



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Palavecino Cáceres, Claudio

EL DESPIDO NULO POR DEUDA PREVISIONAL: UN ESPERPENTO JURÍDICO

Ius et Praxis, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 557-573

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19780217>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL DESPIDO NULO POR DEUDA PREVISIONAL: UN ESPERPENTO JURÍDICO

Claudio Palavecino Cáceres (*)

*Nomina sunt consequentia rerum*¹.

RESUMEN

En esta monografía se plantea un análisis crítico a la Ley N. 19.631 (de 1999), también denominada “Ley Bustos” en homenaje a su autor, el fallecido Diputado y Dirigente Sindical D. Manuel Bustos Huerta; ley que estableció el despido nulo por deuda previsional o, en términos amplios, por deudas de seguridad social. Cabe señalar que estas críticas se presentan en una perspectiva técnica jurídica y, por tanto, excluyen el objetivo político legislativo de dicha Ley 19.631, tendente a crear un instrumento jurídico que impidiera o dificultase el no pago de las deudas previsionales.

ABSTRACT

This monograph states a critical analysis of the Law N. 19.631 (of 1999), also called “Ley Bustos” in honor of its author the deceased Representative and Syndicate Director D. Manuel Bustos Huerta; the law, which established the null layoff because of social security debt. It is necessary to point out that these criticisms are presented in a judicial technical perspective and therefore, exclude the legislative political objective of said Law 19.631, tending to create a judicial instrument that would prevent or difficult not paying the social security debts.

* Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

¹ “Los nombres son los correspondientes de las cosas” (Justiniano, *Instituciones*, 2,7,3).

INTRODUCCIÓN

El 28 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley 19.631, conocida también como “Ley Bustos”, la cual impone la obligación de pago de las cotizaciones previsionales atrasadas como requisito previo al término de la relación laboral por parte del empleador.

Con esta ley se pretendía poner atajo a la indebida apropiación de los descuentos previsionales ejecutada por muchos empleadores en perjuicio de sus dependientes. Práctica ésta tan extendida como negligentemente combatida por los entes administradores y fiscalizadores; al extremo de que hoy día la suma de las cotizaciones impagas alcanza un volumen escandaloso, aproximadamente unos U\$D 400.000.000. Es “el gran latrocinio” que se ha perpetrado en Chile contra los trabajadores².

Ya era hora pues de que se hiciera algo al respecto. Algo... sí, pero no cualquier cosa; y en todo caso no algo como esta Ley 19.631.

Porque la precitada norma –aprobada apresuradamente como homenaje póstumo al diputado Manuel Bustos– constituye un triste ejemplo de que las buenas intenciones no garantizan buenas leyes³. La “Ley Bustos” introduce en nuestro ordenamiento jurídico laboral una figura insólita, nunca antes vista en parte alguna: la nulidad de despido por deuda previsional; un galimatías tal que en dos años de vigencia sólo ha provocado en la doctrina perplejidad y silencio. Comprensible reacción, ya que cualquier análisis dogmático que pretenda ser constructivo y a la par respetuoso de la letra de la ley, se acerca peligrosamente a la delirante tarea de demostrar la cuadratura del círculo. Y es que pocas veces se ha visto en un texto legal semejante abuso de los conceptos jurídicos.

Pero el legislador no sólo erró en lo que dijo, sino que erró todavía más en lo que calló, pues no se cuidó de armonizar este despido nulo con el resto del ordenamiento

² La mayoría de los trabajadores afectados ni siquiera sospecha las perniciosas consecuencias que esta defraudación tendrá sobre el monto de sus futuras pensiones. Esta falta de conciencia previsional les pasará la cuenta al momento de jubilar.

³ Esto lo tenían claro los antiguos, para quienes la superior validez de las leyes –su legitimidad, si se prefiere– deriva de la recta razón (*orthos logos*). El legislador es el sabio que pone esta razón por escrito y la ley es, por tanto, pensamiento razonado (*logismós*), vale decir, lo opuesto a toda motivación de nuestros actos por los afectos del alma. Por circunstancias que no es oportuno ni prudente tratar aquí, se ha producido una *transvaloración*, por llamar de una manera eufemística, lo que en verdad es la *corruptio mentis* de tantos juristas modernos: hoy la legitimidad del Derecho –si acaso interesa– se busca en otros sitios, que no en la *recta ratio*; el legislador es el antípoda del sabio; y la ley no es ya *logismós* o *ratio scripta* sino sólo *ta tamithomena* (lo legalmente prescrito). No ha de extrañar, entonces, que la arbitrariedad y la injusticia engendren leyes.

laboral, donde la figura encaja definitivamente mal. Ha dejado así numerosos cabos sueltos, los cuales dan lugar a la más lamentable inseguridad jurídica.

En los párrafos siguientes me propongo desarrollar y justificar estos duros juicios, identificando los problemas teóricos y prácticos que plantea la norma e intentando, en la medida de lo posible, ofrecerles alguna solución, aunque advierto desde ya que lo más saludable sería su cabal e inmediata derogación.

1. LA INDESCIFRABLE NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA ¿NULIDAD DE DESPIDO, SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, NULIDAD *SUI GENERIS*?

En el Mensaje con el que Ejecutivo envió en proyecto a la Cámara de Diputados se señaló que «la finalidad del proyecto consiste en que el empleador, quien ha descontado de las remuneraciones de sus trabajadores las cotizaciones correspondientes, cumpla con la subsecuente obligación de pago, a la que lo obliga la ley, antes de dar por terminada la relación de trabajo»⁴. Agrega el Mensaje que «el término del contrato no debe surtir sus plenos efectos jurídicos, mientras el empleador se encuentre en mora en el pago de los compromisos previsionales relativos a los descuentos que para el efecto hizo al trabajador»⁵.

La finalidad de la iniciativa era, pues, incentivar el pago de las cotizaciones previsionales. Se pretende conseguir este loable propósito mediante un inusual mecanismo: la idea es privar al empleador moroso de la facultad de poner término al contrato de trabajo, en tanto persista en su morosidad. Los autores del proyecto estimaron que la pervivencia del contrato de trabajo contra la voluntad del empleador y, por ende, la subsistencia de las obligaciones que constituyen su objeto, especialmente la de pagar las remuneraciones, sería un estímulo suficientemente poderoso para pagar las cotizaciones.

Y como el acto jurídico unilateral a través del cual el empleador pone fin al contrato es el despido, el legislador cristaliza su propósito introduciendo en el Código del Trabajo una “acción para reclamar la nulidad del despido” -según reza el nuevo inciso tercero del art. 480-, la cual puede impetrar el trabajador cuando la facultad se haya ejercido por el empleador existiendo deudas previsionales insolutas. Que tales deudas configurarían un “vicio de nulidad” de aquel acto, parece además desprenderse del nuevo inciso sexto del artículo 162, donde se señala que el empleador podrá “convalidar” el despido mediante el pago de las cotizaciones morosas del trabajador, y del

⁴ Boletín N°2317-13.

⁵ Idem.

nuevo inciso octavo del mismo precepto⁶, que leído *contrario sensu*, da a entender que aquellos errores u omisiones que dicen relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales *invalidarán* la terminación del contrato.

El despido nulo no es una figura extraña para el Derecho del Trabajo, aunque sí lo sea en cierto modo para nuestro ordenamiento jurídico laboral, ya que a diferencia de lo que ocurre con otras legislaciones, la nuestra, dentro de las posibles calificaciones para el despido, a saber: injustificado, indebido, improcedente o sin causa legal, no prevé explícitamente la de nulidad. Aquéllas, como se sabe, no dicen relación con la *validez* del acto, sino con la existencia de una *justa causa* para despedir, de manera que la calificación de improcedencia no resta al despido su eficacia extintiva del contrato de trabajo, ni entraña tampoco la reconstrucción del vínculo laboral. De ahí que se sostenga que en Chile el despido es un acto no susceptible de anulación. Así y todo, se ha entendido que, por excepción, es anulable el despido de los trabajadores que gozan de fuero laboral, cuando el empleador los ha despedido sin requerir previamente la autorización judicial que exige el art. 174 del Código del Trabajo. Aquí el texto legal, aunque no utiliza la expresión “nulidad del despido”, admite, sin embargo, que el trabajador demande su reincorporación y el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios que hubiere dejado de percibir durante el tiempo de la separación, debidamente reajustados, que son los efectos propios del despido nulo.

Ahora bien, la nulidad de despido que nominalmente introduce la Ley 19.631 difiere tanto de esta hipótesis legal como de lo que la doctrina y el derecho comparado entienden bajo aquella denominación.

En primer lugar porque no encuentra su origen en defectos o vicios del acto jurídico mismo, ya formales, como pudiera ser el omitir la invocación de una causal legal, el aviso escrito o la autorización judicial previa (en el caso de los trabajadores aforados); ya de fondo, vale decir, por fundarse la decisión extintiva en una causa ilícita (el fraude a la ley o el despido discriminatorio o, en general, violatorio de derechos constitucionales específicos e inespecíficos del trabajador)⁷.

La nulidad que nos ocupa se origina por un hecho completamente ajeno e independiente del acto jurídico despido y que nada tiene que ver con las hipótesis señaladas: el “vicio” es la existencia de cotizaciones previsionales insolutas al momento de

⁶ “Los errores u omisiones en que incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 477 de este Código”.

⁷ Que son -por decirlo así- los casos “propios” o “normales” de nulidad de la decisión extintiva que uno puede observar en el derecho comparado.

despedir. «Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo», reza el nuevo inc. 5° del art. 162.

Pero hay otra peculiaridad de la figura introducida por la Ley 19.631 que, en mayor medida que la anterior, la aleja de la nulidad de despido propiamente dicha. El efecto típico de la declaración de nulidad consiste en privar al despido de su eficacia extintiva de la relación de trabajo. La calificación de nulidad opera, por tanto, la reconstrucción del vínculo contractual quebrado por la voluntad unilateral del empleador y conlleva, como consecuencia lógica de esta reconstrucción, la readmisión obligatoria del trabajador separado de sus funciones.

Pues bien, el despido nulo por deuda previsional no traería aparejada la reincorporación del trabajador a sus funciones. Así parece desprenderse de la historia fidedigna de la ley. En su versión primigenia, el proyecto contemplaba una disposición expresa en orden a que «subsistirán las obligaciones de cada una de las partes mientras no se acredite el referido pago», y otra que señalaba que «si el incumplimiento en el pago de las imposiciones previsionales extendieren la duración del contrato en una fracción superior a seis meses, este lapso deberá considerarse como trabajado para efectos de determinar la indemnización». De lo cual puede colegirse que la intención original era forzar la reconstrucción del vínculo laboral. Sin embargo, ambas disposiciones desaparecieron ya en los primeros avatares de la discusión legislativa, lo que evidenciaría un cambio de criterio sobre el punto.

Por cierto, tanto la Dirección del Trabajo como la Excma. Corte Suprema -ambas basando su argumentación en el actual inciso tercero del art. 480 del Código del Trabajo, que señala que la acción para reclamar la nulidad del despido prescribirá en el plazo de seis meses contados desde la «suspensión de los servicios» y la Corte, además, en el argumento histórico ya expuesto- concluyen que no hay obligación del trabajador de prestar servicios, ni por tanto, reincorporación de éste a sus funciones⁸.

⁸ La Dirección del Trabajo ha señalado que para determinar el verdadero sentido y alcance del inc. 5° del art. 162 es preciso concordar tal precepto con el actual inciso 3° del art. 480, que establece que la acción para reclamar de la nulidad del despido por incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones prescribe en el plazo de seis meses, contado desde la “suspensión” de los servicios. De lo cual se desprende, según la Dirección, que la intención del legislador ha sido precisamente la de entender suspendida la obligación del trabajador de efectuar dicha prestación desde que el empleador aplicó una o más causales de terminación, sin sujeción a la obligación de pago que prevé el inciso 1° del artículo 162 [...] pero no así la obligación del empleador de remunerar, por disponerlo expresamente el nuevo inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo. Concluye el órgano fiscalizador que «al señalar el legislador [...] que el término del contrato no produce los efectos que le son propios, sólo determina que la relación laboral se mantiene vigente para efectos remuneratorios» (Dictamen N°5372/314 de 25 de octubre de 1999).

Según la Excma. Corte Suprema, «la nulidad de que se trata aquí produce un efecto jurídico distinto, cual es el de dejar vigente la obligación de remunerar a cargo del empleador, lo que equivale a una suspensión relativa de la relación de trabajo»⁹.

Lo cierto es que, al menos en este aspecto, primó el sentido común, ya que sería una insensatez mayúscula obligar al trabajador a volver a trabajar para un empleador que se ha embolsado parte de su remuneración. Producto de semejante abuso, el vínculo de confianza que sustenta la relación de trabajo queda irremisiblemente roto. Además, se tratará de ordinario de un empleador obstinado en su morosidad, con lo que el reintegro del trabajador supondría que éste trabajara gratis hasta cumplida la ejecución, si es que además de obstinado, el empleador no es insolvente. Así las cosas, la readmisión obligatoria resultaría más un castigo que un beneficio para el trabajador. Con todo, hay sentencias de 1ª instancia, posteriores al fallo de la Suprema, que ordenan la reincorporación del trabajador¹⁰.

Si bien esta intelección del precepto legal soluciona uno de los tantos problemas prácticos que plantea la norma, queda abierta la cuestión teórica acerca de la naturaleza jurídica del instituto. Porque a estas alturas ya resulta claro que no es una nulidad de despido, al menos en sentido propio. Decir -como dice la sentencia de la Corte Suprema- que la nulidad de que se trata aquí produce una suspensión relativa de la relación de trabajo, en nada contribuye a aclarar las cosas; antes al contrario, con tal afirmación sólo se obscurece todavía más esta figura, de suyo suficientemente tenebrosa.

⁹ Sentencia de 22 de enero de 2001, Rol N°4324-00, publicada en la *Revista Laboral Chilena* de Febrero-Marzo de 2001, pp. 37 y ss.

¹⁰ Así, se ha fallado que: “encontrándose acreditada en autos la existencia de la relación laboral y que se puso término a la misma sin informar el demandado de conformidad a la ley el estado de las cotizaciones previsionales de éste y sin que además se hubiesen allegado al proceso comprobantes del pago de las mismas, **resulta procedente declarar la nulidad del despido y ordenar a las partes que se retrotraigan al estado anterior al despido, declarándose su ineficacia y en consecuencia se proceda a la reincorporación del actor a sus labores habituales** con derecho al pago de remuneración íntegra durante el tiempo que duró la separación e incorporándose a la antigüedad del empleador (*sic*) todo el tiempo que ha permanecido indebidamente separado de sus funciones, en tanto no se adjunte el entero y cumplido pago de las cotizaciones previsionales conforme a los requisitos y condiciones del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo” (“Osorio con Comercial Magnet Ltda.”, rol L-1415-2000, Octavo Juzgado Laboral de Santiago, sentencia de 12 de marzo de 2001, considerando noveno. En igual sentido, *vid.* sentencia del mismo tribunal dictada en la causa “Rodríguez con Plásticos Santiago S.A.”, rol L-1117-2000, de 8 de junio de 2001, considerando tercero. También se ordena la reincorporación en la causa “Muñoz Torres con Llanos Muñoz”, rol L-5705-2000, sentencia de 18 de junio de 2001, dictada por el Quinto Juzgado Laboral de Santiago, *vid.* considerando duodécimo).

Ciertamente, la extraña institución introducida por la Ley 19.631 participa de algunos de los caracteres propios de la suspensión¹¹, como es el mantenimiento de la vigencia del contrato, no obstante la interrupción de la obligación principal del trabajador. Así, el despido que adolece de este peculiar “vicio de nulidad” (cotizaciones impagas) no produce la terminación del contrato, sino que genera solamente un cese parcial de sus efectos, pues desaparece el deber del trabajador de acudir al lugar de trabajo a prestar sus servicios.

Pero la suspensión del contrato obedece a una finalidad muy distinta y yo diría más bien opuesta a la de esta nulidad de despido impropia. La suspensión responde a una tendencia protectora de la vida del contrato, es una manifestación del principio de continuidad o estabilidad en el empleo¹². Aparece, en efecto, como un método ideado por el legislador, para prolongar la vida del contrato, para lograr su supervivencia, cuando la interrupción de las prestaciones objeto del mismo haría presumir un definitivo desenlace, una extinción del vínculo¹³.

En cambio, con la nulidad que estudiamos no se persigue de ningún modo salvar el contrato de trabajo, sólo se pospone su extinción hasta que el empleador salde su deuda previsional. Todavía más, lo que se quiere al romper el equilibrio de las prestaciones es precisamente que el empleador se vea constreñido, por la alta onerosidad de la sanción, a pagar esa deuda, para de esta manera poder poner término al contrato y quedar así liberado tanto de la obligación de remunerar, como de las demás prestaciones contractuales. Nuestro legislador “apuesta” a que el empleador provocará finalmente la extinción o –para decirlo en su descuidado lenguaje– que “convalidará” el despido, y tal es su confianza en la efectividad del apremio que ni siquiera se cuidó de prever cómo ha de ponerse término al contrato en el evento de que el empleador no llegue a pagar jamás las imposiciones del trabajador y este último no manifieste su voluntad de renunciar.

Además de esta oposición teleológica, existe una completa diferencia estructural entre la suspensión del contrato de trabajo y la nulidad de despido por deuda previsional.

¹¹ Carro Igeldo define la suspensión como «el cese temporal de la obligación del trabajador de ejecutar una obra o prestar un servicio, así como de otros derechos o deberes propios de la relación laboral, ante la presencia de ciertas causas fijadas por la ley o estipuladas por el contrato» (**La suspensión del contrato de trabajo**, Barcelona, 1959, p. 117).

¹² Según Cabanellas, el propósito de la suspensión es «evitar, siempre que sea posible, la disolución o rescisión del contrato de trabajo. La suspensión se considera remedio más benigno o suave para el trabajador que la ruptura del vínculo contractual, y debe aplicarse cuantas veces quepa impedir esa extrema medida» (Cabanellas, Guillermo, **Contrato de Trabajo**, Bibliográfica Omeba Editores –Libreros, Buenos Aires, 1963, volumen III, pp. 26 y 27).

¹³ Vida Soria, José, **La Suspensión del Contrato de Trabajo**, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 3.

La suspensión tiene como *presupuesto* la interrupción, por una causa temporal y no imputable, de la ejecución de la prestación de servicios del trabajador. En principio, de acuerdo con las reglas del Derecho Común, esta interrupción, aunque no culpable, configuraría un incumplimiento contractual, el cual generaría dos derechos para el acreedor insatisfecho: la acción resolutoria del contrato¹⁴ y la *exceptio non adimpleti contractus* (la excepción de contrato no cumplido)¹⁵. Sin embargo, cuando la vicisitud o contingencia que impide al trabajador ejecutar su prestación está tipificada legal o contractualmente como causal de suspensión, el empleador-acreedor queda privado de la acción resolutoria, a cambio de lo cual se le libera de su prestación recíproca, esto es, de la obligación de remunerar; y, casos hay en que pierde inclusive esta excepción (ello da lugar a la distinción entre suspensión absoluta o relativa del contrato de trabajo). De esta manera se preserva la vida del contrato, el cual permanece durante cierto lapso en un estado vegetativo o de latencia, vale decir, vigente pero inejecutado, para recuperar su plena eficacia una vez superada la causa obstativa de su ejecución -que por tanto ha de ser siempre temporal.

La estructura de la nulidad-sanción introducida por la Ley 19.631 es completamente diferente a la de la suspensión. La interrupción de la prestación de servicios no es provocada aquí por una vicisitud o contingencia temporal e involuntaria que acaece al trabajador, sino que tal interrupción es el efecto anómalo que, *ex lege*, se atribuye al despido viciado por la existencia de una deuda previsional insoluta. Dicho de otro modo, mientras permanezca impaga la deuda previsional, la eficacia extintiva del despido queda por disposición de la ley sustancialmente reducida, atrofiada, alcanzando únicamente a la obligación principal del trabajador, mas no al contrato mismo ni a las obligaciones del empleador (precisamente el efecto opuesto al querido por éste al despedir). Tal estado de cosas no puede ser calificado con propiedad como una “suspensión del contrato de trabajo” en primer lugar porque el hecho que la causa no constituye una imposibilidad temporal de ejecución sino que es producto de la mera voluntad del empresario¹⁶, pero, sobre todo, porque pague o no pague el empleador las imposiciones, el contrato nunca más volverá a recuperar su plena eficacia¹⁷.

¹⁴ Art. 1489 del Código Civil: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”.

¹⁵ Art. 1552 del Código Civil: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras”

¹⁶ Como observa Cabanellas, la suspensión en el contrato de trabajo no puede fundarse ni en la arbitrariedad ni en la voluntad unilateral de una de las partes (**Contrato de Trabajo**, Bibliográfica Omeba Editores –Libreros, Buenos Aires, 1963., vol. III, pp. 28 y 29).

¹⁷ En el primer caso, porque al saldarse la deuda previsional el contrato podrá por fin extinguirse; y en el segundo, porque el legislador no previó la forma de romper el *statu quo* en el evento que el empleador no llegase jamás a solucionar la deuda. Aunque veremos que por razones de seguridad jurídica es preciso entender que en el segundo caso la relación de trabajo también se extingue.

¿Cuál es entonces la naturaleza jurídica de la figura? Se trata como ya hemos adelantado de una nulidad-sanción¹⁸ que, en lugar de privar completamente de eficacia al despido, reduce de manera sustancial su efecto propio y característico -la extinción del contrato de trabajo y, por vía consecuencial, de las obligaciones que conforman su objeto- dejando subsistente el contrato y la obligación de pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en él hasta que se solucione la deuda previsional.

Como toda nulidad, la que nos ocupa precisa para que opere de una declaración judicial y, ésta, a su vez, del ejercicio oportuno de la acción correspondiente por parte del trabajador. Entretanto, el despido extingue la relación de trabajo, si bien de manera provisoria, con lo que la categórica afirmación del inc. 5° del art. 162 en cuanto a que el despido «no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo» queda relativizada en los términos que acabamos de explicar. Prueba inequívoca ésta de que el legislador no supo traducir en el lenguaje del derecho lo que se proponía.

2. LA MAL LLAMADA “CONVALIDACIÓN” DEL DESPIDO

El empleador puede enervar la acción de nulidad *mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador*. El art. 162 inc. 6° dice en verdad que el empleador podrá “convalidar”¹⁹ el despido, en la forma ya señalada. La expresión es desafortunada porque la convalidación supone que, al cumplirse con los requisitos o formalidades omitidas, el acto produce sus efectos desde que se expresó originalmente la voluntad²⁰. Decir, por tanto, que el despido queda “convalidado” por el pago de las cotizaciones equivale a señalar que recupera su plena eficacia extintiva *ex tunc*, esto es, retroactivamente.

Si de verdad el despido se “convalidara” por el pago de las cotizaciones adeudadas, entonces no podría tener lugar lo preceptuado en inc. 7° del art. 162 –a saber «*que*,

¹⁸ La nulidad sanción, virtual o tácita ha sido definida por el profesor Pablo Rodríguez como “una sanción civil que consiste en privar, total o parcialmente, de validez provisional a un acto jurídico, o bien en atribuirle otros efectos diversos de los queridos y previstos por las partes, deslegitimando las situaciones jurídicas forjadas a su amparo, en la forma prevista y sin perjuicio de las excepciones legales” (**Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno**, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1995, p. 124).

¹⁹ La redacción original era más acertada: “con todo, el empleador podrá poner término a la relación laboral mediante...”, sin embargo, en una de las sesiones de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara, durante el primer trámite constitucional del proyecto, los diputados Bustos y Seguel propusieron cambiarla por la redacción actual, idea que fue aprobada unánimemente por los miembros de dicha comisión.

²⁰ El art. 705 del Código Civil establece que “la validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título”.

el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador». Al entenderse extinguido el contrato al momento de invocarse la causal, tales pagos carecerían de causa y darían lugar a un enriquecimiento ilícito del trabajador.

La Dirección del Trabajo, ejerciendo sus facultades interpretativas, se ha apresurado a otorgar a la palabra convalidar su “sentido natural y obvio”. Así, ha sostenido que:

...la expresión “convalidar” utilizada en el nuevo inciso 6° del artículo 162 en análisis, significa ratificar o confirmar el término de la relación laboral, validando el acto del despido a contar de la fecha en que se invocó la respectiva causal de terminación del vínculo contractual. De consiguiente [...] posible es concluir que la relación laboral en la situación de que se trata debe entenderse extinguida, para todos los efectos legales, al momento en que el empleador aplicó la correspondiente causal de terminación de contrato de trabajo...²¹.

Semejante intelección no explica coherentemente la pervivencia de obligaciones contractuales para el empleador con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo y contradice la intención del legislador de extender la vigencia del contrato hasta el pago de la deuda previsional.

Téngase en cuenta, además, lo dispuesto en el art. 1696 del Código Civil: «Ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas, si no emanan de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad». En la figura que nos ocupa el titular de la acción de nulidad es el trabajador, de manera que, de acuerdo con las reglas generales, empleador no podría convalidar el despido.

En mi opinión habría que entender, pese al tenor literal de la norma, que no hay tal convalidación, que el despido recupera su plena eficacia extintiva *ex nunc*, esto es, desde el pago de las imposiciones hacia delante.

²¹ Vid. Dictamen Ord. N° 5372/314 de 25/10/99.

3. LA INCERTIDUMBRE ACERCA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Las objeciones anteriores no son más que futesas o meros preciosismos técnicos, en comparación con lo que el legislador no previó. Pues todo está muy bien si el empleador tarde o temprano paga las cotizaciones. ¿Mas que ocurrirá si no las paga jamás? ¿Se entenderá vigente indefinidamente el contrato de trabajo? ¿Continuarán devengándose *in saecula saeculorum* las remuneraciones y demás prestaciones contractuales? Aunque resulte asombroso la Ley 19.631 no contempló esta eventualidad²².

También llama la atención que la citada ley no haya señalado a la acción de nulidad un plazo de caducidad de 60 días como el que se establece en el Código del Trabajo para otras acciones laborales. Se limita a establecer que la acción para reclamar la nulidad del despido prescribe en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios (Vid. nuevo inc. 3° del art. 480). De ello es posible colegir que, por lo menos, esta nulidad se sana por el transcurso del tiempo y que además debe ser alegada por su titular; lo cual importa que pasado el lapso de seis meses sin que el trabajador accione, el despido se torna inatacable y el vicio de nulidad queda purgado, por cierto, siempre que el empleador haga valer oportunamente la excepción de prescripción.

Sin embargo, lo normal será que el trabajador demande la declaración de nulidad y consiga notificar su demanda dentro del plazo legal. Interrumpida de esa manera la prescripción, supongamos que el proceso sigue su curso hasta la dictación de sentencia sin que el empleador solucione su deuda previsional. El juez tendrá que declarar nulo el despido y condenar al empleador al pago de las remuneraciones y demás prestaciones contractuales devengadas hasta la fecha en que el fallo quede ejecutoriado.

La ley tampoco señaló al empleador un plazo ni una oportunidad preclusiva específica para “convalidar”. Sin embargo, el pago de las cotizaciones constituye con res-

²² En la discusión parlamentaria, el Senador Fernández hizo una observación en este sentido: “desde el punto de vista estrictamente jurídico, me merece una observación el hecho de que el despido no producirá el efecto de poner término al contrato, si no se han efectuado las imposiciones. Probablemente, la solución pudo haber sido otra, porque es factible que si no se pagan las imposiciones el contrato no terminará nunca, permanecerá indefinidamente celebrado entre las partes, y puede que ello ni siquiera le convenga al trabajador. Se me dirá que éste podrá hacer uso de otras causales de desahucio. Pero eso ya significa una discusión ante los tribunales, la que puede resultar perjudicial incluso para él mismo. A mi entender, si quisiéramos aplicar las normas jurídicas en plenitud, el contrato debiera terminar, pero consagrando el derecho a pedir una indemnización de perjuicios equivalente por lo menos a la cantidad adeudada, porque incluso aquella puede ser aún mucho mayor si no se han hecho las imposiciones. Inclusive puede haberse producido un daño al trabajador, que no se repara con el mero pago de las imposiciones atrasadas. Probablemente se podría haber explorado con mayor tiempo una fórmula de ese tipo que, junto con resguardar los principios jurídicos, no hubiera establecido una indefinición respecto del plazo del contrato”.

pecto a la acción de nulidad una excepción perentoria y, como bien se sabe, en el procedimiento laboral todas las excepciones han de hacerse valer en la contestación de la demanda. De manera que si el empleador no opone la excepción de pago en esa etapa procesal no podría hacerla valer después, por haber precluido su facultad. Sin embargo, aplicar a rajatabla la disposición llevaría al absurdo de que aún estando pagadas las cotizaciones el contrato siguiera vigente... ¡para siempre! Ciertamente, ante situaciones como la descrita cobra sentido la paradójica frase de Cicerón *summum ius, summa iniuria*. Sería desde todo punto de vista preferible entender que aquí la preclusión cede en homenaje a la equidad y, por tanto, que la excepción de pago puede hacerse valer hasta la citación para oír sentencia. Tal intelección armoniza mejor con la finalidad de la ley de obtener el pago de las cotizaciones adeudadas.

Por la misma razón habría que romper el principio de inmutabilidad de la sentencia firme y entender que ésta sólo producirá una cosa juzgada sustancial provisional²³, para permitir que el empleador pueda pagar las cotizaciones aún después de quedar firme la sentencia que declara nulo el despido y así poder poner fin en algún momento al contrato.

Pero supongamos que no paga, que el empleador se obstina en su morosidad. Al no haberse “convalidado” el despido las prestaciones contractuales seguirán devengándose a favor del trabajador con posterioridad a la sentencia firme. El trabajador podrá demandar su cobro antes de que transcurran los dos años desde que tales derechos se hicieron exigibles (art. 480 inc. 1º del C.T.) ya que el contrato sigue vigente (no opera, por tanto, la norma de prescripción corta del inciso 2º del art. 480). Si persiste la mora del empleador, el trabajador podrá intentar una tercera demanda para cobrar las prestaciones devengadas con posterioridad a la segunda sentencia. Teóricamente podría seguir demandando hasta su muerte.

Por supuesto, esta indefinida prolongación de los efectos de la nulidad-sancción repugna a la más elemental noción de seguridad jurídica y resulta por lo demás completamente inútil para el trabajador, salvo el caso de que ese empleador contumazmente moroso tenga bienes conocidos sobre los cuales ejecutar los fabulosos e imperecederos derechos que surgen del despido nulo, pero ésta es una posibilidad que entra asimismo en los dominios de lo maravilloso y, por tanto, con la cual no se puede contar.

²³ Según el profesor Cristián Maturana, es aquella en que se posibilita la revisión en un procedimiento posterior de la sentencia final ejecutoriada por haber variado las circunstancias que motivaron su dictación.

En contraste con la evidente torpeza del legislador, resulta reconfortante que los tribunales de justicia, de ordinario tan legalistas, estén haciendo aplicación de la equidad correctiva a fin de poner coto a los efectos de esta nulidad-sanción.

Conocemos un fallo de primera instancia en que el juez, ante la situación de haber llegado el momento de dictar sentencia sin que el empleador hubiese solucionado su deuda previsional, declara la convalidación judicial del despido, por razones de seguridad jurídica y equidad:

...puede ocurrir el evento que el empleador nunca convalide el despido, en consecuencia, aparece necesario según los principios generales de nuestra legislación, establecer un límite de certeza, puesto que resulta del todo odioso la aplicación de una sanción que no tiene límites de cuantía ni de tiempo. Es por ello, que esta juez, apoyada en sus facultades legales de interpretación y aplicación de la ley y la potestad que le entrega el legislador para conocer de los asuntos que se encuentran dentro de la órbita de su competencia y decidirlo, haciéndolo cumplir, establece que la sentencia definitiva ejecutoriada que resuelve el conflicto produce la convalidación del despido, por la vía judicial, toda vez que resulta vicioso y transforma la ley en inaplicable por la falta de determinación en la sanción por ella impuesta²⁴.

En un pronunciamiento que seguramente tendrá más trascendencia que el precitado -sobre todo por la jerarquía del tribunal, que no por la sutileza de la argumentación- la Excm. Corte Suprema fija la extensión máxima de los efectos del despido nulo en seis meses. El alto tribunal considera:

...que la obligación impuesta a la empresa demandada, en la sentencia que se revisa, consistente en el pago de remuneraciones en favor de los actores, que se hubieran devengado con posterioridad al despido, con motivo de la aplicación del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, es sólo por el lapso máximo de seis meses; lo anterior, en razón de una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica, que hace aconsejable fijar en dicho plazo esta indemnización, pues, de esta manera, se guarda, además, una adecuada armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso 3° del artículo 480 del mismo texto legal, acerca de esta misma materia²⁵.

²⁴ Sentencia del 9° Juzgado Laboral de Santiago, de fecha 07 de junio de 2001, dictada en la causa "Provida con Zegers", rol L-7419-1999.

²⁵ Sentencia de casación de 13 de agosto, párrafo final del fundamento décimo tercero.

Reitero que soy el primero en celebrar que los tribunales hagan primar la razón y la justicia por sobre el texto defectuoso de la ley. No obstante lo cual, uno podría esperar, sobre todo de la Excma. Corte Suprema una argumentación más prolija. Porque el recurso a la equidad, cuando menos dentro del sistema de interpretación e integración de las fuentes del derecho chileno, no es una apelación a la emotividad del juez, sino que exige una actividad razonadora (los arts. 175 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 458 N° 6 del Código del Trabajo lo dejan bastante claro). De otra manera queda una sensación de arbitrariedad, que es lo opuesto a la equidad.

Aquí cobran sustancial relevancia los principios del derecho. Los principios jurídicos son construcciones teóricas, raciocinios, que se elaboran a partir de las exigencias que impone a la razón la virtud de la justicia; son, pues, formulaciones de la justicia, cuya aplicación permite determinar lo justo en el caso concreto, esto es, realizar la equidad.

Como se sabe, el Derecho del Trabajo cuenta con sus propios principios, uno de los cuales es el de la primacía de la realidad. Ante la ficción absurda de un contrato de trabajo que se prolonga inejecutado *ad infinitum*, la realidad que se impone a la razón es que no existe entre las partes una voluntad real de persistir en él, vale decir, que ha operado entre ellas de manera tácita un mutuo disenso, una “resciliación” que pone fin al contrato. En cuanto al momento en que ha de entenderse disuelto el vínculo, me parece más conveniente que los seis meses establecidos por la Corte Suprema, el criterio del 9° juzgado laboral de Santiago en orden a que la sentencia ejecutoriada “convalida” el despido, pues constituye un aliciente para que el empleador no dilate innecesariamente el proceso.

4. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO CON LAS DE COBRO DE LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO

También es problemática la relación de esta acción de nulidad con las que persiguen las indemnizaciones por término de contrato (la sustitutiva del aviso previo y la por años de servicio). ¿Son compatibles? ¿Podrá el juez ordenar su pago antes de la “convalidación” del despido? Si, como señala expresamente la ley, el despido no ha producido el efecto de poner término al contrato, la respuesta debería ser negativa, puesto que ese evento (la conclusión del contrato) es la condición suspensiva, cuyo cumplimiento origina recién el derecho a reclamar tales indemnizaciones. Habrá que deducir la acción de cobro de indemnizaciones por término de contrato de manera subsidiaria a la de nulidad, para el evento de que el empleador enerve la acción de

nulidad pagando las imposiciones adeudadas. Entretanto, el derecho a reclamar las indemnizaciones permanecerá ingénito.

¿Qué ocurriría si la acción de cobro de indemnizaciones no se deduce en subsidio sino conjuntamente con la de nulidad? Si al momento de dictar sentencia el empleador-demandado no ha enterado las cotizaciones adeudadas, el tribunal deberá rechazar aquella acción, por cuanto no se ha producido el hecho que les sirve de fundamento: la terminación del contrato.

Ahora bien, si se consolidan los últimos criterios jurisprudenciales que fijan un término judicial a los efectos de la nulidad sanción que no va más allá del propio proceso, las acciones de nulidad y de reclamo de indemnizaciones por despido improcedente se tornan compatibles, toda vez que pague o no pague el empleador las cotizaciones el contrato llegará a su término durante el curso del juicio.

5. NULIDAD DEL DESPIDO E IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES

A primera vista, la Ley 19.631 habría perjudicado también las posibilidades de autocomposición. En efecto, mientras el demandado no pague las cotizaciones morosas el despido no produce su efecto natural de poner término al contrato y, por tanto, la transacción, ni ningún otro equivalente jurisdiccional que importe renuncia de derechos para el trabajador, podría convenirse válidamente entre las partes, habida cuenta de que «*los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo*» (art. 5° del Código del Trabajo).

Sin embargo, hay que tener presente que la nulidad precisa ser declarada judicialmente para que opere, aunque una vez constatada por el juez tiene eficacia *ex tunc*. Entretanto, el acto anulable goza de una validez presuntiva dentro del ordenamiento jurídico. De manera que, mientras no se dicte sentencia que declare su nulidad, el despido surte, si bien provisoriamente, su efecto extintivo de la relación de trabajo, lo que permite a las partes transar en ese lapso.

6. REFLEXIONES FINALES

El legislador ha creado una ficción absurda e inútil de pervivencia del vínculo contractual, la cual suscita los problemas ya señalados y acaso otros más que no conseguimos todavía vislumbrar. Ficción absurda, porque la nulidad de despido queda va-

ciada de contenido si no se opera en su virtud una completa reconstrucción de la relación de trabajo, la cual conlleva, como se dijo, la readmisión del trabajador a sus funciones. Un despido nulo sin reincorporación no es más que una mascarada conceptual. Y no es que aboguemos porque la figura introducida por la Ley 19.631 deba ser entendida como una nulidad de despido propiamente tal. Antes al contrario, sostenemos que al introducir esta acción de nulidad se cometió un lamentable error, que se ha corrompido el lenguaje jurídico y, lo que es peor, que se ha obrado sin la más mínima consideración del sistema normativo en su conjunto.

Si, de otra parte, tenemos en cuenta que en nuestro país no se ha planteado, ni siquiera teóricamente, una cuestión tan fundamental como la nulidad del despido discriminatorio o, en general, lesivo de derechos constitucionales, este despido nulo por deuda previsional aparece como una extravagancia, como algo por completo inoportuno y fuera de lugar.

Ficción inútil además porque, salvo un muy discutible efecto disuasivo o de “prevención general” –antes de la contratación que de la evasión previsional, me temo–, no se ve cómo una sanción puramente económica –por desmesurada que pueda aparecer... en el papel– vaya a incentivar a pagar al empleador contumazmente moroso, el cual no ha temido a las multas, arrestos e incluso a la pena de presidio que contempla desde hace años la legislación previsional para sancionar esta defraudación.

Y así llegamos a la que pudiera ser raíz del problema, pues tengo la impresión de que tales mecanismos de apremio y castigo –los más severos que admite el ordenamiento jurídico– no se aplicaron en su momento por quienes debían hacerlo. El ejemplo incontestable de esta negligencia surge a propósito del tipo penal del art. 19 del D.L.3.500, vigente desde 1993, pero caído en un verdadero *desuetudo*, porque ni la Dirección del Trabajo, ni las AFP tienen una política clara acerca de la función que les cabe en la represión del delito previsional, ni tampoco las superintendencias del ramo han hecho recomendaciones en tal sentido a los entes fiscalizados²⁶. Acaso ejerciendo

²⁶ En el mismo sentido, Franyo Zapatta afirma: “La Dirección General del Trabajo y en consecuencia las respectivas Inspecciones del Trabajo [...] no tienen definida una política clara en cuanto a las denuncias y querellas por la comisión de estos delitos contra los trabajadores, que continúan cometiéndose en forma permanente y cuantiosa en nuestro país [...] se abstienen de participar y orientar a los trabajadores que continúan siendo víctimas de estos ilícitos, a fin de que ejerzan sus derechos ante los Juzgados del Crimen competentes [...] A su vez, las AFP, tampoco cumplen respecto de su obligación de denunciar y querellarse, por el delito de estafa con que la ley sanciona la evasión de imposiciones retenidas y no integradas, pese a que el art. 19, inc. 12, del Decreto Ley N°3.500, las obliga a seguir las acciones (sin distinguir entre civiles y criminales), tendientes al cobro de las cotizaciones adeudadas, sus reajustes e intereses [...] Por su parte, la Superintendencia de AFP, a pesar de la obligación de supervigilancia y control, impuesta por el art. 93 y siguientes del D.L. 3.500, no ha intervenido ni ha hecho recomendaciones respecto de la forma de perseguir este delito de estafa”. (**Mitos y Realidades del Sistema Privado de Fondos de Pensiones en Chile (AFP)**, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1997, pp. 68 y 69).

con rigor los apremios y las responsabilidades criminales ya existentes se lograría mucho más que procreando aberraciones jurídicas como la que venimos comentando.

El Derecho tiene sus instituciones, sus conceptos, como todo arte tiene sus instrumentos y mecanismos de precisión. Si son empleados con manos torpes, se mellan, y se malogra no sólo la obra presente, sino también las que vienen después, que habrán de llevarse a cabo con instrumentos dañados.

La ley que nos ocupa fue labrada tosca e irreflexivamente. No extrañe pues que haya dado nacimiento a un monstruo, a un esperpento que provoca confusión y espanto en el mundo del Derecho. Si el legislador quisiera dar prueba de sensatez, debiera hacerlo desaparecer cuanto antes del horizonte jurídico.