, pero a un ritmo decreciente. De ello es posible concluir que un número importante de empresas tomaron la decisión de adscribirse a la Ley 21.227 rápidamente. Respecto de las que «demoraron» en acogerse a ella, esto puede responder, por ejemplo, a motivos económicos relacionados con la caja de cada empresa, pudiendo algunas haberse «resistido» a invocarla anteriormente, o a que no hayan tenido necesidad de hacerlo antes.

Para finalizar, es relevante mencionar que las Fichas Estadísticas no trataban ni daban cuenta de la situación de los pactos de reducción de jornada hasta fines de junio de 2020, por lo que no había inicialmente estadísticas claras respecto a las em-

presas que han reducido jornadas a sus trabajadores, o qué trabajadores se han visto más afectados por esta situación. Sin embargo, en octubre de 2020 ya habían sido ingresadas 56.526 solicitudes de reducción de jornada, y hoy en día se mantienen en 63.135.

Sin embargo, de lo ya analizado —datos que son pertinentes al fondo de este artículo— es relevante dar cuenta de la amplia cantidad de información y datos que estas Fichas Estadísticas proveen acerca del funcionamiento de la ley. Hay un amplio campo de información respecto a la flexibilización de la ley, el tipo de prestación que obtienen los trabajadores (Cuenta Individual por Cesantía o Fondo de Cesantía Solidario), las solicitudes aprobadas por sexo, región, rubro, tipo de contrato y tamaño de empresa. Todos datos que ayudan al revisor a dar cuenta de la funcionalidad y el apoyo que ha prestado la entrada en vigencia de esta ley.

Complicaciones en la tramitación ante la Administradora de Fondos de Cesantía

Tal como se adelantó, la implementación de la Ley de Protección al Empleo no fue simple. Si bien pretendía aliviar los efectos económicos y laborales de esta pandemia para las partes del contrato de trabajo, las herramientas tecnológicas necesarias para su correcto funcionamiento y revisión no estuvieron inmediatamente disponibles, ni cumplían completamente con su cometido. Esto llevó a complejizar la implementación de la ley referida en sus inicios.

La mayoría de los problemas identificados se basaban en que la plataforma electrónica habilitada por la Administradora de Fondos de Cesantía era deficiente o poco acabada, faltando, por ejemplo, espacio para ingresar información necesaria para la correcta determinación del monto y período de pago de cada subsidio, e incluso la imposibilidad de confirmar *a priori* el hecho de cumplirse con los requisitos o el monto al que ascendería la prestación que corresponde a cada trabajador.

Sin embargo, con el paso del tiempo estos problemas han sido resueltos, permitiéndose en la actualidad ingresar y obtener información clara sobre los giros correspondientes a los trabajadores, el estado de la solicitud, el ingreso de acuerdos de reducción de jornada, y toda otra información pertinente.

Es la misma autoridad, en este caso, la que se ha hecho cargo de informar a las empresas respecto a los procedimientos de fiscalización y la comprobación de cumplimiento de los requisitos para la obtención de los beneficios de la Ley 21.227.

Áreas grises

En virtud de la situación de emergencia e inevitable improvisación, no debería sorprender la existencia de algunas áreas grises en torno a la aplicación e interpretación de la Ley de Protección al Empleo. A continuación, se identificarán y analizarán algunas de las lagunas más relevantes que se han generado.³

Entrega de ayudas económicas a trabajadores con contrato de trabajo suspendido

En vista de la situación actual de pandemia, la cual ha afectado gravemente la economía nacional y de todos sus intervinientes, surgió la interrogante referente a la posibilidad para los empleadores de entregar ayudas económicas a trabajadores cuyos contratos de trabajo se encontrasen suspendidos por la aplicación de la Ley 21.227. Al respecto, algunos empleadores se preguntaban sobre la opción de complementar el saldo que deja la tasa de reemplazo contemplada en la Ley de Protección al Empleo.

Esta duda surge específicamente del inciso segundo del artículo 3 de la Ley 21.227, por cuanto señala que la suspensión del contrato de trabajo apareja como efecto la suspensión temporal de «la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, por parte del empleador». De esta manera, surgieron voces que señalaron que entregar cualquier tipo de asignación o compensación podría significar una aplicación fraudulenta de la Ley de Protección al Empleo.

Sin perjuicio que esta problemática fue parcialmente resuelta por parte de la Dirección del Trabajo y complementada por una circular que emitió el Servicio de Impuestos Internos, nos parece de interés hacer un repaso a este asunto para dilucidar si la conclusión a que arribó la autoridad tiene asidero jurídico y qué asuntos aún se encuentran pendientes, al menos en teoría.

Objetivo y espíritu de la ley

En cuanto a la Ley 21.227, esta fue creada con la intención de ayudar a todos los intervinientes del mercado de relaciones laborales, trabajadores y empleadores. Esto, en el sentido de permitir a los primeros a conservar su puesto de trabajo, mantener

3. En este trabajo no se trata la coyuntura relacionada con la terminación de contratos de trabajo por aplicación del artículo 159 núm. 6 del Código del Trabajo previo a la entrada en vigencia de la Ley de Protección al Empleo, que prohibió invocar dicha causal con ocasión de la pandemia. Si bien pueden existir interesantes debates, esta temática no se escapa a la histórica discusión sobre la procedencia de la causal de término de contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, siendo este asunto solamente un antecedente más en ese complejo debate, de manera que debería ser analizada en forma particular y separada de este estudio.

los pagos de seguridad social y continuar devengando algunos derechos laborales; mientras que, a los otros, alivianar sus obligaciones remuneracionales con los trabajadores, para así enfrentar períodos de particular estrechez en su caja.

Por lo tanto, en consideración a que el espíritu de la ley es en sí mismo la ayuda de los trabajadores y la protección de sus remuneraciones, no parecería correcto en primera instancia interpretar restrictivamente esta laguna.

Principio protector y la condición más beneficiosa

En palabras de Américo Plá Rodríguez, la regla de la condición más beneficiosa se constituye como una de las expresiones de este principio protector.

La regla de la condición más beneficiosa es el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse un trabajador: supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse (2015: 31).

Ahondando en este punto, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha citado la doctrina de Plá, quien alude en su obra al profesor universitario y abogado español, Manuel Alonso García. García, en su libro *Derecho del Trabajo* (1971: 256), indica que la aplicación práctica de la regla de la condición más beneficiosa supone dos consecuencias:

- Cuando se dicte una reglamentación o disposición de carácter general, aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, estas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas.
- La nueva reglamentación habrá de respetar —salvo que contuviera afirmación expresa en contra— como situaciones concretas reconocidas a favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para estos que las establecidas para la materia de que se trate —o en su conjunto— por la nueva reglamentación.⁴

Considerando que siempre fue posible para empleadores entregar ayudas o bonos a sus trabajadores en el pasado —la reforma tributaria del año 2020 (Ley 21.210), autorizó este gasto voluntario si se cumplen con algunos requisitos—, sumado al hecho que la Ley de Protección al Empleo no es de una jerarquía superior que podría coartar esta facultad, es que esta laguna debería interpretarse positivamente en

4. Dirección del Trabajo, ORD. 877-16 del 7 de marzo de 2007.

este sentido para, de esta manera, dar cumplimiento a la regla de la condición más beneficiosa.

En consecuencia, de impedirse la entrega de ayudas económicas, además de obstaculizar el cumplimiento de los objetivos fijados por la Ley 21.227 misma, contraveniría la regla aquí descrita que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico laboral (Gamonal Contreras, 2020: 201).

Pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos y tratamiento tributario de estos desembolsos

En este orden de cosas, también cabe citar la Circular 32 emitida por el Servicio de Impuestos Internos el 29 de abril de 2020, que se refirió sucintamente a la situación de la deducción de gastos y donaciones asociadas a la contingencia ocasionada por el Covid-19.

En esta circular, la autoridad en cuestión indicó que, dada la reforma tributaria publicada a principios del año 2020, se podrán deducir como gasto, entre otras, las siguientes asignaciones (lo destacado es nuestro):

Los desembolsos destinados a aminorar o paliar sus efectos que tengan por objeto, en general, resguardar los intereses del negocio de contribuyente, garantizado por, por ejemplo, sus ingresos, *mantención o apoyo a sus trabajadores* incluyendo el pago de remuneraciones *a pesar de que no hayan podido concurrir a sus lugares de trabajo*, planes estratégicos, evitar mayor desembolso a futuro, etcétera.

Es decir, reconoce esta circular que las ayudas económicas entregadas en apoyo a trabajadores que no pueden concurrir a prestar sus servicios serán aceptadas como gasto. En consecuencia, el Servicio de Impuestos Internos también entregó pistas concretas sobre la posibilidad de entregar estas ayudas.

Pronunciamiento de la Dirección del Trabajo

Como se adelantaba en este artículo, el día 22 de junio 2020, la Dirección del Trabajo emitió su Dictamen 1959/15, donde interpretó la Ley de Protección al Empleo en el sentido que hemos indicado, de permitir la entrega de ayudas económicas y voluntarias de parte de empleadores a trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido por aplicación de la norma referida. Sin embargo, cabe destacarse que no resolvió sobre la naturaleza jurídica de esta asignación, por lo que no aclaró si estas devengan obligaciones impositivas y las concernientes a seguridad social. En este caso, sería pertinente para evaluar, por ejemplo, si debe descontarse lo relacionado con el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley 16.744; que, como mencionamos, se encuentra exenta de pago respecto de trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido.

En este orden de cosas, el empleador siempre estuvo facultado para entregar beneficios económicos a trabajadores cuyo contrato de trabajo se encontrase suspendido por aplicación de la Ley de Protección al Empleo. Tal como sostuvo la Dirección del Trabajo, no hay argumento alguno basado en el espíritu de esta Ley 21.227 y los principios aplicables al derecho laboral, para rechazar estas ayudas económicas, en especial dado el momento histórico y económico en que se encuentra el país.

Asimismo, respecto a la laguna referente a las obligaciones impositivas y previsionales que persiste, parecía una alternativa conveniente y conservadora para empleadores haber entendido que esta asignación reviste las características de una remuneración voluntaria. De esta forma, se habría aclarado que su entrega espontánea y discrecional estaría permitida, además de esclarecer que sería una asignación imponible y tributable, de manera que devengaría la obligación de pagar impuestos y seguridad social (en la parte que el empleador no paga por aplicación de la Ley 21.227).

Sin embargo, en virtud de la implementación de este sistema de beneficios económicos, nos parece que la hipótesis de que esta asignación sea imponible y tributable sería de difícil implementación a estas alturas, debido a que podría devengar deudas relevantes, respecto a la obligación de descontar y pagar lo correspondiente a impuestos y seguridad social sobre estos montos, ya que aún no está meridianamente clara la naturaleza jurídica de estas asignaciones.

Junto con ello, limitaría el monto líquido del auxilio entregado, lo que se contrapone con el espíritu de la ley. Lo anterior se ve refrendado por el hecho que los complementos que reciben los trabajadores de parte de la Administradora de Fondos de Cesantía se encuentran exentos del pago de impuestos y seguridad social, además de ser inembargables (salvo para alimentos), de acuerdo con el artículo 11, inciso final, de la ley referida.

Producto de ello, no debiese dejar de considerarse la opción de dar un tratamiento excepcional y especial de asignación exenta con respecto a esta remuneración voluntaria que entrega el empleador a sus trabajadores ante la pandemia.

Sin perjuicio del camino que se adopte, parece conveniente que este asunto sea aclarado por la autoridad correspondiente para evitar conflictividad a futuro.

Pago de gratificación legal

Otra coyuntura que ha surgido por la aplicación de la Ley 21.227 dice relación con el deber de pagar la gratificación legal a aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido. Esto surge de la interpretación literal de la Ley de Protección al Empleo, que en su artículo 3 inciso segundo hace una referencia expresa a que, en circunstancias de encontrarse suspendido un contrato de trabajo, no deberá pagarse «la remuneración». Complementa esto el artículo 42 del Código del Trabajo, al consagrar en su letra e) que la gratificación legal constituiría remuneración.

Sin embargo, han surgido voces que sostendrían que esta obligación debería igualmente cumplirse en caso de que fuera devengada conforme las normas del Código del Trabajo, y dependiendo de la forma en que fue pactada. Para ahondar en esta problemática, se revisará la definición de este concepto.

Definición legal

La gratificación legal se define en el Código del Trabajo, artículo 42 letra e), como la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo de los trabajadores. La gratificación puede ser legal o convencional y garantizada o no. El Código Laboral, respecto al pago de esta gratificación, contempla dos alternativas: la establecida en su artículo 47, y la opción consagrada en su artículo 50.

La primera da la opción de distribuir el 30% de las utilidades de la empresa en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador en el respectivo período anual. Para esto hay que considerar todas las contraprestaciones en dinero y adicionales que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo. Siguiendo este sistema, este monto no tendría tope.

Al contrario, el sistema que plantea el artículo 50 permite que el empleador se exima de la obligación de pagar gratificaciones en proporción a las utilidades efectivamente obtenidas por la empresa en el respectivo ejercicio comercial, siempre y cuando este garantice el pago a cada trabajador del 25% de lo devengado en el mismo período anual por concepto de remuneraciones, con un tope de 4,75 Ingresos Mínimos Mensuales. En la práctica, se permite que se pague este concepto en una sola oportunidad, o que se parcelen los pagos por medio de abonos durante el año, usualmente mensuales.

Así, independientemente de la fórmula que se utilice para cumplir con la obligación de gratificación legal, teóricamente, esta encuentra su origen en las utilidades de cada empresa.

Por otro lado, el concepto de remuneración se encuentra incorporado en el artículo 41 del Código del Trabajo: «Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adiciones en especie valuables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo».

Es decir, de las definiciones que proporciona el Código Laboral, se desprende que los requisitos para la procedencia del pago de estos conceptos son distintos: la gratificación legal, por un lado, exige principalmente existencia de utilidades (a menos que se opte por la alternativa garantizada del artículo 50 del Código del Trabajo), mientras que la remuneración demanda que exista una prestación de servicios en virtud de un contrato de trabajo.

Definición y naturaleza jurídica

Expuesto lo anterior, recurriremos a la jurisprudencia judicial y administrativa para obtener mayores antecedentes respecto a esta coyuntura. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso (5 de octubre de 1998, Rol 385-1998) ha señalado lo siguiente:

La gratificación constituye un beneficio sujeto a una condición: que la empresa obtenga utilidades o excedentes líquidos en sus giros. Si estos no existen, cesa la obligación de otorgarla. Si en la especie no hubo utilidades y se pagaron sumas de dinero como anticipos a cuenta de gratificaciones, que no revisten el carácter de gratificación legal garantizada, tales dineros deben ser restituidos por el trabajador, y como en este caso los trabajadores cesaron su fuente laboral, el descuento se efectuó de las sumas que percibieron a título de indemnización. Se produce así una compensación entre los dineros que representan los pagos indebidos y las sumas a recibir por concepto de indemnización hasta concurrencia de sus respectivos valores.

De la misma manera, la Corte de Apelaciones de Antofagasta (3 de noviembre de 2017, Rol 204-2017) ha dispuesto:

Que, dados los términos en que se produjo la controversia, resulta indispensable que el Tribunal precise en forma adecuada lo que debe entenderse por «gratificación», debiendo —entonces— acudir al concepto que de ella formuló el legislador, como también al procedimiento establecido para su aplicación. Así, el artículo 42 letra e) del Código del Trabajo define como remuneración, entre otras, la dicha gratificación, que «... corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador».

Esto fue complementado por la Corte Suprema (28 de diciembre de 2018, Rol 43470-2017) que, resolviendo un recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto contra la sentencia anterior, estableció:

Que mientras el sistema que prevé el artículo 47 del Código del Trabajo involucra una cuantía nominalmente mayor, es lo cierto que tiene un carácter aleatorio o hipotético, esto es, siempre supeditado tanto a la existencia de utilidades líquidas cuanto, primordialmente, al monto que ellas alcancen. A su vez, y, en contraposición, el del artículo 50 es de un incuestionable carácter garantizado o cierto, porque la gratificación no puede ser inferior a 4,75 ingresos mínimos mensuales cualquiera que sea la utilidad líquida que obtenga la empresa, pero siempre que exista dicha utilidad, vale decir, de uno en que su componente eventual o aleatorio queda reducido a la más mínima expresión. En otras palabras, se trata de un sistema en que la gratificación o su monto se presenta como exigible «sea cual fuere la utilidad líquida que obtuvieron», de manera que los trabajadores no recibirán una cantidad inferior al equivalente a dicho parámetro o mínimo legal, pero el nacimiento de la gratificación está condicionado a la existencia previa de utilidades.

La jurisprudencia administrativa, por su parte, mediante el Dictamen 2427 de fecha 4 de mayo de 2016 emitido por la Dirección del Trabajo, ha mencionado que

la gratificación es un beneficio de carácter anual que, a diferencia de otras remuneraciones como el sueldo, sobresueldo y comisiones, no es la contrapartida directa de la prestación de servicios del trabajador, sino que constituye una participación en las utilidades de una empresa, en principio incierta, que puede devengarse o no, subordinada solamente a que se reúnan las condiciones especiales previstas en el ya transcrito artículo 47.

Como corolario de esta posición, la Dirección del Trabajo, en el dictamen recién citado, también sostuvo lo siguiente: «Los períodos durante los cuales el trabajador, por cualquier circunstancia, no ha desarrollado un trabajo efectivo no afecta su derecho a dicho beneficio, bastando, por tanto, para impetrarlo, con que durante los mismos se haya mantenido la vigencia de la respectiva relación laboral».

Es decir, podría sostenerse que la naturaleza jurídica de la gratificación legal es distinta a la de la remuneración, debido a que no depende de la prestación de servicios y, además, pretende hacer partícipe a los trabajadores de las utilidades de la empresa; mientras que, la remuneración, nace como contraprestación específica a la prestación de servicios misma.

Alternativas

En este contexto, como se anticipaba, existe discusión sobre si corresponde el pago de gratificación legal a los trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido, y en cuáles condiciones.

Subsiste la hipótesis que sostiene que no se devengará obligación de gratificar a los trabajadores en virtud del tenor literal del artículo 3 de la Ley 21.227, ya que esta indica expresamente que el empleador no tendrá obligación alguna de pagar remuneraciones, y el concepto de gratificación cae dentro de esta categoría según el Código del Trabajo.

Ahora bien, también existe la hipótesis de ser igualmente obligatorio gratificar a los trabajadores, de cumplirse con los requisitos de los artículos 47 y siguientes del Código Laboral, atendida la distinta naturaleza jurídica de esta asignación y dado que no depende estrictamente de la prestación de servicios. Esto también dependerá de la forma en que esté pactada la gratificación.

Se concluye de este acápite que, en primer término, el caso ideal hubiese sido que la Ley 21.227 se hubiera referido expresamente sobre el devengo y el deber de pagar esta asignación. Ya sea excluyéndola o incorporándola derechamente, para evitar, de esta manera, la laguna interpretativa aquí comentada.

En este sentido, una alternativa de naturaleza salomónica habría sido que la ley,

haciéndose cargo de esta problemática, hubiese dispuesto que procederá el pago de gratificaciones legales en tiempos de aplicación de la Ley 21.227, solamente de cumplirse con los requisitos dispuestos en el artículo 47 del Código del Trabajo; es decir, principalmente, si el empleador presentase utilidades.

De esta forma, atendiendo el excepcional estado de estrés en que se encuentra la economía y, que el objetivo primordial de la Ley 21.227 es el de conservar los puestos de empleo, nos parece prudente optar en esta ocasión por la interpretación literal del artículo 3 de la Ley de Protección al Empleo, en los términos indicados. Es decir, entendemos que la obligación de gratificar no se devenga por haber sido expresamente excluida por el texto de la Ley 21.227, porque de lo contrario incentivaría la terminación de relaciones laborales dada la carga económica que conlleva.

Terminaciones al contrato de trabajo

La Ley de Protección al Empleo buscó desde sus orígenes proteger las relaciones laborales, intentando evitar despidos a causa de la pandemia. Ante esto, en su texto original, se reguló en dos partes las posibilidades de despido de los trabajadores durante su período de vigencia.

Por un lado, ante los contratos de trabajo que se encontraban suspendidos, se había regulado que solamente podrían terminarse por aplicación de las causales del artículo 161 del Código del Trabajo. Por otro lado, respecto de los contratos que se encontraban plenamente vigentes, era posible invocar las causales libremente. Todo lo anterior, con la única limitante de la causal de fuerza mayor o caso fortuito con ocasión del Covid-19.

Sin embargo, con posterioridad, la Ley 21.227 fue modificada por medio de la Ley Corta, tal como se indicó en el acápite de historia de la ley.

Contexto y solución proporcionada por la Ley Corta

La Ley Corta, como se mencionaba, modificó el artículo 3 de la Ley 21.227, estableciendo que «solo podrá poner término a la relación laboral por aplicación de la causal establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo, respecto de los trabajadores no afectos a los beneficios de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 159, números 1 al 5, del Código del Trabajo».

Sin perjuicio que la redacción del artículo no es la más clara, pareciera ser que se acota el campo de posibilidades para la terminación de contratos de trabajo. Lo anterior, puesto que respecto de los contratos de trabajo que se encontraren suspendidos, solo podrían terminarse por las causales contempladas en los números 1 al 5 del artículo 159 del Código del Trabajo; y, en cuanto aquellos que se encontraren vigentes, solamente por las causales del artículo 161 del mismo código.

Es por esto que, si bien es entendible que en un principio se habría intentado corregir la Ley de Protección al Empleo, lo que finalmente resultó fue un párrafo oscuro y con varias consecuencias posiblemente no intencionadas, según pasamos a analizar.

Problemática y análisis

Con permitir la terminación de los contratos de trabajo, en virtud de los números 1 al 5 del artículo 159 del Código Laboral, se solucionó la situación que enfrentaban aquellos trabajadores cuyo contrato se encontrare suspendido, de no poder renunciar, celebrar un mutuo acuerdo o simplemente ver terminado su contrato por el vencimiento de plazo. En este mismo sentido, se validó la terminación del contrato laboral en caso de fallecer ese trabajador.

Sin embargo, al disponer que los contratos vigentes solamente podrían terminar por las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, quedó abierta la posibilidad de interpretar que aquellos contratos no suspendidos —es decir, plenamente vigentes— no podrían terminarse por ninguna de las causales indicadas en el párrafo anterior, ni tampoco las de índole disciplinaria contempladas en el artículo 160 del Código Laboral.

La Ley de Protección al Empleo, de esta manera, habría derogado tácita y temporalmente todas las causales de término de contrato de trabajo, salvo las contenidas en los números 1 al 5 del Código Laboral respecto de aquellos trabajadores cuyos contratos de trabajo se encontraren suspendidos; y con excepción de las contempladas en el artículo 161 del Código Laboral para aquellos contratos vigentes. Esto implica que:

- Aunque un empleador se vea constreñido por graves, insalvables y permanentes necesidades económicas, no podría invocar la causal de término de contrato de trabajo de necesidades de la empresa respecto de aquellos trabajadores cuyo contrato de trabajo se encontrare suspendido por aplicación de la Ley mencionada.
- Si un trabajador cuyo contrato de trabajo se encontrare suspendido, por ejemplo, acosare sexualmente a compañeros de trabajo o defraudase clientes del empleador, este último no podría ponerle término a dicho contrato por motivos disciplinarios.

En este mismo sentido, se derogarían las causales de término contenidas en los artículos 159 y 160 del Código Laboral para aquellos trabajadores cuya relación laboral se encuentre plenamente vigente. Es decir, las siguientes son algunas de las posibles consecuencias respecto a trabajadores que estarían prestando sus servicios personales:

- Los trabajadores no contarían con facultad suficiente para poner término a su propio contrato de trabajo, ya sea por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo; y, más gravemente aún, su relación laboral no terminaría si este lamentablemente falleciese.
- Peor aún, podría darse incluso el caso de un empleador que no podría cumplir con su deber de sancionar a un acosador sexual, con el castigo más grave que impone el Código del Trabajo, que es el despido disciplinario.

Dicho de otra forma, esta nueva redacción podría terminar protegiendo u otorgando un fuero laboral especial a trabajadores que incurran en conductas de las más graves, como *mobbing* o acoso laboral; injurias o agresiones físicas; u otras defraudaciones, por supuesto, en desmedro de las víctimas de estas personas.

En este punto, es menester detenernos en el principio de *estabilidad del empleo*, del que se ha mencionado que es «un sistema propio del Derecho del Trabajo y supone reconocer al trabajador el derecho a permanecer en su empleo y a no ser despedido, sin una previa causa legal, debidamente justificada» (Pierry Vargas, 2018: 121); y del que se ha argüido que en Chile, desde la década del sesenta hasta 1987, y nuevamente desde 1990, prima el principio de «estabilidad relativa» (Pierry Vargas, 2018: 122), que también se ha reconocido como el de «inamovilidad relativa» (Humeres Noguera, 2018: 65), y que ante un «desahucio o mala aplicación de una causal de inamovilidad, obliga opcionalmente al empleador al pago de una indemnización regulada» (Humeres Noguera, 2018: 65).

En tanto, la jurisprudencia nacional ha señalado, sobre este principio de «estabilidad relativa del empleo», que imposibilita la terminación del contrato de trabajo sin invocar o mal aplicar una causal legal;⁵ precisando también, que

la legislación nacional se encuentra imbuida del principio de la estabilidad relativa en el empleo, es decir, el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida en que no incurra en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo 161 del Código del Trabajo, en el sentido de poder desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento de la empresa o desahucio; en aras de tal principio se establecen por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral.⁶

Es así que ni siquiera una acepción muy limitada del principio de *estabilidad relativa del empleo*, podría llegar a proponer la derogación temporal de las causales de término del contrato de trabajo por motivos disciplinarios u objetivos. Ello, porque

5. Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Causa Rol 4227-2001.

6. Corte Suprema, 23 de junio de 2005, Causa Rol 820-2004.

de así hacerlo, significaría la consagración de una especie irregular e inédita del principio de *estabilidad absoluta del empleo*, mucho más extensa que la forma en que se ha tratado hasta la actualidad, donde un trabajador no podría ser desvinculado, aunque quebrante el contrato de la forma más gravosa y pernicioso, o dañara a otros trabajadores o personas con su actuar.

Considerando lo expuesto, y que (a) en virtud de que nuestro ordenamiento jurídico consagra el principio de estabilidad relativa del empleo, y que ni siquiera la interpretación más extensa del principio de estabilidad absoluta del empleo pone en entredicho las causales de desvinculación por motivos objetivos ni disciplinarios; (b) que especialmente, el despido disciplinario tutela un número relevante de Derechos Fundamentales de la mayor relevancia, cuya legitimidad activa corresponde tanto al empleador, pero protege a los demás trabajadores y la sociedad en general, y (c) que, la Ley Corta pretendía en su origen solucionar algunas imperfecciones técnicas y nunca consagrar una forma inéditamente intensa del principio de estabilidad absoluta del empleo, nos parece improcedente interpretar que el nuevo artículo 3 de la Ley 21.227 derogó tácita y temporalmente, o excluyó las causales de término de contrato disciplinarias y objetivas; especialmente, respecto a aquellos trabajadores que continúen prestando sus servicios personales; sin perjuicio de que, aunque se encuentre suspendido, igual podrían sobrevenir suficientes motivos disciplinarios u objetivos de caducidad del contrato de trabajo.

Específicamente, parece que el nivel de rigidez que propone la interpretación en el sentido de excluir estas causales de exoneración podría resultar desproporcionado a la luz de los demás bienes jurídicos que estas protegen, ya que tiende a desamparar al resto de trabajadores, y personas en general, al consagrar una impunidad sin límites en términos laborales.

En este sentido, podría ocurrir que un trabajador que es acosador, o que cometa delitos contra terceros, otros trabajadores o el empleador mismo, no podría ser desvinculado, lo que sería manifiestamente desproporcionado al conculcar otros bienes jurídicos de mayor preponderancia.

Como corolario de lo anterior, debe señalarse que la Ley de Protección al Empleo es una norma de emergencia, eminentemente transitoria y excepcional, que al ser de rango simplemente legal, no cuenta con la jerarquía suficiente para derogar los principios de estabilidad del empleo que imperan en el sistema jurídico-laboral chileno desde hace medio siglo.

Pago de cotizaciones de seguridad social a trabajadores con contrato de trabajo suspendido

Tal como se ha mencionado, el objetivo de la Ley 21.227 era la protección de los trabajadores y sus relaciones laborales en estos momentos de incertidumbre. Esto se

extiende a la seguridad social que consagra nuestro ordenamiento jurídico-laboral. En este sentido, la obligación de pagarlas se mantuvo, incluso si el contrato de trabajo se encontrare suspendido, a diferencia de otros países de la región, como Argentina, Perú, Bolivia y Brasil, que han optado por suspender las obligaciones previsionales de los empleadores ante la pandemia.

Para cumplir con esto, la Ley de Protección al Empleo dispuso que la seguridad social de aquellos contratos de trabajo suspendidos pasará a ser de cargo de los empleadores, con la única excepción de la cotización de la Ley 16.744 que no deberá ser registrada ni enterada.

Sin embargo, esta norma deja una interrogante en su descripción. En concreto, esta norma que se encuentra en el artículo 3 de la Ley 21.227, no deja meridianamente claro si el deber de pago de las cotizaciones previsionales por parte del empleador recae solamente sobre los montos legales o si deberá incluir todas las cotizaciones en general a que se encuentra obligado el trabajador. Esta problemática se agrava en caso de que el trabajador concorra al pago de cotizaciones voluntarias por sobre el monto legal, ya que no queda claro si el empleador debe pagarlas también.

Normativa de la Ley 21.227

Tal como se indicó en el acápite de la historia de la ley, el artículo 11 de la Ley de Protección al Empleo inicialmente indicaba que «durante la vigencia de la suspensión producida por el acto o declaración de autoridad a que se refiere el inciso primero del artículo 1, el empleador estará obligado a pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, con excepción de las cotizaciones del seguro social de la Ley 16.744».

Es decir, si bien el empleador siempre ha tenido, desde los inicios de esta ley, la obligación del pago de las cotizaciones previsionales, originalmente el monto a pagar «se calcularán sobre el 50% de la remuneración que sirve de base para el cálculo de la prestación establecida en el presente Título».

En este escenario, la Ley 21.227 fue modificada por la Ley Corta, que sustituyó la frase que indica que el cálculo se hará por sobre el 50% de la remuneración, cambiándolo por el siguiente texto:

Las [cotizaciones] que se calcularán sobre el cien por ciento de las prestaciones establecidas en este Título para las cotizaciones de pensión a que se refieren el inciso primero del artículo 17, el inciso tercero del artículo 29 y el artículo 59 del decreto ley 3.500, de 1980; y sobre la última remuneración mensual percibida, para el resto de las cotizaciones de seguridad social y salud.

Es decir, cambió sustancialmente el panorama legal, dividiéndose la obligación de pago en dos situaciones distintas: la primera, respecto a las cotizaciones de pensión a

las que se refiere el inciso primero del artículo 17 (AFP), inciso tercero del artículo 29 (comisión AFP) y el artículo 59 (aportes adicionales) del Decreto Ley 3.500, de 1980, las que se calcularán sobre el 100% de las prestaciones que entregará la Administradora de Fondos de Cesantía, mientras que las demás cotizaciones de seguridad social (salud, cesantía, ley SANNA) se calcularían sobre el 100% de la última remuneración mensual percibida previo a la suspensión.

El haberse aumentado la protección a la seguridad social de los trabajadores, siendo ahora íntegramente de cargo del empleador, ha generado dudas sobre los límites de esta nueva obligación, según analizaremos más adelante.

Dictamen de la Dirección del Trabajo y Circular de la Superintendencia de Salud

El Dictamen 1762-008 del 3 de junio 2020, el primero en la seguidilla que publicó la Dirección del Trabajo para referirse a las temáticas de teletrabajo y Ley de Protección del Empleo, se refiere superficialmente al tema de la seguridad social, sin resolver la problemática planteada en este título.

Sin embargo, la Superintendencia de Salud efectivamente se pronunció sobre el tema en su Oficio Circular 64, del 14 de agosto de 2020, dirigido a gerentes generales de Instituciones de Salud Previsional (Isapre). Si bien esta circular es inaplicable para empleadores, vale la pena revisar su contenido.

Esta indica que, al pronunciarse la Ley de Protección al Empleo en su artículo 3 inciso tercero respecto a la obligación del empleador de pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, estas se refieren a aquellas «tanto de su cargo como aquellas del trabajador».

Es decir, la misma circular citada indica que será el empleador quien deberá hacerse cargo de las cotizaciones de seguridad social, incluso de aquellas de cargo del trabajador, «dentro de las cuales se encuentra el valor adicional al 7%, pactado por este con la Isapre para completar el precio del contrato de salud». Lo mismo aplicará respecto de los pactos de reducción de jornada.

Análisis

En este panorama, existen dos exégesis posibles: la Ley 21.227 obliga al empleador a hacerse cargo de las cotizaciones legales del trabajador cuyo contrato laboral se encuentre suspendido por aplicación de esta norma; y la Ley 21.227 obliga al empleador a hacerse cargo de todas las cotizaciones de seguridad social del trabajador cuyo contrato se encuentre suspendido por aplicación de dicha ley, incluyendo aquellas cotizaciones de naturaleza voluntaria.

Respecto a la obligación del empleador de asumir las cotizaciones de seguridad que eran de cargo de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentra suspen-

dido, solamente por los porcentajes dispuestos por el ordenamiento jurídico, cabe puntualizar que los empleadores dejarán de recibir el trabajo de sus colaboradores; sin embargo, mantendrán, por mandato legal, el pago de cerca del 20% de las remuneraciones en virtud de sus nuevas obligaciones previsionales.

Así, desde ya esta circunstancia alteraría el contenido del contrato de trabajo; y, de esa manera infringiría el principio de *Pacta Sunt Servanda*, consagrado en el artículo 1.545 del Código Civil, ya que el empleador se obligó a pagar una remuneración solamente si recibiera el trabajo del colaborador, lo que en estas hipótesis no concurre.

Siguiendo con lo anterior, también debilitaría la «causa» que manifestó el empleador para celebrar el contrato de trabajo y pagar cotizaciones por ello, ya que este lo hizo para recibir los servicios personales del trabajador (Vodanovic Haklicka, 2019: 250). En este sentido, el empleador perdería su «causa» al dejar de recibir los servicios personales del trabajador, e incluso podría sostenerse que el trabajador se estaría «enriqueciendo sin causa».

En este punto se debe destacar que la doctrina histórica de la Dirección del Trabajo (Dictamen 5661/032 del 6 de diciembre de 2019) y de los Tribunales de Justicia (Corte Suprema, 11 de mayo de 2020, Rol 26.487-2018) sostiene que, ante la imposibilidad para el trabajador de prestar sus servicios personales por fuerza mayor, el contrato de trabajo se suspende sin obligación para el empleador de pagar precio alguno, como ocurre con claridad, por ejemplo, en caso de enfermedad del trabajador y otorgamiento de licencia médica.

De esta manera, podría concluirse que esta nueva y sobreviniente obligación legal infringe la ley para las partes del contrato de trabajo, junto con dejarlo sin *causa* y dar pie a un *enriquecimiento sin causa*; especialmente si estamos frente a la hipótesis de que la suspensión hubiere ocurrido por un acto de autoridad (Código Civil, artículos 1.445 número 4, y 1.467).

Ahora bien, si se interpreta la norma en sentido de obligar al empleador a responder también por toda cotización voluntaria del trabajador (ya sea exceso sobre el 7% del plan de salud o APV), tal como ha planteado la Superintendencia de Salud en su Oficio Circular 64, pudiendo ocurrir que dicha obligación sea adquirida por él con posterioridad a la suspensión del contrato, la problemática se agudiza, por cuanto la imprevisibilidad y excesiva onerosidad del contrato de trabajo para el empleador sería manifiesta y podría perder definitivamente su «causa» para concurrir a la suscripción del contrato de trabajo en cuestión.

Es posible que a la fecha de redacción de este artículo no haya existido mayor debate respecto a esta «cotización sin causa», sin embargo, ello no significa que el debate se encuentre caduco, atendiendo su plazo de prescripción de cinco años desde el término de la prestación de servicios (Ley 17.322, artículo 31 *bis*).

En consecuencia estimamos razonable asumir que este debate no se haya dado en razón a que los empleadores hayan aceptado estas obligaciones adicionales aten-

diendo los principios protectores de derecho laboral y las excepcionalísimas circunstancias que atraviesa el país producto de la pandemia, otorgándole de esta manera «causa» a esta nueva obligación por aplicación de la regla del inciso primero del artículo 1.467 del Código Civil («La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente»).

Sin embargo, nos parece que agregar a esta carga las cotizaciones voluntarias, excede lo proporcional y razonable y pasa, derechamente, a transgredir las normas y principios antes mencionados, lo que podría incluso terminar en la nulidad de los contratos de trabajo (Código Civil, artículo 1.681 y siguientes).

Para reforzar este punto, la legítima expectativa previsional del trabajador está fijada por la ley. No obstante que puedan adquirir compromisos adicionales, ambas partes del contrato de trabajo conocen preliminarmente el monto de la seguridad social que grava al contrato de trabajo.

De esta manera, transferir la carga previsional al empleador, como se señaló, es un asunto controvertido, pero agregar la facultad unilateral e irrevocable al trabajador para determinar y aumentar sus cotizaciones voluntarias, a costa del empleador, sin duda implicaría una infracción al principio de «certeza jurídica», además del de ejecución de los contratos de «buena fe», consagrado en el artículo 1.546 del Código Civil y también las reglas sobre la *causa*, ya referidas.

Debe señalarse, en este punto, que la suspensión puede acaecer por acto de autoridad, de manera que el argumento de irresistibilidad e imprevisibilidad resulta plenamente aplicable; y, de todas maneras, lo sería para el pacto de suspensión, puesto que se funda en los efectos económicos ocasionados por la pandemia, que es un fenómeno del todo imprevisible e irresistible también.

Conclusiones

La pandemia por Covid-19 ha afectado gravemente a la sociedad chilena, no solo por la crisis sanitaria y las medidas económicas que han sido adoptadas para mitigar sus impactos: el desempleo formal a la fecha alcanza cifras históricas, no vistas desde el año 2004. Según el Boletín Estadístico del Instituto Nacional de Estadísticas, que trata el trimestre móvil octubre-diciembre de 2020 (edición 267, 29 de enero de 2021, último publicado a la fecha), la estimación de la tasa de desocupación nacional fue de 10,3%, incrementándose 3,2 puntos porcentuales en doce meses. Sin embargo, cabe destacar que esta cifra es inferior a la del trimestre móvil marzo-mayo 2020, donde la tasa de desocupación ascendía a 11,2% (edición 260, 30 de junio de 2020).

Como podemos observar, los números de desempleo y desocupación al inicio de la pandemia obligaron la publicación de la Ley de Protección al Empleo. Como se apuntó, la velocidad con que esta fue tramitada hace esperable que algunos asuntos hayan quedado inconclusos.

Si bien la autoridad se ha pronunciado sobre ciertas coyunturas, no todas han podido ser solucionadas. Temas como la naturaleza jurídica de las ayudas económicas entregadas por el empleador al trabajador, el pago de la gratificación legal, la terminación de contratos de trabajo, el pago de cotizaciones de seguridad social adicionales, entre otros, son temas que siguen en discusión entre académicos y autoridades, respecto de las cuales se ha opinado en el presente artículo.

Respecto las problemáticas mencionadas, se concluyó que:

- La naturaleza jurídica de las ayudas económicas entregadas a trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido debería ser el de una remuneración voluntaria, debiendo evaluarse una exención impositiva y previsional para evitar deudas imprevistas y contradictorias.
- El empleador no debe entregar gratificación a los trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentra suspendido, por haber sido expresamente excluida en el texto de la Ley 21.227.
- La exégesis adecuada es la de no impedir que se ponga término al contrato de trabajo por motivos objetivos o disciplinarios, se encuentre suspendido o no el contrato de trabajo por aplicación de la Ley 21.227. Lo anterior, ya que según el principio de «estabilidad relativa del empleo» y el de proporcionalidad, no es admisible la derogación tácita de estos motivos de exoneración.
- Es discutible la legalidad de imponer la obligación al empleador de enterar las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido, sin embargo, de ninguna manera sería aceptable que se extienda este deber a las cotizaciones voluntarias de estos, principalmente, porque dejaría al contrato de trabajo sin *causa*, junto a infringir la ley del contrato para las partes y los principios de «certeza jurídica» y de ejecución de los contratos de «buena fe».

Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos que, a nuestro parecer, lo ideal es que la autoridad (la Dirección del Trabajo y el Servicio de Impuestos Internos, según sea el caso) entregase los lineamientos y las aclaraciones pertinentes para prevenir conflictos laborales que desde luego parecen evitables, con el objeto de facilitar la *función pacificadora* del Derecho del Trabajo (Gamonal Contreras, 2020: 17).

Referencias

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2020). *Fundamentos de derecho laboral*. 5.^a ed. Santiago: Thomson Reuters.

GARCÍA, Manuel Alonso (1971). *Curso de derecho del trabajo*. Madrid: Ariel.

HUMERES NOGUER, Héctor (2018). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tomo I. 19.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

PIERRY VARGAS, Lucía (2018). *Derecho individual del trabajo*. Santiago: DER.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (2015). *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2019). *Tratado de derecho civil. Fuentes de las obligaciones*. Parte General, Tomo I. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Sobre los autores

GABRIEL HALPERN MAGER es abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, Master en Derecho (LLM) por Queen Mary University of London del Reino Unido, con mención en Derechos Humanos; y Master en Derecho (LLM) por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su correo electrónico es gabrielhalpern@gmail.com.

DANIELA ROSSI BARRA es abogada de la Universidad Adolfo Ibáñez y se ha desarrollado como ayudante de la cátedra de Derecho del Trabajo en dicha institución.

La *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* es una publicación semestral del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y que tiene por objetivo el análisis dogmático y científico de las instituciones jurídico-laborales y de seguridad social tanto nacionales como del derecho comparado y sus principales efectos en las sociedades en las que rigen.

DIRECTOR

Luis Lizama Portal

EDITOR

Claudio Palavecino Cáceres

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Eduardo Yañez Monje

SITIO WEB

revistatrabajo.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

pyanez@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)