

COMENTARIOS LABORALES
A LEY DE PROTECCIÓN DEL EMPLEO
EN LA PANDEMIA DE COVID-19
(LEY N.º 21227)

LABOR COMMENTS
ON THE JOB PROTECTION LAW
IN THE COVID-19 PANDEMIC
(LAW N° 21227)

*Jorge Ogalde Muñoz**

RESUMEN: En este trabajo pretendo analizar los efectos laborales de la Ley n.º 21227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley n.º 19728 en circunstancias excepcionales. No tuve a la vista la ley modificatoria de dicha norma, actualmente en trámite legislativo, como tampoco dictámenes interpretativos de la Dirección del Trabajo. Sin embargo, se procuró dar cuenta de las probables modificaciones a la ley comentada y se proponen interpretaciones y valoraciones para algunas disposiciones, resaltando la importancia y utilidad de este cuerpo normativo para morigerar los efectos laborales de la pandemia de Covid-19.

PALABRAS CLAVE: protección del empleo, fuerza mayor, suspensión de relación laboral, reducción de jornada, Covid-19, Ley n.º 21227.

ABSTRACT: In this work I try to analyze the labor effects of the law N° 21.227 that empowers the access to benefits of the unemployment insurance of the law N° 19.728 in exceptional circumstances. The amending law, currently in the legislative process, was not in sight, nor were the interpretative opinions of the Dirección del Trabajo. However, an effort was made to account the probable modifications to the commented law, the interpretations and evaluations for some provisions that are proposed, highlighting the importance

* Abogado y Magister en Derecho de la Empresa, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jogalde@udd.cl

and usefulness of this regulatory body to mitigate the labor effects of the Covid 19 pandemic.

KEYWORDS: Employment protection, Force Majeure, Suspension of employment relationship, Reduction of working hours, Covid-19, Law N° 21.227.

El tema a abordar, aunque muy relevante en la contingencia, no pasa de ser una respuesta extraordinaria y, sobre todo, temporal a una situación de similares características, provocada por la enfermedad hasta ahora denominada Covid-19¹. En consecuencia, dejar plasmados comentarios y reflexiones sobre esta normativa tal vez en un futuro –que espero sea relativamente cercano– no revestirá mayor interés. Sin embargo, no deja de ser útil analizar con un poco más de detalle la ley publicada en el *Diario Oficial* el 6 de abril de 2020, puesto que no solo ha dejado en evidencia la necesidad de ampliar el alcance de la protección laboral a otros colectivos, como son los independientes, sino, también, la importancia de contar con buenas instituciones de seguridad social, aunque signifiquen costos presentes, pues su relevancia se manifiesta precisamente en situaciones de necesidad futura, que debemos tener siempre presentes.

Por otra parte, cuando esta revista sea publicada, durante el mes de julio de 2020, la ley en cuestión llevará cuatro meses de vigencia, tiempo en el cual seguramente se habrán despejado la mayoría de las interrogantes que se generan a partir de esta normativa, de modo que el esfuerzo de proponer interpretaciones a la misma no solo puede parecer inútil, sino que, además, se corre el riesgo de equivocación, en el sentido de que pueden surgir en ese tiempo otras soluciones mejores y más aceptadas. De hecho, a la fecha de entrega de este trabajo², todavía no se termina la tramitación legislativa de la modificación de esta ley ingresada el 7 de abril de 2020 con el Mensaje n.º 032-368³ (aunque procuraré considerar las propuestas de modificación que han avanzado con mayor consenso en la tramitación parlamentaria) y tampoco contamos con dictamen interpretativo de la Dirección del Trabajo, lo que me parece indispensable advertir al lector.

¹ Dado lo vertiginoso de los cambios de las últimas semanas, puede que, incluso, la denominación de la enfermedad haya cambiado cuando este trabajo sea publicado, pero esta es la denominación que emplea la Ley n.º 21227.

² Por razones de edición e impresión, este trabajo se termina durante la primera semana de mayo, lo que hago presente, puesto que determina el contenido del mismo, en un tema en constante modificación y ajuste.

³ La última noticia de que dispongo es el retiro de indicaciones presidenciales anteriores y formula una nueva con fecha 29 de abril de 2020, que lleva en n.º 051-368 respecto del *Boletín* 13401-13 y la posterior propuesta de la Comisión Mixta.

Pese a lo expuesto, me he atrevido a someter este trabajo a la consideración de la edición de esta revista, que es precisamente sobre “actualidad jurídica”, pues, desde el punto de vista laboral, cuesta encontrar una normativa más contingente, de emergencia y de actualidad. Además, me ha parecido destacable el importante el esfuerzo legislativo de emergencia contenido en esta ley, con el propósito de poner de relieve las luces y sombras de esta legislación, como testimonio al trabajo de nuestros legisladores, con fiado que, de llegar a ser necesario, la experiencia pueda ser útil en el futuro.

También creo conveniente dejar constancia que este trabajo es el resultado de intervenciones en charlas y seminarios sobre la materia, de modo que su estructura está condicionada por ser originalmente una exposición oral, pero también está enriquecido por las preguntas, comentarios y observaciones de colegas que aprovecho de agradecer, incluyendo algunos debates surgidos en el desarrollo de tales actividades.

Abordaré la normativa tratando primero el contexto jurídico (no sanitario ni social) en el que se dicta y situación de la que, bien o mal, se pretende hacer cargo. A continuación, veré los distintos mecanismos que ofrece la ley, para terminar con ciertas normas generales contenidas en ella, así como una conclusión general. Advierto desde ya, que no entraré en el análisis institucional de la normativa, esto es, su operatoria en las instituciones regladas por la Ley n.º 19728, esto es, la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de Chile II S.A. (AFC Chile), adelante AFC, ni su ente regulador, la Superintendencia de Pensiones, como tampoco en el financiamiento o gastos generados por la ley, ya que me interesa esencialmente revisar sus los efectos laborales, es decir, la relación de trabajador y empleador en el contexto de la normativa en análisis.

I. CONTEXTO JURÍDICO EN QUE SE INSERTA LA LEY N.º 21227

A nadie escapan las dificultades que han tenido que enfrentar muchas áreas de la actividad económica y, por ende, los empresarios, empleadores y trabajadores a raíz de la pandemia de la enfermedad Covid-19. La rápida propagación de dicha enfermedad provocó la necesidad de proteger a la población, en un primer momento, con medidas urgentes y radicales de contención, como son las limitaciones en los desplazamientos –toque de queda y cordones sanitarios–, llegando a una máxima restricción de la libertad personal, al imponer cuarentenas en ciertos territorios, prohibiendo la salida de la población de sus domicilios. Después, se han dispuesto normas sobre distanciamiento, protecciones personales y otras en determinadas circunstancias. El efecto

laboral de tales decisiones sanitarias o de seguridad interior se dejó sentir en forma inmediata. Ya no se trataba de decisiones empresariales de proveer implementos de protección personal eficientes en función de la enfermedad que se estaba expandiendo, ni de limitar los contactos entre los trabajadores de una faena determinada, ni de disponer que no concurriesen a trabajar las personas que hubieren tenido contacto estrecho con quienes sufrieran la enfermedad. Esto iba mucho más allá, era la autoridad que disponía que grandes sectores de la población, partes de comunas, comunas enteras, provincias o regiones quedaran impedidas, salvo excepciones de actividades indispensables, de poder concurrir a sus trabajos.

En este escenario, de imposibilidad de presentarse a prestar los servicios convenidos, los trabajadores podían quedar en una situación de incumplimiento de sus obligaciones laborales y expuestos a sanciones del empleador que podían llegar, incluso, a la terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización. Obviamente, la posibilidad de aplicar causales de terminación sancionatoria a los trabajadores resulta, por decir lo menos, discutible, si bien no cumplen de manera objetiva sus obligaciones, lo hacen por una causa justificada, como lo es la decisión de autoridad que se los impide. Sin embargo, un empleador cuyo negocio está impedido de operar, por las mismas razones por las que el trabajador no puede prestar el servicio, pudiera verse en la necesidad de tomar la drástica determinación de cerrar definitivamente o de poner término al contrato de trabajo, aun cuando la justificación de esa decisión pudiera ser discutida del punto de vista judicial en el futuro⁴.

La emergencia provocada por la enfermedad a partir de marzo de 2020 y las restricciones decretadas por la autoridad a partir de ella, pudieran ser invocadas por los empleadores como justificativo de una terminación de contrato de trabajo por fuerza mayor, conforme a la causal contemplada en el art. 159 n.º 6 del *Código del Trabajo* (en adelante *CdT*). Si la situación de hecho, que sirve de fundamento a la causal, corresponde o no a una fuerza mayor, sería discutida luego en un juicio laboral, con posibilidades que el trabajador, en el mejor de los casos, accediera a una indemnización por años de servicios con recargo del 50% más preaviso. Mientras ello se resuelve, el trabajador quedaría cesante, con las dificultades de reubicación laboral en medio de la emergencia sanitaria y perdería, de paso, parte del nivel de protección de seguridad social, en particular de salud, que le provee el estar empleado.

⁴ No se puede olvidar que conforme al art. 168 del *CdT*, el despido injustificado, indebido o improcedente no genera la reincorporación del trabajador, sino, por regla general, solo una indemnización que se determina en función de la antigüedad del trabajador, dejando en este caso en una muy precaria situación los trabajadores con poca antigüedad en el trabajo.

La doctrina laboral enseña que uno de los principios del derecho del trabajo es el de la continuidad, que obliga a hacer todos los esfuerzos por mantener la vigencia del contrato, pese a embates que pueden afectarlo y que en general llevarían a la terminación de otros tipos contractuales. Es así como frente a situaciones de imposibilidad temporal de cumplimiento, debe preferirse la continuación del contrato, aunque liberando a las partes de sus principales obligaciones, permitiendo la subsistencia del contrato de trabajo durante este periodo de imposibilidad temporal. Esto es lo que se conoce como suspensión de la relación laboral. Nuestra legislación no contiene una regulación sistemática de la suspensión de la relación laboral y solo la regula a propósito de ciertas situaciones concretas muy limitadas, aunque la doctrina ha procurado sistematizar sus posibles causas y efectos⁵. En general, se acepta que puedan pactarse suspensiones de relación laboral con o sin derecho a remuneración (este último caso, suele denominarse “interrupción” de la relación laboral). En estas situaciones, se procura cautelar que la voluntad del trabajador sea libre, pues siempre está más expuesto a presiones, por ejemplo, dejando constancia del beneficio que le reporta acceder a tal acuerdo de suspensión o interrupción; o cautelando que su concurrencia sea efectivamente coetánea con el pacto (impidiendo, *v. gr.*, preacuerdos sobre la materia en circunstancias que al trabajador le sería difícil, cuando no imposible, negarse). De lo que no hay duda es que resulta preferible una suspensión a una terminación, aunque aquella no dé derecho a remuneración al trabajador, ya que conserva antigüedad y la posibilidad de recuperar sus ingresos cuando retome sus funciones.

Por lo anterior, adelanto desde ya, que estimo acertadas la restricciones que esta ley impone al uso de la causal de terminación de contrato basada en la fuerza mayor, cuando se funda en la enfermedad de Convid-19, limitación que afectan a todos los empleadores y trabajadores, sea que puedan acogerse o no a los beneficios que considera la norma. No hemos tenido conocimiento de críticas a este aspecto de la ley. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el tratamiento que la ley que comento da a la misma situación fáctica, aceptando que pueda originar una suspensión de la relación laboral. Esto ha sido discutido por algunos por cuanto estiman que la calificación de los actos de autoridad como fuerza mayor, también debería ser revisado caso a caso, lo que supondría llevar el tema a juicio para, luego de una litigación, fuese un tribunal quien determine si corresponde o no la suspensión de la relación laboral. En este proceso se discutiría si de hecho constituyen o no fuerza mayor los actos de autoridad derivados de la enfermedad, tomando en cuen-

⁵ Véase, por ejemplo, LANATA (2010), pp. 257-262; GAMONAL y GUIDI (2015), pp. 363-369; ROJAS (2015), pp. 374-376.

ta todas las disquisiciones sobre los elementos que deben concurrir para la configuración de una fuerza mayor que de veras habilitara la suspensión de la relación laboral, que no es otra cosa que la liberación de las obligaciones recíprocas de las partes del contrato⁶. Por otra parte, y vale la pena tenerlo en cuenta, cabe recordar el carácter bilateral y conmutativo del contrato de trabajo, que son categorías aplicables a todo tipo de contrato, en virtud de las cuales la falta de cumplimiento de obligación por una de las partes libera de sus obligaciones a la otra (a falta de normativa en el *CdT*, conforme a los arts. 1547 inc. 3º, 1552 y 1558 inc. 2º del *Código Civil*).

Sostener que se requiere de una decisión judicial a efecto de establecer si concurre o no una fuerza mayor que habilite la suspensión de la relación laboral, evidentemente protege al trabajador y acota las posibilidades de abuso de la situación por parte del empleador. Sin embargo, encierra un costo alternativo muy importante, puesto que se estima que son muchos los empleadores que no estarán en condiciones de poder aguardar a una decisión judicial que autorice la suspensión. En efecto, la mayoría de los empleadores necesitan tomar decisiones rápidas y con algún grado de certeza sobre sus efectos. Cabe recordar que la mayor parte de las empresas pequeñas y medianas (que, a su vez, son la mayoría de las organizaciones empresariales) de costumbre no tienen disponibilidad de caja para hacer frente a sus compromisos laborales sin producir durante varias semanas. En contraposición, la autorización judicial tomaría indudablemente más tiempo que el que podrían soportar estas empresas, incluso, en circunstancias normales, qué decir en circunstancias procesales anormales como las provocadas por la misma enfermedad⁷.

Este punto demuestra la gran virtud de esta normativa. En una situación crítica, se actuó en forma rápida y valiente, asumiendo costos y, aun, sin un consenso doctrinario, se optó por tomar la decisión de regular los efectos laborales de la enfermedad, asumiendo que configura una fuerza mayor que permite la suspensión de la relación laboral, como una forma de entregar certeza al empresariado con un contexto normativo claro, que no existía. Al mismo tiempo, se plantea una fórmula para que el trabajador mantenga, pese a la suspensión, ciertos ingresos. Por otra parte, se reduce el espacio

⁶ Habría mucho que decir sobre los elementos que se exigen a una determinada circunstancia para calificarla de fuerza mayor, conforme a la regulación contenida en el *Código Civil*. En este punto vale la pena revisar a TAPIA (2019), p. 52 ss., a lo que cabría que agregar los criterios impuestos por la jurisprudencia laboral, un resumen de lo cual se contiene en el mismo texto citado pp. 217 a 262.

⁷ Cabe recordar que debió dictarse la Ley n.º 21226 para establecer un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile.

de discusión sobre si el acto de autoridad o la situación general imperante configura o no, respecto de un empleador determinado, fuerza mayor para poder aplicar esta ley. Lo que no obsta a que, fuera del marco de esta normativa, sí pueda generarse controversia judicial sobre el punto.

Contribuyó a la toma de posición legislativa la doctrina de la Dirección del Trabajo, que en tres sucesivos dictámenes fijó su criterio en relación con los efectos jurídicos de la enfermedad en las relaciones laborales:

- a. Dictamen 1116/004 del 6 de marzo de 2020 en que se pronuncia respecto de las obligaciones de información y prevención del empleador y de la empresa principal, en su caso; distingue situaciones de contagio y de contacto de trabajadores en relación con la enfermedad; considera la posibilidad de trabajo a distancia y reconoce las justificaciones para no concurrir al trabajo.
- b. Dictamen 1239/005 del 19 de marzo de 2020 que, complementando el anterior, asume como posibles medidas que puede adoptar el empleador con acuerdo del trabajador el teletrabajo, modificaciones de jornada, feriado colectivo (que no requiere de acuerdo, pero sí el cumplimiento de las exigencias legales para ello), acordar feriado individual anticipado, pactar modificaciones de jornada para limitar los trabajadores que comparten en un mismo espacio; la posibilidad del trabajador de excusarse de trabajar por riesgo grave e inminente para la vida y salud de los trabajadores (conforme al art. 184 bis del *CdT*) y, por primera vez en relación directa con el Covid 19, se pronuncia sobre la posibilidad de suspensión de la relación laboral por fuerza mayor en caso de cierre de la empresa por decisión de la autoridad sanitaria, quedando liberadas las partes de sus obligaciones. Este punto, que es el más relevante como antecedente para la ley que se comenta, reitera la doctrina vigente que fue asentada durante el año 2010⁸ (con ocasión de uno de los terremotos más grandes de que haya registro) y diciembre de 2019⁹ (producto de las alteraciones al orden público que dificultaron la concurrencia a prestar los servicios a contar de octubre de ese año), pero no necesariamente aceptándolo como causal de terminación del contrato, lo que, por cierto, señala que debe analizarse caso a caso por los tribunales. Agrega que ello no aplicaría en caso de cierre voluntario del empleador, situación en la que debe seguir pagando la remuneración (pero lo libera de la obligación de otorgar trabajo convenido).

⁸ Ordinario n.º 1412/021 de 19 de marzo de 2010.

⁹ Ordinario n.º 5661/032 de 6 de diciembre de 2019.

- c. El dictamen más famoso, al menos para los medios de comunicación nacionales, es quizá el menos novedoso. Se trata del dictamen 1283/006 de 26 de marzo de 2020, que simplemente reiteró y precisó la factibilidad de aplicación de la fuerza mayor, por ejemplo, en relación con el toque de queda y las distintas posibilidades de jornada que hayan tenido los trabajadores, revisa el alcance de los efectos liberatorios de la fuerza mayor, así como la situación de pagos o reembolsos especiales como la movilización.

En este contexto, y con o sin los dictámenes administrativos mencionados, el riesgo era que los empleadores, presionados por la imposibilidad de desarrollar su negocio o empresa, se vieran en la necesidad de terminar contratos de trabajo o, en el mejor de los casos, entender suspendida la relación laboral, independiente que esto fuera revisado y juzgado después por los Tribunales del Trabajo.

Difícilmente sabré qué habría ocurrido sin la Ley n.º 21227, pero es evidente que la necesidad de regular la situación, para poder ordenar el proceso, entregar algunas certezas a los empleadores y amparar de alguna forma a los trabajadores, era urgente. Así lo demuestra la información que se puede recoger de los medios¹⁰.

II. ESTRUCTURA DEL SISTEMA IMPLEMENTADO POR LA LEY N.º 21227

La ley recurre al instrumento preexistente del seguro de desempleo (Ley n.º 19728) usando elementos que contenía esta normativa de comienzos del presente siglo XXI, y emplea la estructura jurídica y operatividad de esa ley (a través de la AFC en tanto institución encargada de gestionar el llamado seguro de des-

¹⁰ Según informaba *El Mercurio* en su edición del 28 de abril de 2020, al 23 de abril (a menos de tres semanas de la publicación de la ley) el Ministerio del Trabajo reportaba 66 573 empresas acogidas a suspensiones de la relación laboral, afectando a 516 826 trabajadores, duplicándose los casos en una semana. A lo anterior debe agregarse el efecto de las terminaciones de contrato en el trimestre móvil de diciembre a febrero, que sumaban 767 000 trabajadores. En cuanto al tipo de empresas, a esa fecha, el 92,4% eran micro y pequeñas empresas, aunque el porcentaje de trabajadores acogidos de este segmento de empresas es del orden del 54%. En este contexto también se generó en los medios una discusión sobre la pertinencia que se acojan a esta normativa empresas “grandes”, aunque el Ministerio de Trabajo ha dejado en claro que la intención del gobierno es que se aplique a todas las empresas, sin distinción. En esto hay, a mi juicio, una gran confusión, pues la normativa no es primordialmente para ayudar o favorecer a empresas, del tamaño relativo que sean, sino a los trabajadores de esas empresas que pueden quedarse sin trabajo o con su relación laboral suspendida, de no mediar la posibilidad de acogerse a esta ley.

empleo). No haré una descripción del sistema del seguro de desempleo, pero hay que tener en cuenta que la Ley n.º 21227 se apoya en la Ley n.º 19728 para hacerse cargo de los efectos de la enfermedad en las relaciones laborales. Esto no es criticable en sí mismo, pues dada la urgencia de contar con respuestas y un sistema de protección a los trabajadores, no había posibilidad de generar un sistema especial para la emergencia y lo razonable era buscar y adaptar instituciones existentes, para adecuarlas a esta realidad, que indudablemente requería de atención inmediata.

Sin embargo, al recurrir al sistema de seguro de desempleo, se genera la necesidad de entender bien cómo funciona es normativa, diseñada e implementada con éxito para una situación de necesidad distinta: la cesantía, con la finalidad de apoyar económicamente al trabajador en su proceso de reubicación laboral. Se empleará la misma institucionalidad para hacerse cargo de otra situación, como es la falta temporal de ingresos del trabajador en una relación laboral que se mantiene vigente y que debería reanudarse en forma normal en un futuro más o menos próximo, pero pensando que esta situación podría durar meses. Esto tiene una indudable ventaja desde el punto de vista de la celeridad en implementar las soluciones, pero generará también algunos problemas, ya que quedarán espacios de “desajustes” entre ambas leyes que están diseñadas para abordar problemas distintos.

Al mismo tiempo, al utilizar la estructura de otra normativa se provocarán restricciones relevantes, aunque les sea aplicable la Ley n.º 21227, hay grupos de trabajadores que no podrán acceder a los beneficios de la Ley n.º 19728, pues estaban excluidos, por otras razones, de la protección del seguro de desempleo. Se trata de:

- Quienes no tienen contrato de trabajo
- Quienes tienen contrato anterior a la Ley n.º 19728 (que es del año 2001) y no han ingresado al sistema de seguro de desempleo
- Quienes estando en AFC no reúnan los requisitos especiales de cotización que esta ley exige
- Los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje
- Trabajadores menores de dieciocho años
- Trabajadores que estén pensionados (salvo por invalidez parcial)
- Trabajadores de casa particular, a quienes, sin embargo, se les ofrece cierto tratamiento especial.

A estas restricciones, que podría denominar estructurales (derivadas de la Ley n.º 19728) y que afectan a los trabajadores, se agregan otras, de tipo más bien políticas, que afectan a ciertos empleadores cuyos trabajadores no podrán beneficiarse de esta normativa y que se han ido planteando tanto en la tramitación legislativa de la Ley n.º 21227 como en la norma que pre-

tende aclarar y corregir algunos aspectos de esa ley¹¹. De hecho, en el texto original de la legislación comentada, establecía que no pueden hacer uso de las prestaciones de la ley las empresas que habiendo contratado o celebrado convenios que se financien “íntegramente” con cargo a la ley de presupuestos del sector público, reciba de los servicios o instituciones los pagos correspondientes. Conforme a la disposición contenida en el art. 22, no queda del todo claro su alcance y pudiera restringir mucho la operatividad de la ley, si se interpreta en su sentido más amplio. Me parece que la interpretación de este artículo, extraordinario dentro de una ley excepción que pretende tener aplicación general, debiera ser restrictiva y, por tanto, debiera referirse a empresas que se financien en su totalidad con cargo a la ley de presupuestos del sector público, no bastando que solo tengan convenios o contratos que, en cuanto a dichos acuerdos, se financien completamente con cargo a la ley de presupuestos del sector público. Entenderlo de otra forma implicaría una distinción que podría ser arbitraria, al privar de acceso a esta normativa a empresas que, estando en la misma situación que otras que sí pueden acceder a la ley, se les priva de ello por el hecho de tener contratos o convenios financiados con la ley de presupuestos, aunque esto sólo represente una parte de su operación¹².

¹¹ Así, a la fecha de entrega de este trabajo se discutía en el Congreso, propiciado por algunas noticias del mercado sobre acuerdo de pago de dividendos en empresas acogidas al sistema de la ley (especial cobertura se ha dado al denominado “caso Cencosud”), impulsando la moción de impedir que las sociedades anónimas repartieran dividendos a sus accionistas (como tal o siendo parte de un grupo empresarial en que alguna lo haga) durante el ejercicio comercial en que tenga contratos de trabajo suspendidos. Espero que esto sea revisado o, al menos, considere un articulado transitorio para no sancionar conductas que, al ejecutarse, eran perfectamente lícitas. Además, implicaría un importante cambio en las reglas comerciales aplicables a la repartición de utilidades, afectando con ello a accionistas que no tuvieron ninguna ingerencia en las decisiones adoptadas respecto de la ley, vulnerando su derecho a repartición mínima legal de utilidades; también se buscaba impedir que pudieran acogerse a esta normativa las empresas controladas por sociedades que mantengan capitales o empresas relacionadas en territorios o jurisdicciones con régimen fiscal preferencial, lo que importa un cambio en las reglas de operación de empresas que pudieron haberse ya acogido a la legislación en cuestión; por último, se ha planteado restringir el acceso a dieta u honorarios a directores de sociedades anónimas abiertas que hubieren pactado suspensión de relación laboral con beneficio con la mayoría de su personal.

¹² El proyecto de modificación legal pretende aclarar que las empresas indicadas no pueden hacer uso de la ley respecto de los trabajadores –entendiendo pagados– con cargo a dicho recursos, que pueden también ser subvenciones. Además, se precisaría que quedan excluidas de la excepción las empresas que contraten con el Estado para la ejecución de obras o proyectos de inversión y que se paguen según el estado de avance de obras. Finalmente, se dejaría explícito algo que había quedado en la fundamentación parlamentaria, cual es la no aplicabilidad de estas normas a las trabajadoras manipuladoras de alimentos del Programa de Alimentación Escolar, mientras se financie a las empresas por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, lo que de aprobarse de este modo, parece ser una expresión de clientelismo político difícil de justificar.

III. HERRAMIENTAS QUE INCORPORA LA LEY N.º 21227

En vista del objetivo declarado de la norma de proteger el empleo, se generan instrumentos que no estaban disponibles entre las posibilidades jurídicas existentes antes de la Ley n.º 21227 y que abordaré separadamente a continuación:

3.1. *Suspensión temporal legal*

Hace procedente el seguro de desempleo ante lo que denomina “suspensión temporal de pleno derecho” de los efectos del contrato de trabajo, pero solo concurriendo los requisitos que se verán.

El efecto de ello es que se suspenden o, en gráfico lenguaje de la autoridad para explicar esta ley, “hibernan” las principales obligaciones emanadas del contrato de trabajo. El art. 3º de la ley señala que la consecuencia es el cese temporal, por el periodo de tiempo que el acto o declaración de autoridad determine, de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del art. 41 del *CdT*, por parte del empleador. Quizá habría sido más preciso señalar que cesa la obligación del trabajador de prestar los servicios en la jornada y lugar convenidos, clarificando de esta forma que si se cambia a una modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, no se produce la suspensión legal. En todo caso, parece un acierto incluir entre las obligaciones empresariales suspendidas la de pagar asignaciones no remuneracionales, para evitar cualquier duda al respecto.

3.1.1. Requisitos de la suspensión legal

Para que se produzca la suspensión temporal legal y de pleno derecho se requiere de:

1. Un acto o declaración de la autoridad competente que establezcan medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la enfermedad de Covid-19;
2. Que tal medida implique la paralización de actividades en todo o parte del país, lo que debe ser precisado por una resolución fundada de la subsecretaría de Hacienda¹³ que determine la zona afectada y las actividades o establecimientos exceptuados de la paralización de actividades;

¹³ La primera, pues pueden haber otras, fue el decreto n.º 88 de la autoridad indicada, del mismo día de publicación de la ley el 6 de abril de 2020.

3. Que lo anterior impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados.

Estos requisitos, que evidentemente son copulativos, generan algunos problemas y me detendré en dos:

- A. ¿Deben concurrir respecto de empleador y trabajador o basta que sea respecto de una de las partes? ¿O, bien, solo respecto del empleador? Me parece que afectando a cualquiera de las partes, con que se cumpla el tercer requisito, esto es, que impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados, sea porque afecte al empleador o al trabajador, debiera operar. Entenderlo de otra forma resultaría injusto, pues podría dejar fuera a trabajadores que estando impedidos de trabajar, por el hecho de que el empleador no tiene restricciones de autoridad para hacerlo, los dejaría sin posibilidad de beneficio de AFC. Como la situación de fondo es una imposibilidad de prestar el servicio, si no opera la suspensión legal del contrato, igualmente el trabajador estará impedido de trabajar (por ejemplo, por vivir en una zona en cuarentena), lo cual justificará su inasistencia, pero no lo habilitará para cobrar una remuneración por un trabajo que no presta. Del mismo modo, si el acto de autoridad afectara solo al empleador y no al trabajador que está en condiciones de trabajar, este no podrá hacerlo, ya que la autoridad le impide el funcionamiento a la empresa, con lo que el empleador no podrá darle trabajo, por una situación que escapa a su control y, por lo mismo, no se le podrá obligar a poner al trabajador en condición de trabajar, ni a pagar la remuneración por un trabajo que no puede recibir. Así, este trabajador que no puede ser recibido por el empleador, quedará igualmente en situación de no percibir remuneración y no podría acceder a beneficios de la ley, quedando desamparado, que es lo que la ley quiere evitar.
- B. La concurrencia de estos requisitos es evidentemente transitoria, pues estos actos de autoridad están necesariamente limitados en el tiempo. Sin embargo, en un sistema dinámico de decisiones restrictivas por parte de la autoridad, bien pueden producirse en forma sucesiva y discontinua, impidiendo y permitiendo en lo sucesivo la prestación de los servicios durante ciertos lapsos. Esto provocará un problema que la ley de seguro de desempleo no previó, ya que no está diseñada para situaciones temporales, breves y recurrentes. Se generará, luego, la dificultad de considerar si las prestaciones que se otorguen durante la vigencia de la ley, aunque sean discontinuas, corresponden o no a una misma secuencia de prestaciones. Si son una misma secuencia, entonces puede ser el que segundo mes de

prestación no sea inmediatamente a continuación del primero, habiendo entre ellos un tiempo de prestación efectiva de los servicios en que no hay suspensión legal de la relación laboral ni pagos de beneficio de AFC. Dado el sentido de la ley, de contribuir a sortear estos tiempos de suspensión derivados de distintos actos de auto-ridad, pero fundamentados en los mismos hechos, me parece que esta debiera ser la interpretación correcta. La otra opción sería que habiendo solución de continuidad entre una prestación y otra, la segunda vez que operara el beneficio debería ser de nuevo considerado como primer mes, lo que tiene importancia para los efectos del monto de la prestación y los límites mínimo y máximo de la operación del fondo solidario. Sin embargo, esta interpretación dejaría espacio para que las partes pudieran burlar el esfuerzo legislativo de brindar un apoyo sustancial, pero decreciente al trabajador, lo que me lleva a pensar que no corresponde a la forma correcta de interpretarlo.

3.1.2. Características de la suspensión legal

La suspensión temporal del contrato individual de trabajo dispuesta por la ley se caracteriza por lo siguiente:

A. Opera de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley.

Cabe preguntarse: ¿incluso si los trabajadores afectados no cumplen los requisitos para acceder los beneficios de la norma, por ejemplo, por no estar cubiertos por AFC? Me parece que la respuesta debe ser positiva, es decir, aun cuando no puedan acceder a los beneficios que contempla la norma, quedan afectos a la suspensión que ella determina, ya que se trata del reconocimiento de una situación calificada *a priori* por la ley como de fuerza mayor, que resulta ser la misma para todos, independientes que algunos puedan obtener ciertos beneficios y otros no. Quienes, por los motivos que sean, no puedan obtener el pago de parte de la AFC, quedarán en la precaria situación de no poder trabajar con su empleador ni cobrar remuneración, pero con una mínima ventaja, el empleador por aplicación de esta normativa quedaría obligado a seguir pagando cotizaciones, como explico en la letra C siguiente¹⁴. Este derecho a cotizaciones no lo conservarían en una suspensión de la relación laboral al margen de esta ley, porque al no pagarse remuneración,

¹⁴ Cabe consignar que con la modificación proyectada al art. 3° inc. 3°, resultará complejo establecer el monto de cotización de un trabajador que no tienen beneficio de AFC.

tampoco habría cotización (al menos las que se descuentan de la remuneración).

Otro cuestionamiento es si las partes están habilitadas para sustraerse de la suspensión de pleno derecho. La respuesta es afirmativa, precisamente por el sentido de la ley, que es procurar cierto nivel de protección al trabajador. Si el empleador está dispuesto a brindar un nivel superior de protección al trabajador, por ejemplo, suspendiendo el contrato de trabajo con derecho a remuneración, o pactando otra forma de prestación de servicios como el teletrabajo, o el trabajo a distancia u otra modalidad, pueden hacerlo. De hecho se reconoce de forma expresa en la ley la posibilidad de pactos que aseguren la continuación de los servicios, en cuyo caso quedan fuera de la aplicación de la ley (art. 1º inc. 3º), así como la posibilidad de celebrar de manera convencional la suspensión, con acceso a los beneficios de la ley (art. 5º).

Si la suspensión se produce por otra razón como la enfermedad del trabajador que le dé derecho a licencia médica por enfermedad o accidente común, primará esta situación más “normal”, no operará la norma de suspensión de pleno derecho (art. 3 inc. 3º) y tendrá derecho al pago de subsidio respectivo, interrumpiéndose el pago del beneficio establecido en esta ley (art. 2 inc. 5º). Estimo que por la misma razón, si hubiere una causal de interrupción, como el feriado o vacaciones individual o colectivo, se aplicarían de preferencia los efectos de este y no los de la suspensión del pleno derecho. Esto teniendo en cuenta la finalidad de la ley de proveer de una solución e ingresos para los trabajadores que, de otro modo, no podrían acceder a ellos, lo que no ocurriría en los casos indicados.

- B. Si el empleador ha sido excluido de los efectos del acto o declaración de autoridad por la resolución de la Subsecretaría de Hacienda, no pueden acogerse a las prestaciones de la ley durante la duración del referido evento, ni rigen respecto de ellos los efectos suspensivos (art. 3º inciso final).

Esto genera un problema importante para empresas que deben seguir operando y que pueden tener dificultades de mercado para ello (bencineras, panaderías, etc.), pues igualmente se pueden ver afectadas por la situación general. En este sentido, me parece que lo primero es tener presente que por desarrollar actividades que están en una situación de excepción, en una norma que ya es excepcional, la calificación de cuáles son las empresas que quedan en tal situación, debe necesariamente ser restrictiva. De acuerdo con el tenor de la disposición legal, estas empresas no podrán acogerse “a las

prestaciones de esta ley”, y ni siquiera podrían acceder al régimen de pacto de suspensión que se regula en el art. 5º, al menos “durante la duración del referido evento”. Un argumento a favor de ello estaría constituido por el proyecto de ley que, entre otras cosas, buscaba eliminar el inciso final del art. 3º que establece esta restricción. De otra forma, ¿cuál sería el sentido de eliminar ese párrafo? Si ello no se aprueba, será difícil sostener que estas empresas puedan pactar la suspensión de la relación laboral con acceso de los beneficios de la AFC, por lo menos mientras esté vigente el acto o declaración de autoridad. Sin embargo, una interpretación desideologizada de la norma, entendiendo que lo pretendido no es perjudicar a trabajadores, sino, todo lo contrario, proveerles de algún beneficio en una situación de emergencia en que el empleador puede estar gravemente comprometido en su viabilidad, me debiera llevar a pensar que el pacto, en especial si es acordado con el sindicato que exista en tales empresas, debiera permitir el acceso a los beneficios de la ley. No se advierte la razón para perjudicar a estos trabajadores, negándoles el acceso consensuado a esta normativa, máxime si su consentimiento ha sido libre y voluntario, comprendiendo la situación de la empresa, lo que de alguna manera se protege mediante la intervención sindical en ello¹⁵.

Como una contrapartida, aunque bastante limitada, para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población y la prevención de daños ambientales y sanitarios, estos empleadores excluidos del acto o declaración de autoridad, podrán alterar la naturaleza de las funciones de los trabajadores, con el límite de los derechos fundamentales de estos. Se trata, a mi juicio, de una forma especial de *ius variandi*, que opera por decisión unilateral del empleador, quedando en esta circunstancia excepcional y temporal, excluido de los requisitos del

¹⁵ En la tramitación del proyecto de ley se estaría optando por no eliminar el inciso final del art. 3º y solo modificarlo para establecer que no podrán acogerse a los beneficios y efectos de la ley los trabajadores cuyos servicios sean necesarios para aquellas actividades excluidas de la paralización por parte de la autoridad, pudiendo, por el contrario, acogerse los trabajadores cuyos servicios no sean necesarios para la continuidad de dichas actividades, para cuyo efecto tendrán que suscribir el pacto entre el trabajador y el empleador mencionado en el art. 5. De esta forma se permitiría, al menos a los trabajadores no “esenciales” para el servicio excluido, acceder a esta normativa vía pacto. Sin embargo, no se haría distinción sobre si está o no vigente el evento provocado por la declaración de autoridad, por lo que podría interpretarse que este aspecto ya no es relevante para el legislador, subsistiendo, entonces, la duda sobre si pueden acogerse incluso los trabajadores “esenciales” mientras no haya acto o declaración de autoridad.

art. 12 del *CdT*. Interpretarlo de otra forma, haría que la norma no tuviese sentido, pues, respetando las restricciones del mencionado art. 12, no habría sido necesaria una norma especial como la contenida en el art. 20 de la ley. Cabe señalar que esta disposición especial establece otra exigencia, el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, aunque no queda del todo claro la utilidad de esta restricción, considerando que es una limitante permanente a cualquier ejercicio de facultades por parte del empleador conforme al art. 5 dl *CdT*.

- C. De acuerdo con el art. 3º inc. 3º, durante la vigencia de la suspensión temporal legal se mantiene la obligación del empleador de 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 n.º 16744, las que se calcularán sobre el 50% de la remuneración que sirve de base para el cálculo de la prestación establecida en ley. Se generan en este punto dudas sobre las cotizaciones que son voluntarias y de cargo del trabajador, puesto que la redacción parece indicar que debería hacerse cargo de ellas el empleador, viéndose de alguna manera beneficiados los trabajadores que tenían acordados sobrepagos de cotizaciones, como aquellos cuyo plan de salud excediera del 7% de su cotización, lo que no parece haber sido intención del legislador. El punto es relevante para la operación del sistema por parte del empleador, quien necesita saber qué cotizaciones debe pagar, por lo que sería muy útil una interpretación administrativa que lo aclarase. Por otra parte, está en discusión la base de cálculo de las referidas cotizaciones, ya que es sabido, desde pocos días después de la publicación de la ley, que se pretende que no sean sobre el 50% de la remuneración que sirve de base para el cálculo de las prestaciones, sino sobre la totalidad¹⁶.

En relación con las cotizaciones previsionales, y conforme al art. 28, se considerarán como registradas las cotizaciones que el empleador o la entidad pagadora de subsidio hubiere declarado

¹⁶ A la fecha de este trabajo, está en discusión y probablemente sea modificada la norma en el sentido de que el empleador debe continuar pagando la totalidad de las cotizaciones, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, las que se calcularían sobre el cien por ciento de las prestaciones establecidas en el mismo título para las cotizaciones de pensión a que se refieren el inciso primero del art. 17, inciso tercero del art. 29 y el art. 59 del decreto ley n.º 3500, de 1980; y sobre la última remuneración mensual percibida, para el resto de las cotizaciones de seguridad social y salud. Con ello se pagaría el 100% de la cotización, pero con una diferencia en la base de cálculo a considerar, según si se trata de las cotizaciones de AFP o del resto de las cotizaciones.

conforme a lo dispuesto en los incisos quinto y sexto del art. 19 del decreto ley n.º 3500, de 1980. Sin embargo, se acepta que el empleador no pague las cotizaciones de AFP en la oportunidad legal mientras dure el título I de la ley (seis meses desde el 6 de abril de 2020), en tanto las paguen dentro de los doce meses posteriores al término de esa vigencia, sin intereses, reajustes y multas, salvo la reajustabilidad nominal de los últimos doce meses de todos los fondos si fuere positiva¹⁷.

- D. Al acogerse al sistema de esta ley, no podrán ser descontadas de la indemnizaciones por años de servicios los aportes del empleador a la cuenta individual del trabajador en el finiquito, si el trabajador fuera despedido por necesidades de la empresa. Esta restricción contenida en el art. 6 de la ley se hizo necesaria, pues la normativa general de la Ley n.º 19728 sí permite tal descuento en el caso de terminación por necesidades de la empresa, conforme a su art. 13. Parece lógica la prevención del legislador: si los fondos que iban a ser destinados a paliar una cesantía del trabajador se utilizan para hacer frente a otra contingencia (suspensión de la relación laboral), cuando efectivamente se termine el contrato de trabajo no parece justo que se rebaje de su indemnización dineros que no va recibir por la terminación, puesto que ya los utilizó con ocasión de la suspensión. Por lo mismo, esta restricción alcanza solo aquellas cotizaciones que fueron parte de las prestaciones que se otorgan conforme a esta ley y se mantendría de manera indefinida respecto de esos aportes¹⁸.
- E. No podrán acceder al seguro de desempleo los trabajadores que al momento de dictarse el acto o declaración de autoridad hubieren suscrito un pacto que permita asegurar la continuidad de la prestación de los servicios en el periodo a que se refiere dicho acto o declaración de la autoridad (incluidos los pactos de reducción de jornada que se verán más adelante), en la medida que implique continuar recibiendo todo o parte su remuneración mensual. Esta restricción contenida en el art. 1º inc. 3º, es relevante en el diseño

¹⁷ Está en discusión modificar esta norma para ampliar el plazo para pagar las cotizaciones en este caso, permitiéndolo dentro de la vigencia del título I de la ley o dentro de los veinticuatro meses posteriores a su término, pudiendo pagarse por parcialidades que no superen el antedicho plazo de veinticuatro meses.

¹⁸ Se proyecta agregar una norma que precise que en caso de terminación del contrato de alguno de estos trabajadores, la indemnización por años de servicio a que pueda tener derecho se calculará sobre la base de la última remuneración mensual devengada del trabajador, lo que parece ser innecesario toda vez que las prestaciones que perciba de la AFC no son técnicamente remuneración conforme al art. 41 del *CdT*.

de la ley, pues se trata de evitar que “se aprovechen” de la ley empleadores que están en condiciones de seguir pagando remuneraciones a sus trabajadores, pese a la imposibilidad de la prestación de servicios. Dentro de la operación de la normativa, para acogerse a los beneficios de la ley debe hacerse declaración jurada simple de no tener vigente un pacto en este sentido, así lo exige el art. 2º inc. 3º, para la suspensión temporal legal, y el art. 5º inc. 3º, para el acuerdo convencional de suspensión.

Se entiende que sea de interés del legislador evitar que utilicen los beneficios de la norma quienes no lo necesitan, en especial porque hace uso de dineros del trabajador destinados originalmente para otro fin y porque, además, existen recursos públicos comprometidos por la vía del fondo solidario, que opera a falta de recursos en la cuenta del trabajador. Sin embargo, estimo que por las mismas razones ya expuestas, la interpretación y alcance que debe darse a esta restricción debe ser limitada. En este sentido, me parece que el pacto a que se refiere debe necesariamente constar por escrito, ya que es la forma de entender el uso de la expresión ‘suscrito’. Esto parece ser confirmado en el primer inciso del art. 3º. Además, tal acuerdo escrito debe, conforme al texto, asegurar “la prestación de servicios” durante el acto o declaración de autoridad, entiendo con ello no solo la continuidad de la relación laboral desprovista de la prestación de servicios (aunque el primer párrafo del art. 3º refiere a un pacto “a efectos de dar continuidad a la relación laboral”). Así, si se acordó que el contrato siga vigente con pago de todo o parte de la remuneración, pero sin prestación de servicios, estimo que no entraría en la limitante, pues no se trataría de un acuerdo para mantener la prestación, como sí ocurriría en un pacto de prestación de servicios en modalidad de teletrabajo conforme a la Ley n.º 20220, por poner un ejemplo. Esta postura supone que el empleador actúa de buena fe comprometiendo un pago que, unido al beneficio de la AFC no supera la remuneración habitual del trabajador. La interpretación restrictiva de la limitante parece más conforme con el sentido general de la norma que establece que sí pueden acceder a los beneficios de la ley quienes trabajen para empresas que hayan paralizado sus actividades, sea por el acto o declaración de autoridad o por mutuo acuerdo, o bien, que hayan pactado continuidad de la prestación de servicios, pero después del 18 de marzo, ello conforme al art. 1º inciso final, que no hace referencia a si hay o no remuneración completa o parcial en tal caso.

Tampoco pueden acogerse o se interrumpe respecto de quienes en ese momento estén percibiendo subsidio por licencia médica, art. 2° inc. 5°, lo que tienen lógica, pues en tal caso opera la normativa propia de las licencias médicas, como una forma general de suspensión laboral y sujeta a su propio estatuto¹⁹.

3.1.3. Beneficios para el trabajador derivados de la suspensión legal

El beneficio que regula la ley frente a la suspensión de pleno derecho de la relación laboral, en su art. 2°, es el acceso a las prestaciones de los arts. 15 y 25 de la Ley n.° 19728, lo que obviamente excepcional, ya que accederán a ellas sin que se haya producido la terminación del contrato, que es el requisito general y normal.

El acceso a estas prestaciones tiene, sin embargo, ciertas particularidades cuando es en virtud de la Ley n.° 21227:

- A. Se aplica excepcionalmente, sin encontrarse cesante ni cumplir las demás exigencias de la Ley n.° 19728, en los casos de suspensión legal de la relación laboral al trabajador afiliado al seguro de desempleo de la Ley n.° 19728. Esta excepcionalidad justifica, también en este aspecto, la interpretación restrictiva de estas normas y teniendo siempre presente el sentido y justificación de esta ley especial.
- B. Para acceder a la prestación el trabajador debe tener tres cotizaciones continuas en los últimos tres meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad. O, bien, debe tener seis cotizaciones mensuales continuas o discontinuas durante los últimos doce meses, siempre que a lo menos registre las últimas dos cotizaciones con el mismo empleador en los dos meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad.
- C. El empleador debe solicitar este pago respecto de los trabajadores que se hayan visto afectados por aquel acto o declaración de autoridad, mediante una declaración jurada simple ante la AFC (art. 2° inc. 3°) de que no tienen un pacto anterior de continuidad con todo o parte de remuneración (del art. 1 inc. 3°) y con la información necesaria para efectuar el pago al trabajador. Pero si un trabajador que se encuentra en la situación de suspensión de pleno derecho

¹⁹ Se plantea precisar, mediante modificación legal, la forma que la AFC pueda estar en conocimiento que el trabajador goza de licencia médica de acuerdo con la información de que disponga la Superintendencia de Seguridad Social, como viceversa, para que el organismo contralor puede informar a los organismos administradores del seguro de la Ley n.° 16744 de los trabajadores que están acogidos al beneficio de AFC de esta ley.

prevista en la ley, no fue comprendido en esta solicitud empresarial, puede pedir de forma directa el pago de la prestación ante la AFC.

Además, conforme al art. 2 inciso final, el empleador debe informar a la Dirección del Trabajo electrónica y mensualmente la nómina de los trabajadores afectados por la suspensión, respecto de los cuales se hayan solicitado las prestaciones. Esto servirá para la función fiscalizadora de dicho servicio, así como para la conformación del registro público de los empleadores y el número de trabajadores que acceden a la norma, de acuerdo con el art. 27.

- D. La prestación se pagará por mensualidades vencidas y se tendrá derecho a partir de la fecha en que comience a regir el acto de autoridad, de modo que puede ser proporcional al mes correspondiente. Esto debió considerarse, pues, como se indicó, el acto o declaración de autoridad puede ser por un periodo inferior a un mes y podría ser reestablecido después de haber sido dejado sin efecto²⁰.
- E. Para determinar la prestación se considerará el promedio de las remuneraciones imponibles devengadas por el trabajador en los últimos tres meses inmediatamente anteriores a aquel en que se dictó el acto o declaración de autoridad.

Por otra parte, este beneficio es compatible con el subsidio a las bajas remuneraciones que puedan estar considerados en otras normas según se indica en el art. 25 de la ley²¹.

- F. La remuneración se pagará con cargo a la cuenta individual del trabajador (compuesta por los aportes que indica la ley en el art. 2 inc. 2º) y, cuando esta sea insuficiente, se pagará con cargo al Fondo de Cesantía Solidario, aumentando en este caso el valor inferior de lo que puede percibir por este fondo solidario: se fija el piso en \$225 000 los primeros tres meses de cinco, si el contrato es indefinido, o el primero de tres, si el contrato a es plazo fijo, por obra o faena.

²⁰ Lo que no se consideró, pero sí surgió en la tramitación del proyecto de modificación, es la situación en que quedan los beneficiarios de pensiones alimenticias debidas por ley por el trabajador cuyo contrato se suspende. Se pretende que en el caso de haber sido decretadas judicialmente y notificadas al empleador, las prestaciones de la ley puedan ser retenidas o embargadas hasta en un 50% de las mismas, obligando al empleador, en las declaraciones juradas que deben presentar, a señalar de forma expresa los trabajadores respecto de los cuales está obligado a retener y pagar pensiones alimenticias, para que la AFC transfiera al empleador la totalidad de las prestaciones de los mencionados trabajadores, a fin de que este siga cumpliendo con su obligación de retención y pago de las pensiones y pague de manera directa el saldo que quedare de la prestación al trabajador.

²¹ Además, en el proyecto de modificación se precisa aún más la operatoria en concurso de estas normas legales protectoras y subsidiarias del empleo.

El pago de la prestación a cargo del seguro de cesantía se hace de acuerdo con las reglas de la Ley n.º 19728, esto es, no se recibe la totalidad de la remuneración, sino un porcentaje decreciente de esta de acuerdo con la tabla del art. 15 de la citada ley, es decir, primer mes 70%, segundo mes 55%, tercer mes 45%, cuarto mes 40%, quinto mes 35%, sexto mes 30%, séptimo mes 30%. Al menos en el primer mes, el monto que recibe el trabajador es muy cercano a su remuneración líquida habitual, en la medida que su remuneración sea igual o inferior al tope imponible, ya que el monto expresado en porcentaje no está afecto a los descuentos previsionales de la remuneración.

Cabe señalar que estos son los porcentajes de la prestación conforme a la Ley n.º 19728, en la medida que el trabajador posea fondos suficientes para los pagos respectivos. De no serlos, opera el Fondo de Cesantía Solidario que queda sujeto a mínimos y máximos que esta ley fija en especial para su operación y no son necesariamente (en particular los mínimos) los mismos de la aplicación general de la ley de seguro de desempleo.

El uso de los fondos solidarios se sujeta a los mismos porcentajes de la remuneración imponible, pero además a las tablas de mínimos que establece la Ley n.º 21227 y de máximos que contiene la Ley n.º 19728, lo que puede representar un problema importante para los trabajadores con remuneración relativamente alta. En efecto, conforme a ellas, para los contratos indefinidos, los mínimos son de \$225 000 los primeros tres meses, de \$200 000 el cuarto mes y de \$175 000 el quinto mes. Para los contratos a plazo fijo o por obra o faena el valor inferior es de \$225 000, \$200 000 y de \$175 000 para el primero, segundo y tercer mes en el orden mencionado respectivamente. Respecto de los máximos serían de \$651 078, \$512 057, \$418 954, \$372 404 y \$325 853 para los meses del primero al quinto, en el caso de los contratos indefinidos y de \$465.506, \$372.404 y de \$325.853 para los meses del primero al tercero en los contratos a plazo o por obra o faena. Así, para un trabajador cuya remuneración imponible sea de \$2 000 000 el primer mes obtendrá \$1 400 000, si su cuenta individual es suficiente. Si al segundo mes su cuenta individual no alcanzare a cubrir el 55% de su remuneración (\$1 100 000) operará el Fondo de Cesantía Solidario con tope de \$512 078, lo que representará un porcentaje relativamente bajo de su remuneración mensual habitual, sin encontrarse en situación de cesantía o de búsqueda de empleo, ya que mantiene vigente su relación laboral.

3.2. *Pactos de suspensión*

Esta herramienta, a diferencia de la anterior, supone un acuerdo entre las partes de suspender los efectos del contrato. Debo recordar que siempre se ha podido celebrar acuerdos de este tipo (ejemplo de ello son los permisos

sin goce de sueldo, o con goce de ello), pero ahora este acuerdo puede tener otros efectos dispuestos por la ley, accediendo el trabajador a los beneficios de la AFC, siempre y cuando cumpla con las exigencias que se establecen en ella.

3.2.1. Requisitos del pacto de suspensión de la Ley n.º 21227

- A. Es posible respecto de empleadores “cuya actividad se vea afectada total o parcialmente”, naturalmente, entiendo, por razones derivada directa o directamente de la crisis provocada por el Covid-19.

La ley no establece parámetros objetivos para determinar la concurrencia o no de la exigencia legal de afectación total o parcial de la actividad (como sí lo hace con más detalle a propósito del pacto de reducción temporal de jornada en el art. 8). En consecuencia, y sin perjuicio de una eventual fiscalización sobre el punto, será el empleador quien determine si cumple o no la exigencia de afectación. Dadas las características que las decisiones de autoridad han tenido hasta ahora, aunque limitadas en el tiempo y lugar de aplicación, resulta relativamente difícil encontrar actividades que no se hayan visto “afectadas” de alguna manera, por lo que será difícil cuestionar la determinación del empleador²². Al parecer, esa es la intención del legislador, dada la amplitud de la redacción del requisito, buscando generar certezas para la toma de decisiones del empleador.

- B. Corresponde a un acuerdo suscrito con el o los trabajadores, es decir, individual o colectivo, sea de manera personal o previa consulta con la organización sindical a la que se encuentre afiliado.

De nuevo la norma utiliza la expresión ‘suscrito’ por lo que entiendo que debe haber un documento escrito que permita que sea firmado o aceptado formalmente para que pueda haber suscripción.

Nos parece que la intervención del sindicato es optativa, pues señala que es de forma personal “o” previa consulta a la organización

²² Sin embargo, habiendo surgido dudas al respecto, la modificación legal en trámite establece una presunción de afectación parcial, cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto los ingresos por ventas o servicios netos del Impuesto al Valor Agregado del empleador hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior. Esto representa una ventaja al establecer de manera objetiva la concurrencia del requisito, pero no debe olvidarse que no es más que una presunción solo legal, que serviría esencialmente al empleador, liberándolo en principio de más pruebas y que solo operaría para los contribuyentes de IVA. Al mismo tiempo, se pretende establecer de forma más clara la posibilidad de que el trabajador o el sindicato al que esté afiliado puedan denunciar vicios en el pacto o que no se cumplen las condiciones necesarias en la actividad de la empresa. Me parece que para que ello fuere posible no se requería de modificación legal e introducirá elementos de incerteza que la ley pretende despejar.

sindical. En todo caso la participación del sindicato es consultiva y no dirimente de la voluntad del trabajador, aunque en los hechos tal vez tenga gran fuerza moral sobre la decisión del trabajador.

En todo caso, estimo que se trata del sindicato base y no de una organización superior (como federación o confederación) porque se trata de un tema cuya afectación se analiza y demuestra a nivel de la empresa.

Nos queda la duda si el o los trabajadores pudieran ser representados por el sindicato, sin requerimiento previo de aquellos. Pareciera necesario que el trabajador involucrado en el pacto al menos requiera ser representado por el sindicato al que pertenece, pues no estoy en las hipótesis en que la organización puede representar de pleno derecho al trabajador conforme al art. 220 n.º 2 del *CdT*. Sin embargo, el art. 5 inc. 3º reconoce de forma expresa la posibilidad de representación, por lo que me inclino por la factibilidad de la representación, pero con requerimiento o autorización del trabajador.

- C. Este pacto solo puede celebrarse fuera de los periodos que comprende la paralización de actividades decretada por acto o declaración de la autoridad, que impidan o prohíban la prestación del servicio y durante la vigencia del título I (seis meses desde el 6 de abril de 2020).

Si durante la vigencia de este pacto se decretara un acto o declaración de autoridad en los términos señalados, se producirá la “interrupción” de la suspensión temporal convencional del contrato de trabajo, debiendo esta continuar una vez que cese la vigencia del mandato de la autoridad.

No queda claro el sentido de distinguir entre suspensión legal y la convencional, que se interrumpe por la primera, pues producen exactamente los mismos efectos, como se ve en el punto siguiente.

- D. No es posible pactar que la suspensión temporal acordada produzca efectos en forma diferida: todos los efectos del pacto deben ejecutarse, al menos a partir del primer día del mes siguiente a la celebración del pacto, de lo que entiendo que también puede ser antes²³.

3.2.2. Efectos del pacto de suspensión de la Ley n.º 21227

Produce los mismos efectos de la suspensión temporal de pleno derecho, esto es, los trabajadores que cumplan los requisitos para ellos y cumpliendo

²³ Se precisa en el proyecto modificatorio de la ley que los efectos se producen a contar del día siguiente a su suscripción y puede diferirse, pero no más allá del primer día del mes siguiente a la fecha de la suscripción.

el empleador las exigencias administrativas, pueden acceder a los beneficios de la Ley n.º 19728.

En efecto, durante el periodo del pacto de suspensión temporal, el trabajador recibirá el beneficio excepcional de cesantía (prestaciones del art. 15 y 25 de la Ley n.º 19728) debiendo al efecto presentarse la declaración jurada, cumpliéndose los demás requisitos ya señalados, esto es, se solicita de la misma forma que para la suspensión de contrato de pleno derecho y deben declarar no tener un pacto de continuidad laboral que implique recibir todo o parte de la remuneración.

Aparece de nuevo el problema de factibilidad de aporte del empleador al trabajador pagando parte de la remuneración, salvo que la limitación se entendiera solo para los pactos que mantienen prestación efectiva de servicios y no para los que la suspenden totalmente.

En el caso del pacto de suspensión, la AFC debe informar a la Dirección del Trabajo la nómina de empleadores y trabajadores que hubieren suscrito el pacto, lo que de nuevo facilita a dicho servicio la fiscalización de la aplicación de la normativa y la publicidad de las empresas acogidas al mismo.

3.3. *Pactos de reducción de jornada*

Al igual que en el caso de suspensión por pacto, la reducción de jornada y de remuneración también es posible por acuerdo entre las partes sin necesidad de disposición legal²⁴. Sin embargo, la Ley n.º 21227 lo contempla especialmente con ciertos requisitos y características que habilitan al trabajador a acceder a algunos beneficios conforme a esta legislación.

En este pacto de reducción de jornada no hay suspensión, pero se producen de manera parcial los efectos de la Ley n.º 21227, esto es, accediendo al beneficio parcial de prestaciones de AFC. Solo procede cuando el empleador se encuentre en determinadas y precisas circunstancias previstas en esta ley (contemplados en el art. 8) y los trabajadores estén afiliados al seguro de desempleo, previa consulta obligada a la organización sindical respectiva si la hubiere, o derechamente pactado con ella (art. 12 inc. 2º).

A diferencia del pacto de suspensión, en el de reducción de jornada la organización sindical debe ser al menos consultada, cosa que no es obligada en el pacto de suspensión. Asimismo, y a diferencia de la suspensión conven-

²⁴ Existe un antecedente de ello en el art. 40 bis D del *CdT* que regula la forma de calcular la indemnización por años de servicios en los casos de pacto de jornada parcial con trabajadores que tenían jornada completa. No obstante, la norma citada del *Código del Trabajo*, no tendría aplicación en los casos regidos por la Ley n.º 21227 porque primaría el art. 13 de esta ley.

cional, pareciera ser que en el caso de reducción de jornada, la organización se encuentra habilitada para representar a sus socios por el solo ministerio de la ley, ya que pueden suscribirlo los trabajadores “personalmente o por medio de la organización sindical a la que se encuentren afiliados” (art. 7° inc. 1°). Sin embargo, parece aconsejable que también en este caso la organización cuente con el respaldo del requerimiento de sus socios.

3.3.1. Empleadores que pueden acceder al pacto de reducción de jornada.

Para poder celebrar el pacto de reducción con los efectos de la ley el empleador debe:

- a) Tratarse de contribuyentes de IVA que a contar de octubre de 2019 hayan experimentado una disminución promedio de ventas declaradas por un periodo de tres meses consecutivos que sea superior al 20% respecto del promedio de ventas declaradas en el mismo periodo de tres meses del ejercicio anterior;
- b) Encontrarse en un procedimiento concursal de reorganización.
- c) Encontrarse en un procedimiento de asesoría económica de insolvencia.
- d) Desarrollar en su empresa, establecimiento o faena una actividad que habiendo quedado fuera de los efectos del acto o declaración de autoridad (es decir, empresas, establecimientos o faenas que no puedan paralizar sus actividades) y necesiten reducir o redistribuir la jornada ordinaria para:
 - mantener su continuidad operacional o
 - para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.

En este último caso, el trabajador de dicho empleador debe tener los mismos requisitos de cotizaciones de la suspensión temporal automática; en los otros casos, los requisitos son distintos, según diré.

La calificación de encontrarse en la situación de la letra d) corresponde efectuarla al empleador junto con el o los trabajadores respectivos, aunque obviamente puede ser fiscalizada la efectividad del cumplimiento de los requisitos. En todo caso, parece que el empleador es quien mejor conoce su operación y está en las mejores condiciones como para determinar la concurrencia o no de estos requisitos, lo que obviamente puede ser verificado por la parte trabajadora, en especial si actúa a través de sindicato²⁵.

²⁵ En la tramitación parlamentaria del proyecto de modificación legal, se pretende agregar una letra e) para empleadores domiciliados en Isla de Pascua o en el archipiélago de Juan Fernández y que realicen su actividad o presten sus servicios en los referidos territorios, que hayan tenido desde marzo pasado una disminución ventas promedio mensuales en un periodo

Cada caso debe ser acreditado de la forma que indica la ley y solo puede haber un pacto por cada relación laboral, esto es, por cada trabajador.

3.3.2. Efectos del pacto de reducción de jornada

Celebrado el acuerdo de reducción por un empleador habilitado para ello, se generan varias consecuencias en la relación laboral del o los trabajadores con que se pacte (art. 11):

A. Como implica una reducción de jornada, el trabajador tiene derecho a percibir su remuneración, de cargo del empleador, equivalente (proporcional) a la jornada reducida (sobre la base del promedio de las remuneraciones imponibles de los últimos tres meses anteriores al pacto).

También tendrá derecho a las remuneraciones o beneficios cuyo pago corresponda durante la vigencia del pacto tales como: aguinaldos, asignaciones, bonos y otros conceptos excepcionales o esporádicos, y cualquier otra contraprestación que no constituya remuneración (de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 41 del *CdT*), sin perjuicio de los descuentos que correspondieren conforme a lo establecido en el art. 58 del *CdT*.

B. El empleador debe cotizar las imposiciones previsionales conforme a la remuneración imponible del pacto.

C. Los trabajadores tendrán derecho a un complemento, de cargo de su cuenta individual por cesantía, y una vez agotado, con cargo al Fondo de Cesantía Solidario. Dicho complemento tiene las siguientes características:

a. El complemento será de 25% del promedio de la remuneración imponible devengada en los últimos tres meses anteriores al pacto (o a los pactos, si fueren sucesivos), si la reducción de jornada es 50%. Si la jornada de trabajo se reduce en un porcentaje inferior al 50%, el complemento se determinará de manera proporcional²⁶.

Se devenga a partir del primer día del mes siguiente a la celebración del pacto, conforme al art. 12 inc. 4º, pero se precisaría, con el proyecto de modificación, que es partir que comience a producir sus efectos, lo que parece de toda lógica.

cualquiera de dos meses consecutivos, que exceda del 20% calculado respecto del promedio de sus ventas mensuales en el mismo periodo del ejercicio anterior, precisándose también cómo ha de acreditarse lo anterior.

²⁶ Se pretende precisar mediante modificación legal que este complemento será proporcional a los días que se aplique la reducción, en caso que dure menos de un mes.

- b. El complemento tendrá como límite máximo mensual la suma de \$225 000 por cada trabajador afecto a un jornada ordinaria conforme al art. 22, el que se reducirá de manera proporcional en caso de jornadas inferiores a 45 horas semanales.

En este punto se genera la duda sobre si pueden acceder al beneficio los trabajadores que no estén sujetos a control de jornada. La norma es poco clara, ya que el art. 22 contempla tanto los trabajadores sujetos a control de jornada y con tope de jornada ordinaria de 45 horas semanales como aquellos trabajadores que no están afectos a tope y están exentos de control de jornada. Esto último no implica que no tengan jornada de trabajo, solo que esta no tiene límite, ni es controlada por el empleador. Así, la referencia a trabajadores afectos a jornada ordinaria puede interpretarse como aquellos que están afectos a control de jornada, en cuyo caso quedarían excluidos de la posibilidad de acceder los trabajadores que no tienen control de jornada. Esta parece ser la interpretación más conservadora de la disposición.

Sin embargo, me parece que cabe preguntarse si un trabajador que no tiene control de jornada, por ejemplo, por trabajar sin supervisión directa e inmediata del empleador, podría o no pactar una rebaja de su jornada o dedicación a la empresa. Estimo que ello es posible, ya que el no tener control de jornada no implica que el trabajador no tenga una dedicación determinada a su trabajo. Por ejemplo, podría ser que trabaje sin control de jornada de lunes a viernes y que pacte que rebajará su dedicación a lunes a miércoles, quedando liberado jueves y viernes; también podría ser que pacte que en lugar de tener una dedicación exclusiva de mañana y tarde de lunes a viernes, pacte que solo lo hará durante las mañanas en el mismo periodo. Evidentemente, no hay cómo controlarlo con un registro de asistencia, pero ello no implica que sea imposible acordar una reducción de jornada o de dedicación. Seguramente, se trató de asegurar que los trabajadores que accedieran a la rebaja de jornada no se vieran obligados a seguir trabajando lo mismo pese al pacto, pero se podría demostrar la rebaja de jornada de otra forma que no necesariamente sea mediante un registro de asistencia.

- c. El complemento no se considera remuneración ni renta, no es imponible, ni es embargable²⁷. Por otra parte, el complemento

²⁷ El proyecto de modificación se hace cargo de la situación de los acreedores del trabajador por pensiones alimenticias debidas por ley, postulando que el complemento pueda ser

es compatible con otros beneficios económicos que se otorguen u obtengan por otras leyes.

3.3.3. Contenido mínimo del pacto de reducción de jornada

Para que el pacto de reducción de jornada pueda generar los beneficios de la Ley n.º 21227 debe cumplir con ciertas exigencias mínimas y suscribirse preferentemente en forma electrónica a través de la plataforma que habilite la Dirección del Trabajo, que informará de ello a la AFC al menos de forma mensual (art. 12):

- a. Individualización de las partes, con indicación del RUT del empleador, de la cédula nacional de identidad del trabajador e información necesaria para materializar el pago del complemento que realizará la AFC.
- b. Duración del pacto.
- c. Fecha de entrada en vigor del pacto²⁸.
- d. Promedio de las remuneraciones imponibles fijas y variables devengadas por el trabajador en los últimos tres meses anteriores completos a la celebración del pacto.
- e. Indicación de la jornada de trabajo reducida, porcentaje de la reducción de la jornada de trabajo convenida.
- f. La remuneración correspondiente a dicha jornada.
- g. Declaración jurada simple del empleador respecto a que se cumplen los requisitos establecidos en la ley para la celebración del pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo.

3.3.4. Limitaciones del pacto de reducción de jornada

La ley dispone de ciertas restricciones que no pueden ser parte del pacto y, si lo fueran, entiendo que no cumpliría las exigencias legales, no permitiendo al trabajador acceder a los beneficios de la ley. Así, se establece:

- a. No procede pactar una reducción temporal de jornada superior al 50% de la jornada de trabajo original, esto es, se permite reducción de hasta 50%.
- b. No procede pactar reducción temporal de jornada respecto de trabajadores con fuero laboral (art. 9). Cabe preguntarse el motivo de

embargado o retenido hasta en un 50%, pero haciendo que sea el empleador quien retenga más del porcentaje habitual de la parte que paga de la remuneración de modo que el pago del complemento por AFC sea íntegro al trabajador.

²⁸ Se precisa con la modificación en trámite que produce sus efectos a partir del día siguiente a la suscripción del pacto y, a más tardar, el 1 del mes siguiente, lo que efectivamente no es claro en la actual redacción.

esta excepción y entiendo que sería para evitar que se ejerza una eventual presión sobre ellos para reducir la jornada en atención a su fuero. Sin embargo, si el trabajador tiene fuero, con mayor razón estará protegido en caso que no esté acuerdo con el pacto de reducción, de modo que la restricción parece no ser justificada²⁹.

- c. Tratándose de trabajadores con contrato indefinido se requiere tener registradas al menos diez cotizaciones mensuales en AFC (continuas o discontinuas) y cinco cotizaciones mensuales (continuas o discontinuas) en caso de ser a plazo fijo o por obra o faena.

Las cotizaciones deberán haberse registrado en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de la celebración del pacto respectivo.

El trabajador debe registrar las tres últimas cotizaciones continuas con el mismo empleador con quien suscriba el pacto de reducción temporal de jornada (art. 9).

- d. Se puede pactar por un máximo de cinco meses continuos (trabajadores con contrato indefinido) y máximo tres meses cuando es contrato a plazo fijo o por obra o faena (art. 10).

El mínimo plazo de vigencia del pacto es de un mes, pero pueden ser sucesivos, lo que hace extraña la limitación temporal, que se puede sortear con nuevos pactos, pero siempre dentro de la vigencia de la norma, lo que se desprende del art. 11 inc. 5.

- e. Durante la vigencia del pacto el empleador debe pagar la remuneración, así como declarar y pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social proporcionales a la jornada reducida.
- f. No es posible pactar que la reducción temporal produzca efectos en forma diferida, todos los efectos del pacto pueden ejecutarse en lo inmediato o, al menos el primer día del mes siguiente a la celebración del pacto.
- g. Expirado el plazo pactado se restablecen de pleno derecho las condiciones contractuales originales, no pudiendo pactarse restricciones a ello.
- h. El empleador que haya celebrado estos pactos no puede contratar nuevos trabajadores “que realicen iguales o similares funciones” a quienes hayan suscrito el pacto (art. 7º inciso final). La restricción se limita al número de trabajadores con pacto y, si va a contratar nuevo personal, debe ofrecerlo primero a los afectos al pacto, en la

²⁹ No obstante, esta norma hizo que algunos se preguntaran por qué no había una limitación similar para los casos de suspensión del título I, tanto que en la tramitación del proyecto de reforma se postula agregar un artículo que reproduzca esta limitación para los casos de suspensión, aunque probablemente quede limitado a las trabajadoras que tengan fuero maternal.

medida que tengan las capacidades, calificaciones e idoneidad para desempeñar el o los cargos que se buscan cubrir. Se considera una multa especial para infracción a esta disposición.

Parece lógico intentar impedir que un empleador utilice esta reducción temporal para obtener un apoyo en la remuneración del o los trabajadores afectos, mientras contrata otros trabajadores. No obstante, no está claro que se justifique todo el andamiaje jurídico que importa imponer esta restricción a la libertad de contratación, ya que lo lógico y probable es que si el empleador recurre al pacto de reducción de jornada, no buscará contratar más personal, pues al contrario, le sobra; y si le llegare a hacer falta, lo más probable le resultará más eficiente contar con personal entrenado y que conoce la organización, terminando la rebaja de jornada, en lugar de traer a nuevos trabajadores. Sin embargo, efectivamente es un resguardo que tiende a impedir o desincentivar acuerdos abusivos.

- i. En el evento de ponerse término al contrato durante la vigencia del pacto o una vez concluido este, las indemnizaciones legales o convencionales se calcularán según la situación contractual previa al pacto. Así lo indica el art. 13 de la ley, que no contiene una norma similar a la establecida en el art. 6º para la suspensión, sobre la imposibilidad de imputar las cotizaciones del empleador utilizadas para solventar el beneficio a una futura indemnización por años de servicios conforme al art. 13 de la Ley n.º 19728³⁰.

IV. SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE CASA PARTICULAR EN LA LEY N.º 21227

Estos trabajadores no tienen acceso al sistema de seguro de desempleo de la Ley n.º 19728, pero sí tienen un sistema de indemnización “a todo evento” equivalente aproximadamente a quince días de remuneración por cada año de servicio con dineros que se depositan en una cuenta especial de AFP con cotización del empleador de 4,11% de la remuneración mensual (art. 163 inciso final del *CdT*).

En el evento del art. 1º de la Ley n.º 20227, esto es un acto o declaración de autoridad que impida o prohíba en su totalidad la prestación de los servicios, estos trabajadores pueden impetrar la indemnización a todo evento que tienen acumulada en AFP, formada con la cotización mensual del 4,11%

³⁰ Esto se corregiría en la modificación legal para impedir, también en el caso de la prestación por reducción parcial de jornada, la imposibilidad de imputar de los aportes empresariales a la indemnización por años de servicios que deban pagarse.

de la remuneración de cargo del empleador, pero no de una vez, como en el caso de la terminación del contrato por cualquier causal, sino que:

- 70% de la remuneración mensual imponible o el saldo si fuere inferior.
- Si se mantiene la situación, la AFP girará el 55%, 45%, 40% y 35% de la remuneración imponible en los meses siguiente: se entiende, en la medida que haya saldo.

El trabajador debe presentar declaración jurada simple en la AFP declarando que no tiene un pacto de continuidad de los servicios con pago de todo parte de la remuneración.

También pueden acordar la suspensión con el empleador conforme al art. 5° de la nueva ley, aplicándose todas las reglas de ese artículo, pero no tienen acceso a los beneficios del seguro de desempleo, pues nunca han cotizado para el mismo. En tal caso, el empleador debe continuar pagando cotización de salud, invalidez y sobrevivencia³¹.

V. RESTRICCIONES A LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO ESTABLECIDAS EN LA LEY N.º 21227

Como dije al comienzo, aceptada que sea la concurrencia de fuerza mayor, esta puede dar lugar a un efecto moderado, cual es la suspensión de la relación laboral o, bien, a una consecuencia más drástica, como sería la terminación del contrato del trabajo. Esta ley, en forma pragmática, reconoce que la pandemia de Covid-19 puede generar la suspensión de la relación laboral, sea por aplicación de la ley, sea por acuerdo entre las partes, regulando en uno y otro caso la posibilidad de acceso a ciertos beneficios para el trabajador afectado. Como en sus consecuencias más radicales, esta fuerza mayor también podría generar la terminación del contrato de trabajo, se optó por limitarla, sobre la base de que el empleador no debiera tener que recurrir a ella, ya que dispone de las herramientas suspensivas o limitativas de jornada antes desarrolladas.

Limitaciones a la terminación del contrato de trabajo

- 1) Durante seis meses desde la vigencia de la ley, esto es desde el 6 de abril de 2020 y hasta el 6 de octubre de 2020, o existiendo decla-

³¹ Aunque la modificación en trámite busca precisar que el empleador debe pagar todas las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como las del trabajador, como en los demás casos de suspensión, incluyendo la cotización del 4,11% para fondo de indemnización y se aplicaría la posibilidad de diferir el pago conforme al art. 28.

ración de Estado de Catástrofe, no podrá despedirse a trabajadores invocando como motivo la causal de fuerza mayor o caso fortuito basada en los efectos de la pandemia de Covid-19, lo que se dispone en el art. 26.

Estimo que esta restricción es de aplicación general, se trate o no de casos amparados o con acceso a los beneficios de la ley. De esta forma, pueden haber trabajadores que no accedan a los beneficios de la ley, pero sí a los efectos restrictivos respecto de la aplicación de esta causal basada en la enfermedad.

Cabe preguntarse por el efecto de una decisión del empleador de despedir por la causal de fuerza mayor, basada en el Covid-19 durante la vigencia de la restricción. Estimo que se trataría de un despido nulo por estar prohibido por la ley, cuya consecuencia debiera ser la reincorporación del trabajador y el pago de las remuneraciones del tiempo en que estuvo impedido de trabajar por el despido nulo.

- 2) Durante la suspensión temporal legal de la relación laboral el empleador solo podrá poner término a la relación laboral por aplicación de la causal establecida en el art. 161 del *Código del Trabajo* (art. 3 inc. 3º).

Se refiere indudablemente a la causal de necesidades de la empresa. En efecto, su referencia es en singular a “la causal”, por lo que estimo que la limitante o imposibilidad también abarca a la terminación por desahucio, que se permite por el mismo art. 161. Se podría argumentar que el desahucio no es, en realidad, una causal de terminación, ya que precisamente supone no invocar ninguna, sino, más bien, una forma excepcional de poner término al contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador. Sin embargo, como se trata de establecer una forma única de poner término al contrato de trabajo, debiera entenderse que esta es por necesidades de la empresa. De todas formas, siendo similares en sus efectos, lo prudente es que si el empleador estima necesario poner término al contrato de trabajo, lo haga por la causal de necesidades de la empresa, lo que supone expresar las razones que lo justifican y luego demostrarlas, si fueren controvertidas por el trabajador, y no arriesgarse a invocar el desahucio como fundamento de la terminación, aunque se encuentre en las hipótesis de esta.

Se ha planteado el problema de la factibilidad de poner término al contrato por alguna de las causales del art. 159 del *CdT*. Aparentemente, tampoco podrían invocarse para poner término al contrato de trabajo, dada lo imperativo de la norma. Sin embargo, en estos casos, no es el empleador quien pone término, que es el

sujeto limitado, ya que es este quien “sólo podrá” poner término por aplicación de la causal del art. 161 del *CdT*. Por ello, tratándose de causales objetivas de terminación (como indudablemente lo es la muerte del trabajador) o expresiones de la libertad de trabajo (como lo es la terminación por renuncia del trabajador o por mutuo acuerdo), deberían poder invocarse. En la misma situación quedan el vencimiento del plazo o la conclusión del trabajo o servicio, pues se trata de situaciones previstas de antemano y que tienen carácter objetivo. Solo sería discutible que el empleador invoque la fuerza mayor, pero ello no resultará posible, por la restricción mencionada en el numeral anterior³².

Resta analizar qué ocurriría con las causales sancionatorias del art. 160 del *CdT*. Parece absurdo limitarlas debido a la pandemia de Covid-19, puesto que no existe ninguna razón para que, producto de ella, deban quedar impunes faltas graves y que merecen sanción, como las contempladas en este artículo. Buscando una interpretación que permita invocarlas, algunos sostienen que tratándose de causales que la doctrina califica de “caducidad”, que no es otra cosa que una sanción al trabajador, debieran poder aplicarse. Pero la ley pareciera no permitir ninguna otra que no sea la de necesidades de la empresa. En consecuencia, encierra riesgos utilizarlas porque el despido pudiera llegar a ser estimado nulo, con el costo que sus efectos representaría para el empleador. Como la limitante es mientras está vigente la suspensión temporal legal y ello requiere del acto o declaración de autoridad, en realidad el trabajador no debiera estar prestando los servicios, de modo que al menos el trabajador no estará concurriendo a la empresa. Por su parte, el empleador tendría la opción, sea arriesgarse a un despido nulo, sea esperar para invocar la causal, pero al menos tomando las medidas para evitar que en el futuro se considere que operó de su parte un perdón de la causal.

³² Pese a lo expuesto, la modificación legal en trámite precisa que esta restricción aplicaría solo respecto de los trabajadores no afectados a los beneficios de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 159 números 1 al 5 del *CdT*, con lo que se aclara la aplicabilidad de las causales del art. 159, salvo la fuerza mayor, como se había concluido. Sin embargo, al redactarse de esta forma, introduce otros problemas, ya que la limitante estaría, a partir de la aprobación de esta modificación, referida solamente a los trabajadores no afectados a los beneficios de la ley y mientras dure la suspensión. Con ello abre la duda sobre si los trabajadores afectados a los beneficios quedan en una situación de imposibilidad de ser despedidos, mientras que los otros en una condición de restricción de despido. Todo ello, mientras esté vigente el acto o declaración de autoridad en el territorio respectivo.

- 3) Si durante el periodo comprendido entre la declaración de Estado de Catástrofe (lo que ocurrió el 18 de marzo de 2020, a través del decreto supremo n.º 104 del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública) y la entrada en vigencia de la ley (con su publicación el 6 de abril de 2020), las partes hubieren dado término a la relación laboral, cualquiera fuere la causal, se podrá resciliar dicho término, en cuyo caso podrán acogerse a las disposiciones de esta ley (art. 26 inc. 2º).

Me parece que pese a su tenor literal no es solo para las causales convenidas, aunque diga “las partes hubieren dado término”, ya que su aplicación quedaría restringida en la práctica al mutuo acuerdo, en cuyo caso no sería en rigor necesaria una norma para que las partes, de la misma forma, decidan dejarla sin efecto. En consecuencia, estimo que necesariamente aplica para cualquier causal, empero haya sido producto de una decisión unilateral del empleador o del trabajador.

Por otra parte, también me parece que debe interpretarse que para que opere esta norma se requiere de acuerdo de trabajador y empleador para dejarla sin efecto, pues emplea “resciliar”, lo que supone mutuo consentimiento (art. 1567 del *Código Civil*). Esta interpretación permite certeza, puesto que de otra forma podría cuestionarse cualquier terminación producida en el lapso indicado por el trabajador, incluso, habiendo finiquito de por medio, lo que no me parece haya sido la intención de la ley.

VI. OTRAS NORMAS DE LA LEY

La ley en comento contiene otras disposiciones relacionadas con el tema que solo enunciaré, pues un análisis pormenorizado de las mismas excede los límites que me impuse en orden a tratar los efectos en la relación laboral de la Ley n.º 21227.

Entre estas normas se cuentan las siguientes:

- A. Sanción penal en caso de obtención tanto de complementos como prestaciones mediante simulación o engaño (art. 14), así como a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos, además de restitución de las sumas percibidas de forma indebida. Se considera, también, una eventual responsabilidad penal de personas jurídicas cuyos dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión comentan los delitos indicados directa e inmediatamente en su interés o para su provecho. No puedo calificar desde el punto de vista penal la técnica para la

tipificación del delito, pero llama la atención que el sujeto activo principal sean las personas que obtuvieren, mediante simulación o engaño, complemento, prestaciones o ambos, o un beneficio mayor al que les corresponda, puesto que estos serían en lo fundamental trabajadores.

- B. Normas sobre financiamiento del sistema en el art. 18 y de retribución a la AFC en el art. 24.
- C. Posibilidad de los trabajadores de hacer efectivos seguros de cesantía acordados antes de la ley con bancos, instituciones financieras, casas comerciales y similares, por haber hecho uso de los beneficios del art. 1 o 7, aunque no estén cesantes, conforme al art. 21. Esto consagra, a mi juicio, una modificación legal de contratos suscritos con anterioridad por las partes. Se ha cuestionado si esta norma opera tanto en el caso de la suspensión temporal de pleno derecho como en la suspensión convencional. Esto porque seguramente la segunda puede prestarse para algún acuerdo fraudulento entre las partes. Sin embargo, al parecer opera en ambos casos, ya que la suspensión convencional también produce el efecto de acceder al beneficio del art. 1^o ³³.
- D. Registro público de los empleadores cuyos trabajadores hayan sido beneficiarios de las prestaciones de la ley y número de trabajadores que accedieron (art. 27).
- E. Vigencia: La Ley n.º 21227 (publicada en el *Diario Oficial* con fecha 6 de abril de 2020) dispuso que su entrada en vigencia es de inmediato a la fecha de su publicación, y mantendrá vigencia por un plazo de seis meses en cuanto a sus disposiciones sobre suspensión temporal del contrato de trabajo (sea de pleno derecho o por pacto entre las partes) y también en cuanto al pacto de reducción temporal de jornada que se funda en la causal de la letra d) de su art. 8. Es decir, hasta el 6 de octubre 2020.

Con respecto al pacto de reducción temporal de jornada fundado en las demás causales (que no sea letra d) del art. 8), las disposiciones del título II que lo regula mantendrán vigencia hasta el último día del mes décimo desde su entrada en vigencia. Es decir, hasta el 28 de febrero de 2021.

³³ Se proyecta modificar la norma aclarando, innecesariamente, a mi juicio, que opera también en los casos del art. 5º. Aunque la propuesta en trámite también precisaría que el trabajador debe acreditar la condición de beneficiario mediante certificado del empleador, para que la compañía aseguradora pague la cuota que venza en la proporción que disminuyan los ingresos del trabajador.

VII. CONCLUSIONES

En el contexto en que dicta la Ley n.º 21227 está claro que los empleadores, con o sin razón, estaban en posición de poner término a los contratos de trabajo invocando la causal de terminación sin derecho a indemnización de fuerza mayor, provocada por la pandemia de Covid-19, considerando los efectos de los actos o declaraciones de autoridad que dificultan o impedian totalmente el funcionamiento. Como mínimo, también con o sin razón, podrían haber sostenido la suspensión de la relación laboral, con efectos en la remuneración del trabajador que quedaría sin ella y sin las cotizaciones correspondientes.

Esta ley se anticipa a este posible escenario y establece una situación de suspensión de pleno derecho de la relación laboral cuando se dan ciertos requisitos derivados de actos de autoridad y, en tal caso, habilita a los trabajadores afiliados al sistema del seguro de desempleo, a acceder a los beneficios de este, como si su relación laboral hubiere cesado. Del mismo modo, posibilita este acceso en caso de pacto de suspensión de la relación laboral acordada entre las partes, cumplidos ciertos requisitos. También permite un pacto de rebaja de jornada de trabajo para empleadores en ciertas situaciones, posibilitando a los trabajadores que convengan en ello acceder a un beneficio parcial por cuenta del sistema de seguro de desempleo. Al mismo tiempo, procura una solución basada en los mismos principios para los trabajadores de casa particular que se financia con sus fondos de indemnización, toda vez que no tienen seguro de desempleo. Junto con todo lo anterior, la norma establece restricciones a la terminación del contrato del trabajo imposibilitando desde luego la causal de fuerza mayor basada en los efectos de la enfermedad denominada Covid-19.

La normativa procura amortiguar los problemas derivados de la afectación a las relaciones laborales provocadas por la pandemia, empleando los recursos e institucionalidad existentes para una situación de necesidad más intensa, pero de naturaleza semejante. Está por verse el éxito de esta normativa, pero no cabe duda que constituye un esfuerzo legislativo encomiable para hacerse cargo de una situación que amenazaba muchas fuentes de empleo. Es cierto que recurre primeramente a fondos de los trabajadores, pero que habían sido aportados tanto por ellos como por el empleador y que tenían por objetivo apoyar al trabajador en caso de cesantía. Ahora serán utilizados con un fin distinto, pero cuya necesidad resulta incuestionable, ya que la situación que aborda puede fácilmente ser un preámbulo de la cesantía, con la esperanza de que esta no llegue a producirse. Con ello, al menos, se abre la posibilidad que dichos fondos se reintegren en el tiempo y, más importante, permite que el trabajador pueda sobrellevar de mejor forma

los efectos laborales de la crisis y, una vez pasada la emergencia, la empresa pueda retomar su actividad en forma más rápida y eficiente.

BIBLIOGRAFÍA

GAMONAL CONTRERAS, Sergio y Caterina GUIDI MOGGIA (2015). *Manual del contrato de trabajo*, 4ª ed., Santiago: Legal Publishing.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2010). *Contrato individual de trabajo*, 4ª ed., Santiago: Legal Publishing.

ROJAS MIÑO, Irene (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*, Santiago: Legal Publishing.

TAPIA, Mauricio (2019). *Caso fortuito o fuerza mayor*, 2ª ed., Santiago: Legal Publishing.