



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**FACULTAD DE DISPONER INDIRECTAMENTE DE DERECHOS
PREVISIONALES IRRENUNCIABLES POR LA VÍA PROCESAL.**

JUAN GARFIAS DEL CAMPO
IGNACIO LAVÍN CORREA
PABLO WORTHINGTON RENDIC

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Mauricio Maturana Celedón.

Santiago, Chile
2019

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE PENSIONES EN CHILE.....	8
1. Antecedentes históricos del Derecho del Trabajo.....	9
2. Principios del Derecho del Trabajo que atañen al tema.....	9
3. Sistema previsional en Chile, breve reseña histórica.....	12
4. Principales características del actual sistema previsional: DL 3.500.....	13
5. Propiedad de los Fondos de Pensiones.....	15
6. Ley 17.322, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones.....	17
7. Ley 20.255, que establece reforma previsional.....	20
8. La reforma previsional en cifras.....	22
9. Envejecimiento de la población en Chile.....	29
CAPÍTULO II: DE LA RENUNCIABILIDAD E IRRENUNCIABILIDAD DE LAS COTIZACIONES PREVISIONALES Y SU APEGO A LA JURIDICIDAD.....	31
1. ¿Hay renuncia de un derecho al no cotizar?.....	32
2. ¿Irrenunciabilidad o renunciabilidad de los derechos previsionales?.....	35
2.1. Normas regulatorias concernientes a la irrenunciabilidad de los derechos previsionales.....	36
3. Legitimidad de la renunciabilidad.....	39

3.1. Pugna de principios.....	40
3.2. Análisis de la normativa aplicable a la renuncia a derechos previsionales.....	43
3.3. ¿Admite la ley al menos la renuncia indirecta de los derechos previsionales del trabajador?.....	48
3.4. ¿Es aplicable la teoría de los actos propios?.....	49
CAPÍTULO III: LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO.....	55
1. Consideraciones preliminares.....	56
2. Naturaleza del derecho a la seguridad social.....	57
3. Tratados Internacionales que garantizan la seguridad social.....	59
4. ¿Es exigible al Estado este derecho “social”?.....	60
CAPÍTULO IV: EQUIVALENTES JURISDICCIONALES COMO INSTRUMENTO EN LA DISPOSICIÓN DE DERECHOS PREVISIONALES.....	64
1. Antecedentes.....	65
2. Equivalentes Jurisdiccionales. Conceptos y características.....	65
2.1. La Transacción.....	66
2.1.1. Características.....	67
2.2. La Conciliación.....	68
2.2.1. Características.....	69
2.3. El Avenimiento.....	70
2.3.1. Características.....	70

2.4. Breve paralelo entre los equivalentes jurisdiccionales descritos.....	72
3. Aplicación y Eficacia de Equivalentes Jurisdiccionales en materia laboral.....	72
3.1. Aplicación.....	72
3.2. Eficacia.....	73
3.3. Beneficios de su aplicación. ¿Por qué ambas partes, tanto el trabajador como el empleador, se inclinan por celebrarlo?.....	73
3.4. Perjuicios de su aplicación. Efectos negativos como consecuencia de su utilización como acto procesal que reemplaza a la sentencia judicial.....	75
4. Consecuencias derivadas de la renuncia a la cotización previsional.....	77
5. Cosa Juzgada v/s Acción de Cobranza Previsional. Oponibilidad a Terceros.....	78
5.1. La “Triple Identidad” de la Cosa Juzgada.....	78
5.2. Existencia de dos juicios diferentes.....	79
5.3. Oponibilidad a terceros.....	82
CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	93

Introducción.

Hace ya una importante cantidad de años –algunas décadas, de hecho-, rige en nuestro país un Sistema de Pensiones basado en el ahorro de dinero que realiza cada trabajador y que destina a su respectivo fondo de capitalización individual para poder hacer uso de éstos una vez que se pensione. Por lo tanto, como es sabido, pese a que el trabajador dependiente ni siquiera toma contacto con dichos montos, dado que es el empleador quien se los descuenta, se los retiene y finalmente se los paga mes a mes a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) correspondiente, aun así estos serían de propiedad del trabajador, cumpliendo estas últimas instituciones la labor principal de administrar estos ahorros con el objeto de obtener de aquellos la mayor rentabilidad posible.

Ahora bien, si el trabajador es dueño de su ahorro previsional ¿cómo se explica entonces que no pueda disponer del mismo si así lo estimara conveniente? Con motivo de esta interrogante se abren muchas otras que finalmente nos llevan a intentar dilucidar si la cotización es efectivamente un acto obligatorio e irrenunciable. Y si lo fuera ¿cuál sería la razón de aquello? En ese sentido, esta investigación intenta abarcar la naturaleza jurídica de la cotización previsional, si se trata de una obligación de carácter irrenunciable y, si así fuera, exponer lo que sucede en la práctica en el ámbito procesal laboral donde muchos trabajadores terminan por renunciar a su eventual obligación de cotizar a través de la celebración de diversos equivalentes jurisdiccionales que si bien cumplen su función primaria de reemplazar a la sentencia, también, pareciera que dejan algunos cabos sueltos en cuanto a los montos destinados a la cotización previsional de los trabajadores que se han visto envueltos en conflictos judiciales que con la intención de finalizarlos a la brevedad posible, celebran acuerdos en los

que la cotización previsional puede no ser considerada. Entonces, si se estima que la cotización previsional es una obligación a la que no se puede renunciar ¿por qué razón esto pareciera tener una excepción en la práctica procesal laboral?

El hecho que el trabajador no pueda disponer de sus ahorros administrados por su correspondiente AFP tendría una lógica razón de ser. En primer término, y desde el punto de vista más simple posible, para que en su fondo exista un monto suficiente que pueda proporcionarle al trabajador una pensión digna, más o menos acorde a sus últimas remuneraciones.

Pero si vamos un poco más allá nos encontraremos con las posibles consecuencias que podría traer la disposición de estos montos por parte del trabajador, cobrando aquí relevancia la disyuntiva de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de la obligación de cotizar, debido a que, si la renuncia fuera posible, prontamente terceros se verían afectados, ciertamente la sociedad representada por el Estado, quien deberá destinar fondos públicos para cubrir estas carencias, lo que implica, por supuesto, que el hecho de que se destinen dineros para pensiones o similares necesariamente trae como consecuencia que deba dejarse de destinar dichos fondos para cubrir otras necesidades.

¿Es correcto entonces que esta renuncia a la obligación de cotizar -que bien podríamos catalogar como tácita-, y que se materializa a través de un equivalente jurisdiccional celebrado por las partes dentro de un juicio laboral, sea acogida o aprobada por el juez según sea el caso?

Creemos que para dilucidar la interrogante planteada es menester hacer un análisis integral y armónico de nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo normas

internas, instrumentos internacionales suscritos por Chile, así como principios que rigen el derecho del trabajo, obteniendo de esta manera una respuesta coherente con dichas normas y principios.

CAPÍTULO

I

Fundamentos y características del sistema de pensiones en Chile.

1. Antecedentes históricos del Derecho del Trabajo.

Desde un punto de vista histórico, el Derecho del Trabajo se originó como respuesta a los abusos, injusticia y explotación cometidos por los empleadores en detrimento de los empleados o trabajadores y que además de afectar a éstos, acarrearán tantos más efectos perniciosos para su prole. Asimismo, surgió *“...como consecuencia de una desigualdad: la derivada de la inferioridad económica del trabajador. Ese es el origen de la cuestión social y del derecho del trabajo.”*¹ Es por ello que principalmente se suscita el Derecho del Trabajo, transformándose paulatinamente en una herramienta utilizada por el Estado para crear desigualdades de valor opuesto con respecto a desigualdades fácticas existentes, que tornaban en precarias, por decir lo menos, las condiciones de trabajo y de vida de los empleados. Ello inspiró una serie de principios que llegaron a constituir la piedra angular del Derecho del Trabajo, entre ellos, los que resultan más aplicables al tema en comento son: el principio protector y el de la irrenunciabilidad. Principios que por su estrecha relación con lo que se desarrollará, nos parece necesario hacer referencia.

2. Principios del Derecho del Trabajo que atañen al tema.

En primer lugar podemos decir que, el principio protector: “[...] *se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo ya que éste en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo*

¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 2ª ed.

Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1978. 26 p.

*preferente a una de las partes: el trabajador.*² El carácter asistencial-tutelar a la parte más débil de la relación laboral -el trabajador- reviste magna importancia al momento de analizar la irrenunciabilidad de los derechos previsionales, pues, como más adelante presentaremos, estas redundan en el propio beneficio del trabajador.

Por otro lado, y en consonancia con lo anterior, el principio de la irrenunciabilidad consiste en “...*la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio*”³. En doctrina existen diversas formas de exponer los fundamentos de este principio, aunque en esencia se complementan.

Entre los fundamentos señalados anteriormente, algunos se remiten al principio de indisponibilidad, como lo indica Santoro-Pasarelli, ilustre profesor italiano en el ramo, “*la disposición de los derechos del trabajador está limitada en sus diversas formas porque no sería coherente que el ordenamiento jurídico realizase imperativamente, con la disciplina legislativa y colectiva la tutela del trabajador, **contratante necesitado y económicamente débil y que después dejase sus derechos en su propio poder o al alcance de sus acreedores.***”⁴ (La negrita es nuestra)

En tanto que otros lo hacen a través del carácter imperativo de las normas laborales, pero no en su acepción de que contienen un mandato que ordena en términos perentorios una determinada conducta, sino que “...*tiene relación, en cambio, con la distinción entre normas imperativas y normas dispositivas, que*

² PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 31p.

³ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 72 p.

⁴ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 74 p.

corresponde a la división procedente del Derecho Romano entre ius cogens y ius dispositivum. El ius cogens está integrado por las normas que deben cumplirse, cualquiera sea la voluntad de las partes. El ius dispositivum está compuesto por aquellas normas que han de cumplir sólo cuando las partes no hayan establecido otra cosa.”⁵ “Sin este carácter imperativo que se manifiesta en esa doble dirección de la norma, no sería el derecho del trabajo un mínimo de garantías ni llenaría su función; pues si la idea de garantía, sea individual o social, hace referencia a aquellas normas cuya observancia se considera esencial para la realización de la justicia; dejarlas encomendadas a la voluntad de trabajadores y patronos equivale a destruir su concepto, como principio de cuya observancia está encargado el Estado”⁶. En este mismo orden de ideas Francisco de Ferrari expone que el Estado otorga el carácter imperativo e inderogable de ciertas normas y “En el caso de las leyes del trabajo, la imperatividad se basa en el interés y la necesidad de organizar la economía, de preservar la especie, y en otros caso, en la necesidad de proteger a los económicamente débiles.”⁷

Pues bien, el afirmar como irrenunciable los derechos previsionales se satisface con los antecedentes históricos, y más aún, con los principios propios del Derecho del Trabajo, dado que éste pretende otorgar tutela al trabajador por sobre el empleador, atendida la relación asimétrica en que se encuentran el uno con el otro, ello en relación al “principio protector”; y en lo relativo al “principio de irrenunciabilidad”, estimamos del todo acertado lo esgrimido por los autores anotados, habida consideración que, si para dispensarse de aquello a que la ley obliga bastare con que las partes de una relación laboral convengan en regularlo de forma distinta, entonces a nadie obligarían y se sacrificaría la protección que el Derecho franquea al trabajador, en pro del empleador, pudiendo éste explotar la necesidad de aquél, lo que conlleva un retroceso de siglos de avances en el

⁵ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 77 p.

⁶ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 78 p.

⁷ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 79 p.

Derecho del Trabajo, por lo que debe ser desdeñada desde ya una posición semejante, que no se aviene con el contenido del Derecho del Trabajo.

3. Sistema previsional en Chile, breve reseña histórica.

Aunque no existe un consenso respecto a que sistema previsional es el mejor para enfrentar la falta de recursos propios de aquel sector de la población que ha dejado de desempeñar un rol activo en el mundo laboral, si existe consciencia acerca de la necesidad de abordar dicha problemática.

El origen de la seguridad social en Chile, así como el rico conjunto de normas legales que la estructuran, es posible encontrarlo remontándose a la década de 1920, decenio marcado por la promulgación de las “leyes sociales”. Es en este periodo en que se eleva a rango constitucional la protección al trabajo y a “las obras de previsión social”, según lo dispuesto en la carta fundamental de 1925 en su artículo 10. Así mismo, este periodo es el punto de partida para la aparición de numerosas Cajas de Previsión, que estaban encargadas de administrar las prestaciones asociadas a la seguridad social.

No obstante representar un gran avance, esta primera época dejó en evidencia falencias que eran menester corregir. Se le criticaba la proliferación de Cajas de Previsión, en relación a la población destinataria de los beneficios, y principalmente el alto costo que debía soportar el estado para financiar el orden imperante, ya que *“el sistema logró subsistir hasta el término de la década del 70, a través del expediente de aumentar la participación del estado en su financiamiento –la que llegó a representar más de un tercio del gasto total de la*

*seguridad social- y de incrementar las tasas de cotización*⁸; además, se objetaban las diferencias arbitrarias en cuanto a la edad requerida para jubilar entre la población.

Haciéndose parte de las críticas esbozadas, y con el objeto de crear un orden previsional más sustentable en el tiempo, es que se dicta el DL 3500, que establece nuevo sistema de pensiones, promulgado en 1980, que junto a las modificaciones legales posteriores, especialmente la ley 20.255, que establece reforma previsional, configuran el actual sistema de pensiones, materializando así la garantía contenida en el Art. 19 N° 18 de la Constitución Política de la Republica, precepto que consigna que *“la acción del estado estará dirigida a garantizar el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas y uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”*.

4. Principales características del actual sistema previsional: DL 3.500.

Sin apartarse del principio de subsidiariedad que impregna la Ley Suprema de 1980, el DL 3500 contempla la participación de entidades privadas bajo la forma de Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) y Compañías de Seguros de Vida, estructuradas como sociedades anónimas, encargadas de gestionar el régimen de pensiones, que se financia principalmente siguiendo la lógica de la capitalización individual.

⁸ CORPORACIÓN CIEDESS. La seguridad social en Chile [en línea]. Santiago, Chile. 2010. 2p. [consulta: 5 enero 2019]. Disponible en: <https://www.ciedess.cl/601/articles-1066_archivo_01.pdf >

La referida capitalización individual implica que la población ahorre recursos, en cuentas de capitalización individual, mientras se mantiene activa, solventando de esta forma sus propias pensiones de vejez e invalidez. El capital de estas cuentas tiene su origen en las cotizaciones obligatorias y voluntarias efectuadas por el trabajador afiliado, teniendo las primeras un monto base correspondiente al 10% de la remuneración imponible del afiliado, con un tope de 60 unidades de fomento, sin perjuicio de que se imponga al trabajador un porcentaje mayor, cuando este realiza trabajos considerados “pesados”. Así, de acuerdo al Art.17 del DL 3.500, *“los trabajadores afiliados al Sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles”*. En cambio, las cotizaciones voluntarias son aportes que realiza el trabajador con el objeto de aumentar la pensión que recibirá al momento de jubilar⁹, aunque a diferencia de las cotizaciones obligatorias existe la posibilidad de que el trabajador retire los recursos originados en las cotizaciones voluntarias. Además del beneficio apuntado, existen otros tantos, que incentivan este ahorro voluntario, por ejemplo, la inembargabilidad de los montos acumulados en la cuenta de ahorro previsional voluntario. Es del caso mencionar lo significativos que pueden resultar los aportes realizados en edades tempranas, esto a consecuencia del interés acumulado.

Si bien, por expresa disposición legal la obligación de pagar las cotizaciones recae en los trabajadores, es relevante considerar que en su gran mayoría son enteradas en las entidades previsionales correspondientes por sujetos diversos.

⁹ No solo las AFP pueden administrar estos fondos voluntarios. Además de ellas, pueden gestionar estos fondos las Administradoras de Fondos Mutuos; Administradoras de Fondos de Inversión; Administradoras de Fondos para la Vivienda; Administradoras Generales de Fondos; Compañías de Seguros de Vida y Bancos e Intermediarios de Valores cuyos planes hayan sido aprobados por la Superintendencia de Valores y Seguros.

Lo anterior se explica pues, conforme al Art. 19 del DL 3500, las cotizaciones deben ser declaradas y pagadas por el empleador en el caso de los trabajadores dependientes, obligación que en caso de ser omitida podría bien fundamentar un autodespido, esgrimiéndose como causal el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Por su parte, el rol de las AFP consiste en administrar dichas cuentas, en las cuales se imputaran los depósitos que realizan sus afiliados por concepto de cotizaciones, invirtiendo estos dineros con la finalidad de producir rentabilidad, cobrando una comisión por tales gestiones. Sobre el particular, el Art. 23 bis expresamente aclara que existe una separación patrimonial entre los recursos propios de la AFP y los administrados. Adicionalmente, por mandato legal, deben verificar la existencia de cotizaciones impagas, y en caso de constatar esta deuda, deben adoptar las medidas conducentes a obtener su pago.

Finalmente, y como ente contralor, nuestro ordenamiento jurídico contempló la creación de la Superintendencia de AFP, y posteriormente la Superintendencia de pensiones, con la tarea de fiscalizar y regular todo el sistema de pensiones y lo que diga relación con el seguro de cesantía.

5. Propiedad de los Fondos de Pensiones.

Respecto a la propiedad de los fondos acumulados en las cuentas de capitalización individual, no obstante que se carece de norma expresa que los atribuya al trabajador, existen argumentos de peso para concluir en este sentido. Para empezar, es claro que la intención del legislador es que exista una distinción entre el patrimonio de la AFP y los montos mantenidos en las cuentas de

capitalización individual, como queda de manifiesto por el tenor del Art.33 del cuerpo legal analizado, que indica que “cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos”.

Además, no se explica de otra forma la posibilidad de que en ciertos casos el afiliado pueda retirar parcial o totalmente lo acumulado en su cuenta, no obstante no haber alcanzado la edad fijada para jubilar. Nos encontramos ante el escenario descrito, por ejemplo, a propósito del trabajador técnico extranjero, quien puede solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubiere depositado en una Administradora de Fondos de pensión mientras ejerció actividades en Chile, siempre que reúna los requisitos contemplados en la ley 18.156, que establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros, a saber, estar afiliado a un régimen de previsión en el extranjero y manifestar en el contrato de trabajo respectivo su voluntad de permanecer en dicho régimen. Otro tanto sucede, esta vez respecto a trabajadores sin distinción de nacionalidad, en relación con los fondos acumulados en sus cuentas de ahorro previsional voluntario, tal como queda reflejado en el Art 20 b del DL 3.500. Las situaciones descritas son ilustrativas de como en estos casos los afiliados pueden ejercer la facultad de disposición, atributo que emana precisamente del dominio sobre sus Fondos de pensión.

Otro argumento que ayuda a demostrar la propiedad que tienen los cotizantes sobre sus Fondos de Pensión se desprende desde el derecho sucesorio. Al morir un afiliado a una AFP, en caso de no existir beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual incrementarían la masa hereditaria, y como sabemos que se sucede por causa de muerte al causante en todo su patrimonio transmisible, no queda si no concluir que existe una propiedad del afiliado sobre sus fondos de pensión.

Por último, es la propiedad en cuestión la que fundamenta y explica ciertas expresiones empleadas por el legislador, que respaldan la conclusión aquí desarrollada. Como muestra de lo señalado basta recordar que el Art. 19 del DL 3.500, en su Inc. 14, cuando desarrolla la obligatoriedad de las AFP de seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones adeudadas, agrega que: “...*la administradora, a la cual el afiliado hubiere traspasado sus fondos podrá intervenir en el juicio en calidad de coadyuvante*”. (El subrayado es nuestro).

Por tanto, una interpretación armónica de diferentes normas legales e instituciones del derecho nos lleva a afirmar que efectivamente existe un dominio que ejerce el trabajador sobre los montos mantenidos en su cuenta de capitalización individual.

6. Ley 17.322, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones.

De acuerdo a lo ya desarrollado, tratándose de trabajadores dependientes, quien debe enterar las cotizaciones es el empleador. Naturalmente, surge la pregunta acerca de que actuaciones serán necesarias para obtener el cumplimiento de esta obligación en caso de no pago oportuno, o en otras palabras, que procedimiento es el adecuado para obtener el cumplimiento compulsivo. Sobre ello versa la Ley 17.322, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, de 1970.

Estaremos frente a un incumplimiento del empleador, en relación a su deber de retener y enterar las cotizaciones, cuando transcurre el plazo legal para enterar las cotizaciones sin que ello se verifique. En este sentido, el Art. 22 de la Ley 17.322 indica que los descuentos a título de cotizaciones se deben declarar y enterar

dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones. Agrega el mismo artículo que, de no existir pago oportuno, las sumas que se adeuden se reajustarán entre el último día del plazo en que debió efectuarse el pago y el día en que efectivamente se realice.

Sin embargo, existe la posibilidad de que el empleador, en el mismo plazo para declarar y enterar las cotizaciones, presente ante la entidad previsional que corresponda una declaración, aunque no el pago de las cotizaciones, comprometiéndose a pagar las mismas, lo que se conoce como “declaración y no pago”. Adicionalmente, en esta ley se contempla el escenario de no pago dentro del plazo contenido en el Art. 22, ante lo cual el empleador tendrá hasta el último día hábil del mes subsiguiente del vencimiento de aquel, para acreditar la extinción de su obligación debido al término o suspensión de la relación laboral. Transcurrido ese plazo, sin que se haya acreditado el término o suspensión de la relación laboral, se presumirá que las cotizaciones están declaradas y no pagadas. Es la llamada “Declaración y no pago automático”, en virtud de la cual las AFP deberán iniciar las gestiones de cobranza judicial, obligación que recae expresamente en ellas en virtud de lo enunciado en el Art. 19, inc. 14 del DL 3.500, según el cual *“las Administradoras de Fondos de Pensiones estarán obligadas a seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones adeudadas y sus reajustes e intereses, aun cuando el afiliado se hubiere cambiado de ella.”*

Si la AFP no hubiere tomado conocimiento de la deuda previsional, dispone el Art. 4 de la ley 17.322 que *“el trabajador o el sindicato o asociación gremial a que se encuentre afiliado, a requerimiento de aquel, podrá reclamar el ejercicio de las acciones de cobro de las cotizaciones de previsión o seguridad social por parte de las instituciones respectivas...”*, para lo cual el juez ante quien se efectúe la reclamación ordenará que se notifique a la entidad correspondiente, la que deberá, dentro del plazo de 30 días hábiles, constituirse como demandante, caso

contrario, ante un actuar negligente, el juez ordenará que la entidad entere en el fondo respectivo el monto de deuda que dejó de cobrar.

El tribunal competente para conocer de este procedimiento será el Tribunal de Cobranza Laboral y Previsional del domicilio del demandado o del lugar en que se hubiesen prestado los servicios, a elección del demandante. Una vez presentada la demanda, el referido tribunal ordenará que se notifique el requerimiento de pago y mandamiento de ejecución y embargo al empleador, dentro del plazo de 15 días contados desde la presentación de la misma.

En cuanto a la defensa del demandado, esta ley se caracteriza por acotarla a determinados actos procesales. En primer lugar, se limitan las excepciones que puede oponer el sujeto pasivo, ya que sólo se puede valer de las excepciones señaladas taxativamente en la ley, dentro de los 5 días contados desde la notificación del requerimiento de pago, debiendo ofrecer los medios de prueba que utilizará. Y en segundo lugar, la apelación solo procede contra la sentencia definitiva de primera instancia, contra la resolución que declara negligente el actuar de la entidad de seguridad social y contra la resolución que se pronuncie acerca de la medida cautelar que pese sobre el empleador moroso. Adicionalmente, si quien apela es el demandado o la entidad de seguridad social, previamente debe consignar la suma que la sentencia ordena pagar.

Para ejercer las acciones judiciales de cobranza contempladas en esta ley hay que tener presente que el plazo de prescripción, señalado en la misma, es de cinco años, los cuales se cuentan desde el término de los servicios del trabajador.

7. Ley 20.255, que establece reforma previsional.

Como ya se ha anticipado en este trabajo, el DL 3500 de 1981 fue complementado con otras disposiciones legales, que introdujeron múltiples cambios, siendo la ley 20.255 una de las reformas más profundas al citado cuerpo normativo. Y es que, conforme los años iban mostrando cómo funcionaba en la práctica el sistema de pensiones, se fue haciendo evidente que este podía ser mejorado, adecuándolo a la realidad nacional, la cual deja claro que no se cumplen, para un grupo importante de la población, los supuestos indispensables para acceder a ingresos dignos durante la vejez.

En la línea de lo expuesto en el párrafo anterior, un gran número de chilenos no ha cotizado en forma permanente durante su vida activa, registrando lagunas que disminuyen la perspectiva de percibir una pensión digna, lo que se suma a la subdeclaración de las remuneraciones, que se traduce en que hay trabajadores que cotizan montos inferiores a los correspondientes.

El Presidente de la Republica, compartiendo este diagnóstico, al presentar el proyecto de ley en diciembre de 2006 señalaba en su mensaje que: *“una parte importante de los trabajadores del país no ha logrado cotizar con la constancia requerida por el nuevo sistema. Por ello, una fracción mayoritaria de los trabajadores obtendrá pensiones significativamente más bajas que sus remuneraciones, y no es evidente que esta situación pueda ser subsanable a través de transferencias intrafamiliares o del apoyo subsidiario del Estado¹⁰”*.

¹⁰ Historia de la Ley N° 20.255, Establece Reforma Previsional. Mensaje en Sesión 109. Legislatura 354. 15 de diciembre, 2006. 5 p. disponible en:

https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5423/HLD_5423_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf

También, agrega que *“el objetivo de esta reforma es que las personas tengan ingresos más seguros durante la vejez, para así vivir dignamente. Al final de su vida laboral, las chilenas y chilenos ya no sentirán el temor de no saber con qué ingresos contarán para cubrir sus gastos¹¹”*.

Para garantizar esta vida digna en la vejez, la ley 20.255 contempló la Pensión Básica Solidaria de Vejez y el Aporte Previsional Solidario de Vejez. La primera de ellas es una prestación económica a cuenta del estado¹² que, de acuerdo al Art. 3° del precepto en cuestión, se otorga a las personas que no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional, y que reúnan los requisitos legales¹³. Por su parte, según el Art. 9 de la norma mencionada, serán beneficiarias del Aporte Previsional Solidario de Vejez, las personas que sólo tengan derecho a una o más pensiones regidas por el DL 3.500, de 1980, en la medida que el monto de su pensión base sea inferior al valor de la pensión máxima con aporte solidario, además de cumplir los requisitos de edad, residencia y pertenencia al rango de población más pobre exigido para ser beneficiario de la Pensión Básica Solidaria de vejez.

¹¹ Historia de la Ley N° 20.255, Establece Reforma Previsional. Op. cit. 4 p.

¹² A diciembre de 2018 el monto corresponde a \$107.304 pesos.

¹³ Estos requisitos, contemplados igualmente en el Art. 3° de la Ley 20.255, son: haber cumplido sesenta y cinco años de edad, integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población de Chile y acreditar residencia en Chile por un lapso no inferior a 20 años, contados desde que el peticionario haya cumplido los 20 años de edad, y considerando que debe haber residido en Chile por un lapso no inferior a 4 años en los últimos 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud para acogerse al beneficio de esta pensión.

Adicionalmente, y con el mismo objeto de salvaguardar la dignidad humana, se incluyó la llamada Pensión Básica Solidaria de Invalidez y el Aporte Previsional Solidario de Invalidez. La primera de ellas, y de acuerdo a lo que se desprende del Art. 16 de la Ley 20.255, es un beneficio al que pueden acceder las personas que sean declaradas invalidas por las Comisiones Médicas de Invalidez dependientes de la Superintendencia de pensiones, y que no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional, siempre que cumplan con los requisitos legales¹⁴. Agrega el Art. 19 que esta Pensión será igual al valor de la Pensión Básica Solidaria de Vejez. En cuanto al Aporte Previsional Solidario de Invalidez, el Art.20 consigna que serán beneficiarias del Aporte Previsional Solidario de Invalidez las personas declaradas inválidas por las Comisiones Médicas de Invalidez dependientes de la Superintendencia de pensiones, que se encuentren afiliadas al sistema de pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, que no perciban pensiones de otros regímenes previsionales, que cumplan con los requisitos legales exigidos para acceder a la Pensión básica Solidaria de Invalidez y que tengan derecho a pensión de invalidez de acuerdo a lo dispuesto en el DL 3.500, de 1980, siempre que la suma del monto de dicha pensión más cualquier otra que perciba de dicho sistema, sea de un monto inferior a la pensión Básica Solidaria de Invalidez.

8. La reforma previsional en cifras.

¹⁴ Estos son: tener entre 18 años de edad y menos de 65 años, integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población de Chile y acreditar residencia en el territorio de la República de Chile por un lapso no inferior a cinco años en los últimos seis años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud para acceder a la Pensión básica Solidaria de Invalidez.

Desde la entrada en vigencia de la ley 20.255, diversas publicaciones oficiales y del mundo académico han contribuido con valiosa información acerca de la cobertura, costos y demás datos asociados al sistema previsional chileno tal y como está configurado después de la reforma en cuestión.

En efecto, en base a las estadísticas e informes elaborados y publicados por la Superintendencia de pensiones, es posible afirmar que en el segundo semestre de 2011, periodo en que el aumento progresivo de la cobertura de los beneficios alcanzó al 60% más pobre de la población chilena, de acuerdo a lo previsto por la propia norma, el número de beneficiados por las prestaciones otorgadas por el Estado, a título de Pensión Básica Solidaria de Vejez, fue mensualmente en promedio 404.630. A su vez, el monto promedio mensual de pensión, en el mismo periodo, fue de \$79.435 pesos. Por su parte, el gasto fiscal vinculado a la prestación ya descrita, significó un promedio mensual de \$32.729 millones de pesos. Respecto a la participación de este grupo en el sistema, nos encontramos con que ellos representan un 29,3% del total de pensionados por vejez en Chile¹⁵.

En cuanto a la Pensión Básica solidaria de invalidez, esta registró, en el mismo semestre, un promedio mensual de 214.273 beneficiados, con una pensión promedio de \$79.499 pesos, traducándose en un gasto fiscal mensual que promedió \$17.540 millones de pesos. Del total de pensionados por invalidez, este número de beneficiados representa un 51,9% del mismo¹⁶.

¹⁵ Los datos de cobertura, pensión promedio, gasto fiscal y participación en el total del sistema, fueron obtenidos del sitio web de la Superintendencia de pensiones, y están disponibles en: <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-7941_recurso_1.pdf>

¹⁶ Ídem.

Por otro lado, la información disponible acerca del Aporte Previsional Solidario de Vejez y del Aporte Previsional Solidario de Invalidez nos ilustra sobre la cobertura, costos y prestaciones otorgadas. Para el primero de ellos, en el segundo semestre de 2011, el promedio mensual de beneficiados alcanzó los 417.199, fijándose en \$255.000 el monto de pensión máxima con aporte solidario. Desglosándose por institución que paga la pensión, resulta que el monto promedio pagado a los beneficiarios que corresponden al IPS es de \$41.027, \$66.525 para los beneficiarios afiliados a alguna AFP, \$42.821 para los que podemos circunscribir a alguna Compañía de seguros, \$39.710 para Mutualidades y \$41.778 para el Instituto de Seguridad laboral. Acorde con estos datos, en el 2° semestre de 2011, el promedio mensual del gasto fiscal requerido para financiar esta prestación fue de \$20.601 millones de pesos¹⁷.

En cuanto al Aporte Previsional Solidario de Invalidez, este registró, en el mismo periodo ya analizado, un promedio mensual de 24.254 beneficiados. El monto promedio de las prestaciones vinculadas a este beneficio fue, desglosándose por institución que lo paga, de \$47.470 para IPS, \$77.387 para AFP, \$49.471 para Compañía de Seguros y \$14.994 para Mutualidades. En base a lo anterior, el promedio mensual del gasto fiscal necesario para solventar este Aporte fue de \$2.019 millones de pesos¹⁸.

En total, el número de beneficiarios del pilar solidario, incluyendo Pensión Básica Solidaria y Aporte Previsional Solidario, durante el 2° semestre de 2011, fue de 1.060.355 personas como promedio mensual. En cuanto al gasto fiscal necesario para financiar esta prestación, durante todo el periodo analizado, este fue de \$437.338 millones de pesos.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem.

No obstante ser una reforma relativamente reciente, las cifras ya expuestas en los párrafos anteriores han experimentado variaciones interesantes y dignas de ser comentadas. En este sentido, para el segundo semestre del año 2016, y aunque el beneficio se mantuvo para el 60% más pobre de la población, se observó la siguiente evolución relativa a la Pensión Básica Solidaria de Vejez respecto a los datos correspondientes al segundo semestre de 2011:

- El número promedio mensual de beneficiarios se mantuvo estable, disminuyendo a 399.109, lo cual significa una reducción de 1,4% respecto al número de beneficiarios registrados como promedio mensual para el 2° semestre de 2011.
- El monto promedio mensual otorgado a título de Pensión Básica Solidaria de Vejez muestra un importante aumento, promediando para el 2° semestre de 2016 \$90.643 pesos como prestación mensual otorgada. La variación observada es un aumento de 14,1% sobre el promedio observado durante el 2° semestre de 2011¹⁹.
- Otra alza se aprecia en relación al gasto fiscal vinculado a esta pensión. En efecto, el gasto promedio mensual del fisco asociado a esta pensión, para el periodo julio-diciembre de 2016, fue de \$37.724 millones de pesos, traduciéndose en un aumento de un 15,3% en relación al gasto fiscal mensual promedio observado para el mismo intervalo de meses del año 2011. Este mayor gasto es explicado principalmente debido a la variación experimentada por la pensión otorgada.
- Por último, respecto a la participación de este grupo en el sistema, nos encontramos con que hay una disminución de la misma, pues ellos

¹⁹ De todos los datos comparados, es uno de los que muestra mayores variaciones. Para el 1° semestre de 2018 el monto de esta prestación es de \$104.646 pesos.

representan, en el segundo semestre de 2016, un 27%²⁰ del total de pensionados por vejez en Chile, frente al 29,3% correspondiente al segundo semestre de 2011.

Remitiéndonos a la Pensión Básica Solidaria de Invalidez, podemos mencionar que respecto del segundo semestre de 2011, año en que el sistema alcanzó su estado de régimen, las cifras ligadas a esta prestación durante el mismo periodo de 2016 han experimentado la siguiente evolución:

- El número promedio mensual de beneficiarios experimentó una disminución, ya que durante el periodo julio – diciembre de 2016 fue de 181.505, frente a los 214.273 beneficiados promedio durante igual intervalo de meses de 2011, es decir, una baja de 15,3%.
- El monto promedio mensual otorgado a título de Pensión Básica Solidaria de Invalidez muestra un importante aumento, promediando para el 2° semestre de 2016 \$90.130 pesos como prestación mensual otorgada. La variación observada es un aumento de 11,8% sobre el promedio observado durante el 2° semestre de 2011²¹.
- En relación al gasto fiscal vinculado a esta pensión, el gasto promedio mensual del fisco asociado a esta pensión, para el periodo julio-diciembre de 2016, fue de \$17.476 millones de pesos, traduciéndose en un aumento de un 0,4% en relación al gasto fiscal mensual promedio observado para el mismo intervalo de meses del año 2011. No obstante haber aumentado la

²⁰ Los datos de cobertura, pensión promedio, gasto fiscal y participación en el total del sistema, correspondientes al segundo semestre de 2016, fueron obtenidos del sitio web de la Superintendencia de pensiones, y están disponibles en: <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-11241_recurso_1.pdf>

²¹ Al igual que la Pensión Básica Solidaria de Vejez, para el primer semestre de 2018 el beneficio alcanza el monto de \$104.646 pesos.

prestación otorgada, el gasto fiscal se mantiene virtualmente sin variación, explicándose este fenómeno en virtud de la disminución del número de beneficiados.

- finalmente, respecto a la participación de este grupo en el sistema, nos encontramos con que hay una disminución de la misma, pues ellos representan, en el segundo semestre de 2016, un 47,9%²² del total de pensionados por invalidez en Chile, frente al 51,9% correspondiente al segundo semestre de 2011.

En un ejercicio análogo al efectuado a propósito de la Pensión Solidaria de Vejez y de la Pensión básica solidaria de Invalidez, comparando los datos obtenidos para el segundo semestre de 2011 con los del mismo periodo de 2016, referidos al Aporte Previsional Solidario de Vejez, podemos consignar que:

- El número promedio mensual de beneficiarios registró un importante incremento, aumentando a 716.876, lo cual significa un alza de 71,8% respecto al número de beneficiarios registrados como promedio mensual para el 2° semestre de 2011.
- El monto promedio mensual durante el 2° semestre de 2016, otorgado a título de Aporte Previsional Solidario de Vejez fue, desglosándose por institución que lo paga, de \$46.636 para IPS, \$83.620 para AFP, \$46.938 para Compañía de Seguros, \$51.262 para Mutualidades y \$47.661 para el Instituto de Seguridad Laboral. En razón de lo anterior, en el 2° semestre de 2016, el promedio mensual del gasto fiscal requerido para financiar esta prestación fue de \$43.338 millones de pesos, cifra que representa un

²² Los datos de cobertura, pensión promedio, gasto fiscal y participación en el total del sistema, correspondientes al segundo semestre de 2016, fueron obtenidos del sitio web de la Superintendencia de pensiones, y están disponibles en:

<https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-11241_recurso_1.pdf>

aumento del 110,4 % respecto del gasto fiscal mensual promedio incurrido durante el mismo periodo de 2011²³.

Por último, al analizar las cifras relativas al Aporte Previsional Solidario de Invalidez registradas durante el segundo semestre de 2016, y cotejarlas con las obtenidas para la misma prestación durante el segundo semestre de 2011, podemos señalar la siguiente evolución:

- Se nota un aumento en el número promedio mensual de beneficiarios, que se incrementa a 65.421, lo cual significa un alza de 169,7% respecto al número de beneficiarios registrados como promedio mensual para el 2° semestre de 2011.
- El monto promedio mensual durante el 2° semestre de 2016, otorgado a título de Aporte Previsional Solidario de Invalidez fue, desglosándose por institución que lo paga, de \$51.536 para IPS, \$89.593 para AFP, y \$54.963 para Compañía de Seguros. En razón de lo anterior, en el 2° semestre de 2016, el promedio mensual del gasto fiscal requerido para financiar esta prestación fue de \$5.782 millones de pesos, cifra que representa un aumento del 186,4 % respecto del gasto fiscal mensual promedio incurrido durante el mismo periodo de 2011²⁴.

En total, el número de beneficiarios del pilar solidario, incluyendo Pensión Básica Solidaria y Aporte Previsional Solidario, durante el 2° semestre de 2016, fue de 1.362.238 personas como promedio mensual, número que representa un aumento de 28,5% en relación a los beneficiarios registrados para el segundo semestre de 2011. En cuanto al gasto fiscal necesario para financiar esta prestación, durante todo el periodo analizado, este fue de \$625.914 millones de pesos, traduciéndose

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

en un alza de 43,1% comparado al gasto fiscal incurrido en el 2° semestre de 2011 para el mismo ítem.

Como ya se mencionó, desde julio de 2011 el sistema alcanzó su estado de régimen en cuanto a cobertura y monto de la prestación, la cual se ajusta desde entonces según la variación experimentada por el IPC. Sin embargo, cabe destacar que en virtud de la ley 20.970 se concedió, en el año 2016, un reajuste extraordinario de 10% al monto de la Pensión Básica solidaria, aumentando a consecuencia de ello el Aporte previsional Solidario.

Las cifras expuestas resultan esclarecedoras respecto de una realidad que afecta a nuestro sistema previsional, a saber, la insuficiencia de los recursos acumulados en las cuentas de capitalización individual para satisfacer por si solos las expectativas de percibir una pensión digna. Esto se debe a diversos factores, entre los que podemos mencionar: existencia de trabajos informales, tales como el comercio ambulante; prolongados periodos sin cotización, conocidos como lagunas previsionales; salarios bajos en comparación a países desarrollados; subdeclaración del ingreso imponible; falta de medidas adecuadas, como legislación correctiva; etc.

9. Envejecimiento de la población en Chile.

En base a los últimos informes y estadísticas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), a partir del Censo de 2017, se puede confirmar una tendencia ya observada en Censos anteriores: el envejecimiento de la población. Entendemos como tal al proceso de aumento, en relación al resto de la población, de personas que tienen 60 años o más.

En efecto, en 2017, 2,1 de cada 10 personas eran menores de 15 años, mientras que en 1950, 4 de cada 10 personas aún no alcanzaban dicha edad, proyectándose que para 2050, 1,7 de cada 10 personas será menor de 15 años. En cuanto a los mayores de 64 años, en 2017, 1,1 de cada 10 personas pertenece a este grupo, en comparación a 1950, en que 0,4 de cada 10 personas se encontraba dentro de este grupo etario, estimándose que para 2050 2,2 de cada 10 personas tendrá más de dicha edad. Por otro lado, la esperanza de vida al nacer subió de 63,6 años para el periodo 1970-1975, a 79,7 años para el periodo 2015-2020²⁵.

Los datos demográficos expuestos tienen una gran relevancia en diversas áreas: salud, mercado laboral, economía, y por cierto en materia previsional. En particular, muestran los problemas de retornar a un sistema de reparto. Lo anterior se justifica, pues en este sistema los recursos recaudados de las generaciones jóvenes no son ahorrados, sino que entregados como diversas prestaciones a los jubilados, lo cual requiere que la relación entre población activa y población que ya haya alcanzado la edad de jubilar, no tienda a un aumento del porcentaje de estos últimos. Pero también ilustran como, en la medida que los afiliados no cuenten con recursos suficientes en sus cuentas de capitalización individual, el Estado deberá destinar cada vez mayores recursos para financiar el pilar solidario.

En virtud de lo expuesto surgen las interrogantes: ¿es posible voluntariamente no cotizar? Y ¿estaríamos en este escenario frente a una renuncia de derechos?

²⁵ Datos obtenidos del INE, “Compendio Estadístico 2017”, [En línea]. disponible en: <<http://nuevoportal.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/compendio-estadistico-2017.pdf?sfvrsn=6>>

CAPÍTULO

II

De la renunciabilidad e irrenunciabilidad de las cotizaciones previsionales y su apego a la juridicidad.

1. ¿Hay renuncia de un derecho al no cotizar?

El diccionario de la Real Academia Española define a la renuncia como la “acción y efecto de renunciar”, y también como la “Dimisión o dejación voluntaria de algo que se posee, o del derecho a ello”. Por su parte, define la palabra renunciar como “Hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener”. Entonces, es posible concluir que la renuncia implica una disposición de algo que está dentro de la esfera de lo que se posee. En este sentido, Américo Pla Rodríguez señala que la “renuncia equivale a un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor”²⁶. Efectivamente, es la presencia de una manifestación de voluntad con la finalidad de producir un efecto jurídico relevante, a saber, poner término a un derecho, lo que transforma a la renuncia de un derecho en un acto jurídico, y más precisamente un acto jurídico unilateral, por requerirse la sola expresión de voluntad del renunciante.

En relación a las cotizaciones, el DL 3500 de 1980, en su artículo 2° inc. 2 dispone que “La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización”. La norma citada esta a su vez en armonía con el artículo 17 del mismo cuerpo normativo, que consigna que “Los trabajadores afiliados al sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual

²⁶ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 72.

el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles”. Siendo relevante recordar que las disposiciones legales mencionadas encuentran su sustento constitucional en el artículo 19 N° 18 de la carta fundamental, que expresa que la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. A la luz de las normas citadas, cabe preguntarse si efectivamente hay una renuncia de un derecho por parte del trabajador al no cotizar el monto señalado por ley. Del tenor del DL 3500, es claro que impone una obligación de cotizar, y que de omitirse voluntariamente aquella se estaría renunciando a cumplir con una obligación, ¿pero puede ser entendido el acto de no cotizar a su vez como una renuncia de un derecho?

A nuestro juicio, la respuesta a la pregunta antes planteada es afirmativa. En primer lugar, hay una fuerte conexión entre la obligación de cotizar y el derecho a las prestaciones que tiene a su favor el trabajador, en particular el derecho a la pensión que recibirá al momento de cumplir con los requisitos exigidos por la ley, pensión que depende de cuánto se haya acumulado en el fondo de capitalización individual, que a su vez está condicionado principalmente por lo que se haya cotizado y de la rentabilidad del fondo en cuestión. Por ello creemos que el trabajador, al no cotizar lo que debe, está comprometiendo la suficiencia de la prestación a la que tiene derecho, a saber, la pensión.

En segundo lugar, conviene hacer presente, como la propia palabra nos lo recuerda, que una obligación es un vínculo jurídico, que ata a dos sujetos determinados: acreedor y deudor. Desde esta óptica, es posible entender que el pagar una obligación no sólo supone la satisfacción del crédito para una de las partes, sino que también la liberación del deudor del vínculo que lo une con su acreedor. Es así, que la doctrina nacional y extranjera señala que el deudor tiene el derecho a pagar²⁷. Ahora bien, el Código Civil en su artículo 1568 define al pago

²⁷ Es esta ambivalencia la que justifica, por ejemplo, la institución del pago por consignación, en que es posible que el deudor pague incluso contra la voluntad

como “la prestación de lo que se debe”, prestación que por mandato legal es precisamente cotizar.

Ya mencionábamos que lo característico de una renuncia es que es un acto de disposición, en virtud del cual hay un desprendimiento voluntario de algo que se tiene, que se encontraba radicado en el patrimonio del renunciante. Es por ello que no estimamos como una renuncia a las cotizaciones la situación producida por la Ley 20.255, que en su artículo 80 permite que a raíz del menoscabo económico sufrido por uno de los cónyuges durante el matrimonio, y la subsecuente compensación económica que se produzca, debido a que se dedicó al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, el juez pueda, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al decreto ley 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado, o de no existir esta, a una cuenta de capitalización individual que se abra al efecto.

Estimamos que, no obstante su importancia y al aumento en el uso de esta modalidad por parte de los tribunales²⁸, el caso de compensación económica

del acreedor. Como nos ilustra Juan A. Orrego, *“El deudor no sólo tiene la obligación, sino también el derecho a pagar, como consecuencia de su interés en que la obligación se extinga. Si el acreedor se resiste a recibir el pago, tal resistencia no debe perjudicar al deudor, pudiendo sobreponerse a ella mediante el pago por consignación”*. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Extinción de las obligaciones, Pág. 15. 2019. [En línea]. [fecha de consulta: 27 de marzo de 2019]. Disponible en: <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teoría-de-las-obligaciones/>>

²⁸ Sobre el particular, Joel González manifiesta que, *“la comparación de cifras entre el primer semestre de 2011 y segundo semestre de igual año permiten*

planteado en el párrafo anterior no constituye un acto de disposición voluntario por parte del cónyuge que deba compensar, por materializarse durante un juicio en que en definitiva el juez será quien ordene efectuarla, instancia en que evidentemente no es determinante el deseo del cónyuge que paga la compensación.

2. ¿Irrenunciabilidad o renunciabilidad de los derechos previsionales?

En concordancia con lo que se ha venido tratando, y como uno de los puntos centrales de esta memoria, es indispensable tratar sobre la legitimidad o ilegitimidad de la renuncia a los derechos previsionales, cuya obligación impone el inciso primero del artículo 2° del DL N°3500 respecto de cotizar en las Administradoras de Fondos de Pensiones.

observar una clara tendencia hacia un uso cada vez mayor de los fondos de capitalización individual para pagar la compensación. Así, durante el segundo semestre de 2011, se efectuaron 214 transferencias, lo que significa más del doble de lo observado en el semestre anterior (101)... la tendencia indicada –mayor uso de los fondos previsionales para pagar la compensación económica- se corrobora con las cifras del primer semestre de 2012 durante el cual se efectuaron 240 transferencias”. GONZÁLES CASTILLO, Joel. Pago de la compensación en los juicios de divorcio y nulidad con fondos de capitalización individual, pág. 9. [En línea]. Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 3, pp. 763 - 778 [2013]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art02.pdf>

A mayor abundancia, las cifras publicadas por la Superintendencia de Pensiones, respecto al seguimiento de la Reforma Previsional para el segundo semestre de 2016, confirman la tendencia ya mencionada. Según esta institución, para el periodo citado se registraron un total de 380 transferencias de fondos. Información disponible en: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-11241_recurso_1.pdf

En razón de lo que se ha buenamente razonado y se han propugnado sus iniciales atisbos en el primer acápite y al principio de este, en virtud del inciso segundo del artículo antes referido, es posible colegir que la obligación de cotizar entraña un derecho, ello por cuanto, en tanto obligación, su contrapartida es un derecho y, como de toda relación o vínculo jurídico emanan derechos y obligaciones, que no son más que dos caras de una misma moneda, forzosamente ha de concluirse que se trata de un derecho y, por ende, eventualmente podría renunciarse.

Conque, despejada la cuestión sobre si se trata o no de un derecho, es atingente entrar al análisis sobre su renunciabilidad o, por el contrario, su irrenunciabilidad.

En principio no existe norma que disponga ni lo uno ni lo otro, no en forma expresa al menos, de manera tal que debemos encontrar respuesta en el ordenamiento jurídico laboral.

2.1. Normas regulatorias concernientes a la irrenunciabilidad de los derechos previsionales.

Desde una óptica jurídico positiva, se encuentra implícitamente regulada la irrenunciabilidad de los derechos previsionales, mediante una interpretación armónica y sistemática de diversos cuerpos legales.

En nuestra Constitución Política de la República el inciso primero y tercero parte final del N°18 de artículo 19, consagra que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social y podrá el Estado establecer cotizaciones obligatorias. Luego, el legislador pormenorizó dicha norma y optó por establecer su obligatoriedad en el inciso primero del artículo 2 del DL N°3500 de 1980 disponiendo la celebración de un contrato forzoso, por el cual toda persona que no esté afiliada a alguna Administradora de Fondos de Pensiones, por el sólo hecho de dar inicio a sus labores se encuentra obligado a cotizar en alguna de aquéllas.

En concordancia con el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables. Lo que se encuentra en plena armonía con el principio de primacía de la realidad, ya que, el DL N°3500 es una ley laboral, en atención a que versa sobre esta materia, y las cosas en Derecho son por lo que determina su esencia, más que por su nomenclatura o denominación, ergo, los derechos en ella consagrados son irrenunciables.

Hasta el momento nos hemos referido acerca de la irrenunciabilidad y cómo tiene su asidero en múltiples elementos, pero nada se ha dicho respecto de la renunciabilidad.

En efecto, nada obsta a que exista renunciabilidad de los derechos previsionales, comoquiera, el Derecho es per se un convencionalismo, por lo que bien podría regularse de ese modo.

Podría esgrimirse en apoyo a esta tesis que una vez terminado un contrato de trabajo perecen las calidades de las partes, empleador y trabajador, por lo tanto, podría renunciarse a los derechos que emanan del vínculo jurídico laboral sin óbice alguno que embarace tal acto jurídico, en virtud del inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo que reza: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.” A contrario sensu, si termina el contrato de trabajo los derechos establecidos por las leyes laborales son renunciables, plenamente disponibles para las partes.

Empero, dicha conclusión a que podría arribarse tropieza con tamaño escollo: la “Ley Bustos”. Esta ley, cuya tramitación comenzó por el mensaje enviado al Congreso el 29 de marzo de 1999 por quien fuera a la sazón el Presidente de la República, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, expuso con meridiana claridad y prudencia la finalidad del proyecto, al siguiente tenor “*Se estima, pues, 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*”²⁹ y así es como con fecha 3 de septiembre del 1999 se promulgó la Ley N°19.631, denominada “Ley Bustos”, y que modificó el antiguo artículo 162 del Código del Trabajo que sólo exigía para poner término a la relación laboral, que el empleador comunicara al trabajador “el estado en que se encuentran las imposiciones previsionales”, sin más, quedando fijado el nuevo texto del actual inciso quinto del artículo 162 del mentado cuerpo legal “*Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que*

²⁹ Historia de la Ley N° 19.631, Impone Obligación de Pago de Cotizaciones Previsionales Atrasadas Como Requisito Previo al Término de la Relación Laboral por Parte del Empleador. Mensaje en Sesión 48. Legislatura 339. 29 de marzo, 1999. 5 p. disponible en:

http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=742&tipodoc=mensaje_mocion/

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

Como se desprende del inciso quinto del Código de Marras, debe existir información hacia el trabajador sobre el pago de las cotizaciones previsionales, y no tan solo el estado en que se encuentran, como otrora se exigía, de lo que se infiere que el legislador acentuó la protección al trabajador en este sentido, dictando un estatuto que le ofreciera mayores garantías a sus derechos en materia previsional.

En suma, no prosperaría una postura que sostuviera la renunciabilidad de los derechos previsionales del trabajador, toda vez que la intención del legislador ha sido justamente la contraria, esto es, que permanezca vigente la relación laboral mientras no se paguen la totalidad de las cotizaciones previsionales devengadas durante el curso de esta, de tal manera que, mantengan la calidad de derechos irrenunciables a la luz del inciso segundo artículo 5 del Código del Trabajo, de modo que no resiste mayor análisis su factibilidad.

3. Legitimidad de la renunciabilidad.

En sintonía con lo desarrollado en lo precedente y a la luz de las normas regulatorias, es que hemos de hacernos cargo de lo que atañe a los alcances que

tendría la renuncia de los derechos previsionales dentro del proceso y la legitimidad de un acto jurídico de tal envergadura.

Pareciera ser una arista cuyo análisis raya en lo ocioso, sobre todo a la luz de lo que se ha venido presentando. Sin embargo, reviste gran utilidad, por cuanto en el ejercicio judicial, más propiamente en los juicios laborales, discutiéndose la existencia de una relación laboral y el no pago de cotizaciones previsionales, trabajador y empleador acuerdan, vía equivalente jurisdiccional, poner término al litigio, recibiendo el primero una cantidad de dinero de parte del segundo, sin que conste en el acuerdo la intención de destinar parte de esos dineros a la respectiva cuenta de capitalización individual del demandante. Y es que se estila arribar a acuerdos entre las partes, los cuales son aprobados por el juez sin ningún miramiento por medio de cláusulas de estilo y esto es lo que ocurre a menudo, las más de las veces, por lo menos cuando se trata de avenimientos, suerte distinta corre en el caso de las conciliaciones. Por ello es que llama poderosamente la atención, máxime teniendo a la vista lo dispuesto por nuestra legislación laboral sobre la irrenunciabilidad de los derechos previsionales, la aprobación judicial de acuerdos (ora avenimiento, ora transacción) en los que al menos tácitamente se estaría renunciando a derechos que son irrenunciables.

3.1. Pugna de principios.

Mucho se discute en doctrina acerca de los principios de Derecho del Trabajo, cualitativa y cuantitativamente, pese a ello, existen principios indiscutidos o ideas fuerza que son transversales.

Uno de los principios indiscutidos del Derecho del Trabajo, y al que ya hicimos mención en esta memoria, es el principio protector del cual deriva otro principio, ampliamente tratado por diversos autores, el principio in dubio pro operario, cuyo fundamento está ligado con la propia razón del Derecho del Trabajo, “Históricamente el derecho del trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas. El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador.”³⁰

Consecuencia de lo anterior es que se quebró la idea de igualdad en la relación laboral y de ahí el tratamiento diferenciado a las partes del contrato de trabajo, otorgando un estatuto más favorable y proclive a la protección del trabajador, dicho de otra forma, se reconoció una desigualdad existente.

Tal desigualdad es aceptable e incluso justificable, pues nada es más propio del Derecho que la equidad, y en tal sentido es imprescindible un trato desigual que propenda a proteger al trabajador. No obstante, el principio in dubio pro operario se aviene con la igualdad que nuestra Carta Fundamental consagra en las Bases de la Institucionalidad, en el sentido de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Pero, al aprobar la renuncia de los derechos previsionales por parte del trabajador, se invierte la desigualdad, pero no con respecto al empleador, sino del trabajador para con el resto de las personas.

³⁰ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 33.

La razón de la inversión de la desigualdad que entraña el principio in dubio pro operario, y el Derecho del Trabajo en general, se halla en los efectos que traen aparejados la renuncia de los derechos previsionales por parte del trabajador, pues, las lagunas o vacíos previsionales, las exiguas cotizaciones y cotizaciones de poca monta por parte del trabajador, repercuten directamente en los derechos previsionales de los cuales es titular, particularmente, el derecho a una pensión y al monto de la misma. Es consabido a estas alturas que la tasa de reemplazo se ve sustancialmente mermada al momento de la jubilación -o retiro, como eufemísticamente prefieren otros- pudiendo ser un factor de incidencia directa la baja cantidad de cotizaciones o derechamente vacíos previsionales -ausencia de cotizaciones- y, por lo tanto, a mayor precariedad laboral, llámese bajos sueldos, llámese pocas cotizaciones previsionales obligatorias, menor es la pensión a que puede acceder el trabajador. Acto seguido, si concurren los requisitos legales, podría acceder a una pensión mínima solidaria, a lo que cabría hacer la siguiente interrogante, ¿y cómo afectaría la renuncia de los derechos previsionales por parte de un trabajador, al resto de las personas? La respuesta es de fácil despacho, el dinero con el que se financian dichas pensiones proviene de las arcas fiscales, que son suministradas, entre otras formas, por los impuestos que pagan los contribuyentes. En definitiva, se estaría afectando el bien común consagrado en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política de la República que prescribe “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

En otras palabras, el acto jurídico de disposición, supuesto, libre y espontáneo de un trabajador, en orden a renunciar a sus derechos previsionales, deviene en una eventual carga que ha de soportar el resto de las personas representadas por el Estado, que no son partícipes de esa relación laboral como empleadores.

Esta reflexión es la que nos lleva a tener la firme convicción de que existiría una pugna de principios legales y constitucionales si aceptáramos la renuncia del trabajador a sus derechos previsionales. Y es que no disentimos de la subsidiariedad del Estado, sólo que no hace justicia a la equidad que personas que tienen la oportunidad de pagar sus cotizaciones previsionales no lo hagan en detrimento del Estado y todo lo que significa, por tener más dinero disponible en el momento, pero sin proyectar la calidad de vida que acarreará una decisión de ese tipo a su futuro próximo.

Y es que, asimismo, es curioso que pudiera tratarse de una voluntad libre que se manifiesta en la renuncia, si está motivada por una necesidad de índole económica, por lo que bien podría ser explotada por el empleador para llegar a un acuerdo que le sea más económico; nada más alejado del teo del Derecho del Trabajo.

3.2. Análisis de la normativa aplicable a la renuncia a derechos previsionales.

Cuando nos referimos a la renuncia, lo primero que nos evoca es la norma más importante -estimamos- en nuestro ordenamiento jurídico y que la trata lacónicamente, pero con envidiable precisión, a saber, el artículo 12 del Código Civil, que al efecto prescribe que *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”* Ciertamente el tenor de esta norma jurídica es perentorio y no admite dobles interpretaciones, serán renunciables, en este caso los derechos previsionales por parte del trabajador, siempre que miren a su sólo interés individual y no esté prohibida su renuncia.

En virtud de la mentada norma, la ley entonces reconoce dos límites a la renuncia: esta debe afectar únicamente al interés del renunciante y no debe estar prohibida la renuncia del derecho. En cuanto al interés individual, a nuestro juicio, no existiría sólo un interés individual comprometido en la renuncia a las cotizaciones previsionales, sino que general, lo que resulta contrario al orden público chileno, y en este punto nos remitimos al apartado 3.2.1. Además, hay otros factores que nos llevan a arribar a tal conclusión, especialmente los efectos negativos para la clase trabajadora. Siguiendo al autor español Hinojosa, quien partiendo del artículo 4 del Código Civil de su país³¹ expone: “*Y en la renuncia por el obrero de los beneficios que la ley le concede se dan las dos circunstancias que hacen imposible la renuncia. Pertenecen al orden público que el trabajo humano sea debidamente protegido y remunerado; que la codicia no explote a la necesidad; que impere la verdadera libertad, no disminuida por trabas económicas. Y sería casi siempre en daño de tercero -de los familiares del trabajador, de los compañeros de trabajo, que por su claudicación se verían constreñidos a aceptar condiciones inferiores de trabajo- la renuncia de sus derechos equivaldría, por lo demás, a las de las condiciones indispensables para la efectividad del derecho a la vida.*”³² Por cierto que hacemos nuestras las palabras del autor español Hinojosa, pues lleva razón al decir que afectaría a terceros, y desde ese momento, perdería toda legitimidad el acto jurídico de renuncia sobre derechos previsionales, en tanto que comprometería no sólo un interés individual, sino que el de sus propios colegas, y si vamos más lejos, el de la sociedad toda.

³¹ La citada norma establece que: “los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de un tercero”. Es del caso señalar la gran similitud que este precepto guarda con nuestro artículo 12 del Código Civil.

³² Id. Pág. 73.

Así, queda claro que la regla general es la renunciabilidad, rompiéndose esta regla general en el caso que la disposición del derecho afecte los de terceros, o cuando el legislador lo prohíbe en ciertas materias, como sucede por ejemplo a propósito del derecho de alimentos. En efecto, el Art. 334 del Código de Bello expresa que: “el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”. La norma citada busca impedir que una persona pueda desprenderse de un derecho que, en definitiva, mira a la propia subsistencia del ser humano, dejando de manifiesto una preocupación del legislador, que con fundamento podría sostenerse que debería estar presente en relación al deber de cotizar y al derecho correlativo referente a recibir una pensión digna en la vejez. En la misma línea, el Art. 5° Inc. 2° del Código del Trabajo señala: “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

Ahora bien, como prescribe el artículo de marras del Código de Bello, en su parte final, “que no esté prohibida su renuncia”. En efecto, desde nuestro punto de vista la renuncia de los derechos previsionales por el trabajador sí estaría prohibida y su fundamento legal se desprende de una interpretación sistemática y armónica de las normas del Código Civil, Código del Trabajo y DL N°3500.

Como veníamos exponiendo, la prohibición tiene su fundamento en la interpretación de la ley. En primer término, el artículo 12 del Código Civil posee la naturaleza de una norma imperativa de requisito que, como las define el excelso académico Juan Andrés Orrego, “son aquellas que permiten ejecutar o celebrar un determinado acto jurídico previo cumplimiento de ciertos requisitos: por ejemplo, artículos 88; 124; 393; 394; 402 inciso 2º; 1464 números 3 y 4; 1554; y 2144. Estas normas suelen tener apariencia de prohibitivas, pero como en la práctica permiten ejecutar o celebrar un acto jurídico previo cumplimiento de los requisitos

que establece la ley, no son prohibitivas sino sólo imperativas de requisito.”³³ Dado que siempre que no esté prohibida la renuncia o se afecte el interés ajeno, puede hacerse, es decir, deben cumplirse dos requisitos negativos y copulativos. Consideramos que la renuncia de los derechos previsionales no los cumple, por el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo que regla sobre la irrenunciabilidad de los derechos establecidos por las leyes laborales. Por otra parte, el artículo 24 del Código Civil dispone que “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”, y el mismo profesor Juan Andrés Orrego en línea con otros autores concluye “...que no es meramente supletorio de los artículos que lo proceden, sino que concurrente con ellos en el proceso de interpretación. Todo el sistema jurídico está basado en principios generales o fundamentales comunes, que como un todo conforman el espíritu general de la legislación.”³⁴

Bajo esta lógica es que los principios que informan el Derecho del Trabajo han de tomarse en cuenta al momento de interpretar las normas atinentes al tema que nos atañe, cual es la renuncia de los derechos previsionales. Yendo más allá, en la doctrina, se menciona entre los fines de los principios del Derecho del Trabajo la función interpretadora, esto es, que “...operan como criterio orientador del juez o del intérprete”³⁵, lo cual viene en refrendar lo que se viene planteando. El principio rector en esta interpretación es el protector -incluso el in dubio pro operario- y el

³³ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Teoría de la Ley e Interpretación de la Ley, Capítulo II, página 3. 2011. [en línea]: www.juanandresorrego.cl. 2019. [fecha de consulta: 25 de feb. de 19] Disponible en: https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5207657171/civil1_teor%C3%ADa_de_la_ley_e_interpretacion_de_la_ley.pdf?t=1307320161

³⁴ Ibíd. Pág. 23.

³⁵ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 19.

de irrenunciabilidad, pues las consecuencias para el trabajador de la renuncia de sus derechos previsionales se manifestarán en el futuro, donde se encuentre con el avance de la edad y la entrada a la vejez, prácticamente inerte para laborar y obtener el sustento para sobrevivir dignamente.

De suerte que el juez al revisar los acuerdos alcanzados por las partes, debiera constituirse en garante del trabajador y velar por su debida protección, habida cuenta que se halla en una situación en que las necesidades actuales pueden obnubilar su buen juicio y llevarlo a tomar decisiones perniciosas, de las que el empleador puede aprovecharse y que el trabajador pueda irremediabilmente arrepentirse.

Otra de las razones que deben considerarse sobre este punto es que, el Derecho del Trabajo, tal como oportunamente lo expresamos, se compone de normas imperativas, haciendo la distinción entre lo que sería en el Derecho Romano el *ius cogens* y el *ius dispositivum*. Aquél referido a normas de orden público, y éste, a normas de orden privado. En tal sentido, el Derecho del Trabajo se compone principalmente de normas de orden público y que, en consecuencia, no son disponibles para las partes. Ello es posible colegirlo del inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo, por lo que, en materia de derechos establecidos por leyes laborales, estos son irrenunciables, por ende, la regla general es que no pueden renunciarse tales derechos, entre los cuales se encuentran los previsionales, por tanto, debe existir norma expresa que habilite a renunciar, sin que pueda subentenderse esta facultad de disposición. Asimismo, en relación al artículo 12 del Código Civil seguimos la postura planteada por Hinojosa en torno al artículo 4 del Código Civil español y que prescribe similar regla a la del artículo 12 de nuestro Código Civil -guardando las diferencias con la legislación española-, quien expresa que: “Salvando la impropiedad verbal, esta disposición importa consagrar la posibilidad en principio, de renunciar a los derechos emergentes de

las diversas leyes que no sean prohibitivas, las cuales son la inmensa mayoría. Pero, en cambio, las leyes laborales pueden considerarse prohibitivas en cuanto prohíben pactar condiciones de trabajo inferiores a las en ella establecidas, que marcan niveles mínimos de protección.”³⁶

Aunque ya nos hemos referido a la “Ley Bustos”, nos parece importante recalcar la inviabilidad de la renuncia sea ex post o ex ante de la relación laboral, pues “...en ambos casos, el trabajador presta su conformidad en condiciones de aminorada libertad de voluntad o por el temor (es inútil decir si fundado o no) de un despido o por la necesidad económica en que se encuentra. Esta doble razón de la tutela legislativa lleva a no distinguir entre renunciaciones y transacciones **hechas con anterioridad o después de la cesación de la relación. En este segundo tiempo, si no obra más el temor del despido, influye para determinar el consentimiento, la normal imposibilidad de esperar el resultado de una controversia judicial, que constriñe al trabajador a transacciones desastrosas, para conseguir la ventaja de un cobro seguro e inmediato.**”³⁷ en particular, por tratarse de derechos previsionales no podría existir una renuncia anticipada a tales derechos, ni menos aún terminada ésta si no existe pago de las cotizaciones previsionales según se desprende del inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo. Ello por cuanto, mal podría haber término de la relación laboral sino una vez pagadas las cotizaciones previsionales.

3.3. ¿Admite la ley al menos la renuncia indirecta de los derechos previsionales del trabajador?

³⁶ Id. Pág. 73.

³⁷ PLÁ RODRÍGUEZ. Op. cit. 88p.

Parafraseando al eximio Américo Plá, la renuncia tácita es la que puede desprenderse de ciertos comportamientos del trabajador que evidencian el propósito de privarse de ciertos derechos. En tal caso si bien es cierto que el trabajador podría renunciar a sus derechos previsionales a través de su inactividad, es decir, sin impetrar las acciones legales tendientes a obtener el pago de las prestaciones que se le adeudan, entre ellas, las cotizaciones previsionales, con todo, somos de la idea que no podría acontecer la extinción del derecho a exigir el pago de las cotizaciones previsionales su no ejercicio, ya que, como lo expresa De La Villa "...no puede calificarse de acto de renuncia tácita el no ejercicio definitivo del derecho -al que algunos autores españoles han llamado renuncia pasiva- en cuanto concurren una serie de notas diferenciales: 1°) En el no ejercicio falta el efecto típico de la inmediata pérdida o extinción del derecho como consecuencia de la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de renuncia; unido a que no interviene la voluntad en la pérdida o extinción del derecho por el no ejercicio: y 2°) El derecho no puede impedir el no ejercicio, forzando a una actuación concreta y, en cambio, sí limita activamente los actos de renuncia: incluso es posible que el sujeto realice un acto, expreso o tácito de renuncia, y que posteriormente por el juego del principio de la irrenunciabilidad, llegue a ejercitar válidamente el derecho inválidamente renunciado"³⁸

3.4. ¿Es aplicable la teoría de los actos propios?

No obstante lo expuesto en este trabajo, y al claro tenor literal del Art 5° Inc. 2° del C. del Trabajo, surge la pregunta acerca de si, ante la eventual colisión de esta irrenunciabilidad con la voluntad exteriorizada del titular del derecho, en un sentido incompatible con ella, debería prevalecer la primera o la segunda. En otras palabras, ¿debe primar la autonomía de la voluntad por sobre la omnipotencia de la ley?. Es justamente la problemática que se suscita cuando discutiéndose en los

³⁸ Id. Pág. 102.

juzgados del trabajo la existencia de una relación laboral y el no pago de cotizaciones previsionales, trabajador y empleador acuerdan, vía equivalente jurisdiccional, poner término al litigio, recibiendo el primero una cantidad de dinero de parte del segundo, sin que conste en el acuerdo la intención de destinar parte de esos dineros a la respectiva cuenta de capitalización individual del demandante.

Este conflicto, entre lo que se manifiesta en un primer momento versus la pretensión que se intenta hacer valer con posterioridad, es abordado por la teoría de los actos propios, teoría que protege la confianza entre las partes y que encuentra sustento en nuestro derecho en la norma de conducta expresada en el Art. 1546 del Código Civil. En palabras del profesor Alberto Lyon Puelma: “*no puede ser aceptado por el orden jurídico que una persona ejecute una conducta cuando resulta conveniente para sus intereses y sostenga que procede actuar en contrario cuando los perjudica*”³⁹

Aunque la referida teoría es fruto de una larga evolución en el derecho comparado, que puede remontarse al mundo romano clásico, no es sino hasta fines del S. XX en que empieza a tener cabida en nuestra doctrina y en nuestros tribunales superiores de justicia, órganos que “*han acogido derechamente la Teoría de los actos propios en diversas sentencias, recaídas en las más variadas materias, principalmente en el orden laboral y civil y relacionada con el derecho público. Es posible encontrar un hilo conductor en todas ellas, basadas, fundamentalmente, en el principio de la buena fe, el que debe conjugarse con el*

³⁹ PUELMA LYON, Alberto. “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”. [En línea]. En: Venire Contra Factum proprium. 2010. Pág. 59. [Fecha de consulta: 8 de febrero 2019]. Disponible en: <http://www.uandes.cl/comunicaciones/Cuadernos de Extension Juridica/Cuaderno de Extension Juridica N18 Venire contra factum proprium.pdf>

*principio de la realidad, lo que indica que las pretensiones de las partes no pueden contradecir su actuar y conducta anterior, ya que debe prevalecer el deber jurídico de respeto...*⁴⁰.

Circunscrita, inicialmente, al ámbito civil, la Teoría del Acto Propio se ha ido extendiendo a otras ramas del derecho, entre ellas el derecho laboral. Así, de manera cuestionable, la Corte Suprema ha resuelto controversias usando, entre otros elementos, la citada teoría. A modo de ejemplo, cuando ha debido pronunciarse acerca de la naturaleza civil o laboral de un vínculo no ha dudado en fundamentar su decisión remitiéndose a la teoría de los actos propios. En efecto, como se desprende del considerando vigesimosexto, de la sentencia del 17 de octubre de 2007, Rol 5687-2006, el supremo Tribunal expuso que *“atendido el número de contratos celebrados entre las partes durante más de veinte años y que denota la voluntad inequívoca de éstas de mantener en el tiempo el mismo tipo de vinculación, resulta procedente aplicar en autos, tal como lo ha hecho esta Corte en casos similares, los principios de la doctrina llamada “de los actos propios”, que asigna efectos ineludibles a determinadas conductas previas, pues no es dable aceptar que quien inste por desconocer o invalidar sus efectos sea, precisamente, una de las partes que concurriera a la celebración e interviniera en el cumplimiento o ejecución del mismo acto que se pretende desatender. Así, queda de manifiesto que un comportamiento incoherente como el destacado sólo acaba vulnerando la buena fe que debe imperar en el adecuado y recto uso de las acciones o derechos estatuidos por la ley, principio del cual se encuentra imbuido no sólo la legislación laboral, sino que todo nuestro ordenamiento jurídico...”*. En idéntico sentido, y en una situación similar, dejó consignado, en sentencia de 10

⁴⁰ ILLANES RÍOS, CLAUDIO. “Teoría del acto propio. Breves comentarios sobre su recepción en Chile”. [En línea]. En: Venire Contra Factum proprium. 2010. Pág. 58. [Fecha de consulta: 10 de febrero 2019]. Disponible en:

[http://www.uandes.cl/comunicaciones/Cuadernos de Extension Juridica/Cuadern o de Extension Juridica N18 Venire contra factum proprium.pdf](http://www.uandes.cl/comunicaciones/Cuadernos_de_Extension_Juridica/Cuadern_o_de_Extension_Juridica_N18_Venire_contra_factum_proprium.pdf)

de junio de 2008, Rol 2320-2008, que *“a propósito de la buena fe con la que deben cumplirse los contratos, útil resulta traer a colación la denominada Teoría de los Actos Propios, según la cual si un sujeto define su posición jurídica mediante el desarrollo de determinadas conductas, no le es lícito desconocer, posteriormente, sus propias actuaciones, de modo que si la demandante durante casi tres años concurrió a generar una relación laboral de plazo fijo, a través de las sucesivas suscripciones de contratos de esa naturaleza, con sus correspondientes finiquitos al término de cada período, no es dable que ahora pretenda desconocer dichos acuerdos, aludiendo a una realidad distinta y a derechos irrenunciables.”*

Creemos, sin embargo, que aplicar la teoría de los actos propios en materia laboral es apartarse de los principios y normas que rigen el Derecho del Trabajo. En particular, el principio de omnipotencia de la ley restringe la autonomía de la voluntad pues la asimetría que existe entre las partes podría traducirse en que el trabajador se obligue en condiciones muy desfavorables motivado por la necesidad imperiosa de asegurarse el sustento de él y de su familia. Considerando lo planteado, defender la aplicación de la teoría de los actos propios para resolver controversias laborales no toma en cuenta que dicha teoría exige como presupuesto la preeminencia de la autonomía de la voluntad, tal como sucede en el Derecho Civil. Más aun, los fallos que dan cabida a la citada teoría omiten que el Art. 5º, del Código del ramo, expresamente señala la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, dejando en claro que una manifestación de voluntad, por parte del trabajador, en el sentido de desconocer la existencia de una relación laboral, no obstante haber indicios de lo contrario, carece de valor, sobre todo a la luz de otro de los principios atingentes, a saber, la primacía de la realidad.

Además, no se puede olvidar que el conjunto de normas y principios que regulan el derecho del trabajo son especiales, frente a teorías y principios propios del

derecho común, por lo que tienen preeminencia respecto de estos últimos, entre los que encontramos la teoría de los actos propios y principios como la autonomía de la voluntad.

Entonces, como consecuencia de lo expuesto, concluimos que el hecho de que el trabajador haya manifestado expresamente, en el equivalente jurisdiccional, no existir relación laboral en circunstancias que dicho vínculo si existió, ello no es obstáculo para que, con posterioridad a esta manifestación, demande el no pago de cotizaciones previsionales, o que la respectiva AFP accione con el mismo fin, con el objeto de cobrar las cotizaciones previsionales adeudadas a su afiliado. Y es que, en el juicio, el trabajador pudo disponer solo de aquellos derechos susceptibles de disposición, entre los cuales no encontramos el derecho a renunciar a las cotizaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que en un caso podría el trabajador disponer de sus derechos previsionales a través de un equivalente jurisdiccional, o que a lo menos no se encuentre limitado por el Art 5° inc. 2° del Código del Trabajo, incluso si el empleador le adeudare cotizaciones previsionales. En efecto, del tenor del Inc. 2° del Art.5°, del Código del Trabajo, es claro que la irrenunciabilidad no tiene una duración indefinida, al contrario, está acotada al periodo en que dure el vínculo laboral, considerando para los fines de determinar la vigencia de la relación de trabajo la ley 19.631, conocida como Ley Bustos, que modificó el Art. 162 del Código del Trabajo, imponiendo la obligación de pagar las cotizaciones previsionales atrasadas como requisito previo al término de la relación laboral en los siguientes términos: “Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere

efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”. Por ello, si no están pagadas las cotizaciones en su totalidad, el despido no pone término a la relación contractual que une a las partes, por lo que no sería posible renunciar a los derechos conferidos por las leyes laborales.

Sin embargo, como ya adelantábamos, podría soslayarse la prohibición impuesta a la renuncia de derechos laborales cuando el término del contrato de trabajo sea por alguna de las causales contempladas en los numerales 1, 2 o 3 del Art. 159 del Código laboral, por ejemplo, la renuncia del trabajador, pues la Ley 19.631 no incorporó dichas causales entre los supuestos que permiten mantener con vida un vínculo al parecer terminado y, al ser una norma excepcional debe interpretarse restrictivamente, no habiendo cabida para las analogías, recordando para ello que la llamada Ley Bustos dispone que : “...*Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo*” (el subrayado es nuestro).

CAPÍTULO

III

La seguridad social como derecho humano.

1. Consideraciones preliminares.

Aunque no hay una norma que expresamente imponga al juez el deber de rechazar un acuerdo arribado por las partes en que, pese a existir indicios de relación laboral, empleado y empleador estipulen terminar con el litigio pagando el segundo una suma al primero, sin destinarse monto alguno a la cuenta de capitalización individual del trabajador; creemos que el Derecho Público proporciona una perspectiva que permite afirmar que, más allá de la irrenunciabilidad consignada en el Art. 5° Inc. 2° del CT, el juez no puede aprobar un equivalente jurisdiccional en los términos planteados a menos de existir la seguridad de que un porcentaje del monto a pagarse sea asignado a la cuenta de capitalización del empleado.

Para arribar a la conclusión esbozada en el párrafo precedente es menester reflexionar, aunque solo sea de manera sucinta, acerca de la función pública que desarrolla el juez. Como sabemos, el Estado ejerce su soberanía a través de 3 importantes funciones: la administrativa, la legislativa y la jurisdiccional. Asimismo, sabemos que en nuestro país la última de estas funciones le corresponde a los tribunales establecidos por la ley, según lo preceptuado por el Art. 76 de la Constitución de la República, por lo que es posible colegir que los jueces son un importante órgano del Estado, cuya importante tarea es conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Ahora bien, en cuanto órganos del Estado deben ejecutar sus funciones dentro de cierto marco, siendo especialmente relevante para el desarrollo de este trabajo los límites que se desprenden de los artículos 5 y 6 de nuestra Carta Fundamental. La primera de estas normas expone que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, agregando que es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, mientras se encuentren garantizados por nuestra Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por su parte, el Art. 6, del mismo cuerpo legal, impone el deber de todo órgano del Estado de someter su acción a la Constitución. Entonces, consecuencia de lo expuesto es que si consideramos que el derecho a una pensión es un derecho humano es posible inferir que los órganos del Estado deben, en la esfera de sus atribuciones y funciones, adoptar las medidas conducentes a asegurar este derecho.

2. Naturaleza del derecho a la seguridad social.

Pero, ¿es un derecho humano la pensión digna?. Para responder a la pregunta planteada, debemos dilucidar con anterioridad acerca de qué es un Derecho Humano. Remitiéndonos a lo apuntado por las Naciones Unidas, importante organización internacional que ha dedicado considerables esfuerzos a promover estos derechos, podemos declarar que son “*derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición*”⁴¹. Siguiendo la concepción citada, nuestra Ley Suprema se refiere a ellos en el Art. 5 Inc. 2°, identificándolos como *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*. Así, entre ellos podemos

⁴¹ NACIONES UNIDAS. Derechos humanos [en línea]. [Consulta: 15 de mayo 2019]. Disponible en: <<https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>>

encontrar el derecho a la vida, a la libertad, al trabajo y, en general, a cualquiera que se desprenda del hombre por el solo hecho de serlo, y que tienda a reconocer su dignidad.

De acuerdo a las líneas trazadas, podríamos incluir el derecho a una pensión digna dentro de los derechos humanos. Fundamentamos la idea formulada por la estrecha relación existente entre la subsistencia misma y la seguridad social, pues para vivir es menester contar con los medios materiales que lo permitan. Adicionalmente, creemos que otorgar las prestaciones suficientes al adulto mayor lleva envuelto un reconocimiento al aporte por ellos realizado.

Pero el hecho de ser un derecho humano no asegura que los órganos del estado tengan el deber de promoverlos, sino en la medida en que se encuentren garantizados por nuestra Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Mas el tratamiento dado a la seguridad social en nuestra Constitución Política, en el Art. 19 N°18, se limita a garantizar el mero acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, por lo que una mirada superficial a la normativa aplicable al asunto tratado en este trabajo daría por resultado deducir que nuestra Carta Fundamental no garantiza la pensión digna, y en consecuencia, no le sería aplicable a los jueces el deber de promover dicho derecho. Sin embargo, no debemos olvidar que el aludido Inc. 2° del Art. 5° de nuestra Ley Suprema se remite no solo a los derechos garantizados por nuestra Constitución, sino que también a los resguardados por tratados internacionales, con la condición de que hayan sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Por tanto, examinaremos los instrumentos en cuestión.

3. Tratados Internacionales que garantizan la seguridad social.

Un hito en la lucha por la defensa de los derechos humanos lo constituye la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, elaborada por Naciones Unidas y adoptada por su asamblea general en 1948, que viene a ser la respuesta de la comunidad internacional a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y, en especial, al sistemático atropello de dichos derechos por los estados totalitarios. Más allá del innegable avance que significa en el derecho internacional, tiene una importancia de primer orden en lo atinente a la protección de la seguridad social. En efecto, el Art. 22 del citado instrumento consagra el derecho a la seguridad social en los siguientes términos: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*.

Otro paso relevante en la protección de la seguridad social, a nivel internacional, lo constituye el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas** en diciembre de 1966 y suscrito por Chile en septiembre de 1969, que en su Art. 9 expresa que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”*.

Asimismo, podemos citar la **Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979 y promulgado por Chile en octubre de 1989, que viene a reforzar, entre otras materias, los compromisos del Estado

chileno en materia de seguridad social, esta vez con énfasis en la eliminación de diferencias arbitrarias entre los sexos. Así, en su Art. 11 literal e), consagra que: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;”*.

Es del caso recalcar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

Si bien es cierto que el derecho humano vendría siendo la pensión y no la cotización, pues esta última tiene la naturaleza jurídica de obligación, no podemos pasar por alto el vínculo que hay entre ambas. Ciertamente, entre otros factores, es el cumplimiento de la obligación lo que permite acumular en la cuenta de capitalización individual respectiva un monto suficiente para obtener una pensión digna, que es el derecho.

4. ¿Es exigible al Estado este derecho “social”?

Lo referente a la seguridad social, contenido en los tratados, es lo que parte de la doctrina especializada denominaría *derecho relativo*, pues al igual que todo derecho social depende de los recursos del Estado para satisfacerlos. Humberto Nogueira, al describir este concepto, señala que *“Una perspectiva clásica de los*

derechos económicos, sociales y culturales plantea que ellos son relativos, en cuanto son de naturaleza prestacional y, por tanto, dependen de los recursos económicos del Estado para su realización, por lo que se presentan como normas programáticas o aspiraciones colectivas o fines plasmados en la norma constitucional, dependiendo de la situación específica de desarrollo relativa y situación económica de cada Estado, por tanto, tienen un carácter relativo, ya que la capacidad económica financiera de los países puede sufrir variaciones. Este sector de la doctrina considera que los derechos económicos, sociales y culturales constituyen parte de la política social que realizan los gobiernos dependiendo de los procesos económicos financieros del Estado, por lo que carecen de garantías efectivas⁴².

Sin embargo, creemos que podemos objetar la visión clásica de los derechos “sociales”. En esta línea, y siguiendo a Humberto Nogueira, afirmamos que “No es así efectivo que exista una diferencia estructural básica de los derechos sociales como derechos prestacionales que implican acción positiva del Estado y gastos, frente a los derechos individuales como derechos de libertad y gratuidad, todos los derechos exigen fuertes desembolsos a los estados, todos los derechos individuales requieren para su aseguramiento que el Estado desarrolle un sistema de orden público, de tribunales que administren justicia, lo que no es gratis, ya que constituyen bienes públicos financiados por el Estado. La protección de la integridad física y psíquica, del derecho a la honra y la vida privada, implican una infraestructura judicial, policial, que son financiados con recursos públicos... Todos los derechos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas,

⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, Pág. 11. [En línea]. Estudios constitucionales, Año 7, N° 2, 2009. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [2009]. [Fecha de consulta: 23 de marzo 2019]. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>>

*negativas y positivas, de abstención y de prestación. No hay argumento válido para establecer una diferencia de naturalezas en esta materia entre derechos individuales y derechos sociales. Tanto los derechos individuales y sociales implican bienes públicos y costos públicos, sin perjuicio de eventuales tasas, aranceles que deban cancelar quienes son beneficiados por dichas prestaciones*⁴³. Pero incluso si seguimos a la doctrina clásica, y consideramos que la distinción entre derechos sociales e individuales es un criterio rector válido para determinar si un derecho es exigible o no a un Estado según los recursos de este, podemos convenir en que la situación analizada en la presente tesis, o sea, los equivalentes jurisdiccionales que se presentan al juez para su aprobación y que tienen por objeto poner fin al litigio laboral pagando el empleador al empleado una cantidad de dinero sin que se destine suma alguna al pago de cotizaciones adeudadas no obstante haberse demandado tales prestaciones, no suponen en modo alguno un gasto desproporcionado para el Estado chileno, aunque ello implique un examen más profundo por parte del juez con el fin de cerciorarse que no se esté eludiendo la obligación de cotizar. Podemos señalar como argumentos para defender lo planteado el hecho de que una revisión exhaustiva de los antecedentes de la causa no conlleva el inicio de un nuevo juicio, sino que dentro del ya iniciado se procede a la revisión del acuerdo presentado por las partes, y, además, no se requiere que nuevos actores intervengan, salvo la eventual participación de la AFP respectiva.

Entonces, de acuerdo a lo planteado y, siguiendo el mandato contenido en el Art. 6 de nuestra Constitución concordado con su Art. 5° Inc. 2°, **podemos inferir que los jueces, en cuanto órganos del Estado, deben someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella, por lo que no pueden omitir su deber de promover la seguridad social, en cuanto la entendemos como un derecho humano.** Por consiguiente, es censurable la aprobación que

⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ. Op. cit. Pág. 12.

realizan los jueces del trabajo respecto de equivalentes jurisdiccionales en que se pueda estar eludiendo la obligación de cotizar

Por lo tanto, podemos sostener la misma premisa, remitiéndonos tanto al derecho interno como a los instrumentos internacionales, a saber, la irrenunciabilidad de la cotización, pues indirectamente se está afectando a la pensión, que es el derecho. Curiosamente, en ambos casos es un Inc. 2° de un Art. 5° el punto de partida al razonamiento expresado, en un caso es el Art. 5° inc. 2° del Código del Trabajo y en otro el Art. 5° inc. 2° de nuestra Carta Fundamental.

CAPÍTULO

IV

Equivalentes jurisdiccionales como instrumento en la disposición de derechos previsionales.

1. Antecedentes.

Previo a adentrarnos en el análisis de los equivalentes jurisdiccionales, así como a su descripción y clasificación, resulta de especial relevancia dejar por sentado que, por supuesto, la sentencia no es el único medio para resolver conflictos que se hayan puesto en conocimiento del aparataje judicial y, por consiguiente, ésta tampoco se transforma en el único mecanismo posible para ejercer jurisdicción. Sobre esta base, es que los equivalentes jurisdiccionales desempeñan un rol específico en el ordenamiento jurídico y que, en definitiva, no es otro que el de reemplazar a la sentencia judicial.

2. Equivalentes Jurisdiccionales. Conceptos y características.

Los equivalentes jurisdiccionales no cuentan con una definición jurídica, sin embargo, podemos decir que son aquellos actos procesales destinados a resolver conflictos de relevancia jurídica con autoridad de cosa juzgada y sin necesidad de recurrir entonces a una sentencia.

Asimismo, los equivalentes jurisdiccionales también se conocen como aquellos actos, que sin haber sido originados en el ámbito de la jurisdicción de los tribunales de justicia, terminan por resolver un conflicto jurídico específico con consecuencias iguales a las que provoca una sentencia judicial dictada por el órgano jurisdiccional correspondiente.

Existe una variedad de equivalentes jurisdiccionales, los que a su vez, en razón de sus características y efectos, pueden ser utilizados para solucionar distintos tipos de controversias de índole jurídica y en diversas materias de nuestro ordenamiento. Forman parte de este grupo la transacción, la conciliación, el avenimiento, etc. que son aquellos que analizaremos brevemente a continuación.

2.1. La Transacción.

Se encuentra definida en el artículo 2446^o de nuestro Código Civil que establece que *“...es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.*

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

Por su parte, Cristian Maturana la define como *“un método autocompositivo de carácter bilateral y no asistido, destinado a precaver un litigio eventual o poner término a un litigio pendiente, haciéndose las partes concesiones recíprocas”*.⁴⁴

De este modo, la Doctrina comprende como “pendiente” aquel momento en que las partes deciden ponerle término al juicio a través de este mecanismo y como “eventual” aquel instante en que las partes, antes de ir a juicio, deciden celebrar este tipo de contrato para poner fin a sus diferencias de carácter jurídico.

⁴⁴ MATURANA MIQUEL, Cristian. Derecho Procesal Orgánico. Tomo I, Parte General. Santiago, Chile: Universidad de Chile, 2015. p 5.

Es importante señalar que la transacción exige como elemento esencial de la misma, el hecho de que las partes efectivamente realicen concesiones recíprocas. Es por ello que, deja de tener sentido renunciar a un derecho en favor de otro que no tiene interés en disponer del mismo.

2.1.1. Características.

- Bilateral; porque las partes contratantes se obligan recíprocamente.⁴⁵
- Oneroso; porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.⁴⁶
- Principal; porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención.⁴⁷
- Procesal; porque cumple con la función de impedir el inicio de un proceso judicial o de terminar uno ya iniciado.
- Directo; porque depende exclusivamente de las partes que lo celebran, tratándose entonces de un medio de autocomposición de conflictos en el que sólo se transan derechos de los que las partes tienen disposición.
- De concesiones recíprocas; porque de no existir éstas se trataría de una renuncia.

⁴⁵ Código Civil. Artículo 1439º.

⁴⁶ Código Civil. Artículo 1440º.

⁴⁷ Código Civil. Artículo 1442º.

- Capacidad de ejercicio; porque sólo puede transigir aquella persona que tenga facultad de disposición de los objetos comprendidos en la transacción.⁴⁸
- Cosa juzgada; porque produce este efecto en última instancia.⁴⁹ Además opera como excepción que el ejecutado podría ejercer.⁵⁰
- Constituye Título Ejecutivo.⁵¹

En algunos casos, la transacción debe ser aprobada por el juez que ha conocido de la causa, como sucede, por ejemplo, en Derecho de Familia y, como veremos, en Derecho del Trabajo.

2.2. La Conciliación.

No cuenta con una definición legal, sin embargo, desde una perspectiva doctrinal, Cristian Maturana establece que la conciliación *“es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente”*.⁵²

⁴⁸ Código Civil. Artículo 2447º.

⁴⁹ Código Civil. Artículo 2460º.

⁵⁰ Código del Trabajo. Artículo 470º.

⁵¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 434º numeral 1 y Código del Trabajo artículo 464º numeral 2.

⁵² MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p 7.

Por su parte, Juan Colombo ha señalado que se trata de un “*acto jurídico procesal bilateral, en virtud del cual, las partes, a iniciativa de un juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo*”.⁵³

2.2.1. Características.

- Bilateral; porque las partes contratantes se obligan recíprocamente.⁵⁴
- Procesal; porque, por regla general, produce sus efectos dentro del proceso, tal como sucede, y de un modo obligatorio, con la conciliación judicial.
- Indirecto; Intervención de un tercero que debe cumplir con la función de proponer a las partes aquellas alternativas que les permitan alcanzar un acuerdo entre ellas. Específicamente en el ámbito judicial, la ley no establece limitación de ocasiones dentro de un juicio en las que el juez pueda actuar como amigable componedor sugiriendo nuevas propuestas de acuerdo. Es decir, nada impone al juez que sólo se efectúe un trámite de conciliación en un proceso judicial.
- Trámite esencial y obligatorio; porque de omitirse en un juicio dará lugar a la posibilidad de que la contraparte interponga un Recurso de Casación en la Forma o un Recurso de Nulidad según sea el caso.
- Termina con el juicio.

⁵³ COLOMBO CAMPBELL, Juan. La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Primera edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991. p 16.

⁵⁴ Código Civil. Artículo 1439º.

- Cosa juzgada; porque es la ley la que le otorga el carácter de sentencia ejecutoriada en el desempeño de su función como equivalente jurisdiccional.⁵⁵
- Constituye Título Ejecutivo.⁵⁶

2.3. El Avenimiento.

No tiene un concepto legal, pero Cristian Maturana lo ha definido como *“un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y no asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente”*⁵⁷ y Juan Colombo como *“el acuerdo que logran directamente las partes, en virtud del cual le ponen término a su conflicto pendiente de resolución judicial, expresándose así al tribunal que está conociendo de la causa”*.⁵⁸

Entonces, entendemos que el avenimiento es un trámite que se da dentro de un juicio, sin embargo, las partes llegan a un acuerdo fuera de éste con el objeto de concluirlo, motivo por el cual, para que pueda generar sus efectos, debe ser aprobado por el juez que ha conocido del conflicto.

2.3.1. Características.

⁵⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículo 267º y Código del Trabajo. Artículo 453º numeral 2.

⁵⁶ Código de Procedimiento Civil. Artículo 434º numeral 1.

⁵⁷ MATURANA MIQUEL, Cristian. Op. Cit. p 6.

⁵⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Op. Cit. p 20.

- Bilateral; porque las partes contratantes se obligan recíprocamente.⁵⁹
- Directo; porque depende exclusivamente de las partes que lo celebran, y la participación de un tercero, sólo se da para efectos aprobatorios y de manera posterior a que el acuerdo haya sido alcanzado.
- Termina con el juicio.
- Cosa juzgada; porque es la ley la que le otorga el carácter de sentencia ejecutoriada en el desempeño de su función como equivalente jurisdiccional.⁶⁰
- Constituye Título Ejecutivo.⁶¹

⁵⁹ Código Civil. Artículo 1439°.

⁶⁰ Código de Procedimiento Civil. Artículo 267° y Código del Trabajo. Artículo 453° numeral 2.

⁶¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 434° numeral 1 y Código del Trabajo. Artículo 464 numeral 2.

2.4. Breve paralelo entre los equivalentes jurisdiccionales descritos:

Equivalente Jurisdiccional	Características		
Transacción	Bilateral	No asistido	Judicial y no judicial
Conciliación	Bilateral	Asistido	Por regla general, Judicial
Avenimiento	Bilateral	No asistido	Judicial

3. Aplicación y Eficacia de Equivalentes Jurisdiccionales en materia laboral.

3.1. Aplicación.

Para que los equivalentes jurisdiccionales puedan ser aplicados en el área laboral, es importante que éstos cumplan con una condición que bien podríamos posicionar como un insoslayable requisito de validez con el que debe cumplirse para que a éstos les sea posible producir los efectos jurídicos esperados.

Este requisito dice relación con el hecho de que el equivalente jurisdiccional, cualquiera sea éste, debe atenerse, en primer término, a una de las más importantes -si no la principal- función del Derecho del Trabajo, cual es la protección de los trabajadores.

Por lo tanto, ha sido sobre esta base, que tanto la ley como la doctrina, e incluso la jurisprudencia, han establecido y ratificado la existencia de ciertos aspectos de carácter irrenunciable, justamente, con la finalidad de brindar a los trabajadores un espacio de seguridad garantizado al que ni siquiera éstos tengan acceso para modificarlo, reducirlo o renunciar a éste.

De este modo es que se configura el Principio de Irrenunciabilidad en materia laboral, consagrado en el inciso segundo del artículo 5º de nuestro Código del Trabajo que establece: *“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”*.

3.2. Eficacia.

En el caso de la transacción como equivalente jurisdiccional, la doctrina ha considerado que ésta comienza a producir sus efectos *dependiendo del instrumento en el que conste y, por supuesto, si ésta ha sido aprobada judicialmente*.

3.3. Beneficios de su aplicación. ¿Por qué ambas partes, tanto el trabajador como el empleador, se inclinan por celebrarlo?

La respuesta para esta interrogante bien podría resumirse a una sola palabra, y esta es: “Inmediatez”.

Inmediatez en el caso del empleador, quien, por regla general, querrá evitar o concluir cualquier judicialización de algún conflicto que lo involucre como parte

demandada, pagando para ello, por supuesto, la menor cantidad de dinero posible.

Por su parte, la inmediatez en el caso del trabajador que eventualmente demanda a su empleador con la finalidad de que se reconozca la relación laboral entre ellos, generalmente se ve reflejada en su decisión de apresurar el resultado del juicio obteniendo a costa de ello una utilidad menor que la cuantía del mismo, con el objeto de asegurar el hecho de recibir una suma de dinero previamente acordada con la contraparte, de forma segura y, por sobretodo, bastante más rápido de lo que sería esperar el resultado de un proceso que además puede resultarle desfavorable.

Incluso, la idea de inmediatez puede observarse en el rol ejercido por el tercero imparcial que cumple con la función de ejercer jurisdicción, lo que se manifiesta al menos desde dos puntos de vista.

En primer término, *es la misma ley la que le impone al juez realizar un llamado a conciliación –considerada esta última como trámite esencial- con la finalidad de que las partes lleguen a un acuerdo que eventualmente permita terminar con la tramitación del juicio.* En otras palabras, el legislador entrega al juez un instrumento del que obligatoriamente debe hacer uso, para que el proceso tenga oportunidad de ser concluido a la brevedad. Por consiguiente, podemos desprender de lo anterior que la ley no sólo aprueba el hecho de terminar rápido los procesos judiciales, sino que, además, lo fomenta.

En segundo término, considerado desde un enfoque más práctico, es absolutamente lógico pensar que para todo juez –incluidos en este grupo aquellos que ejercen como tales en juzgados del trabajo-, la posibilidad de terminar con un

juicio de manera más rápida y eficaz, sin necesidad de pasar por todos los trámites que éste involucra hasta llegar a la sentencia, resulta muy atractiva dada la importante cantidad de carga laboral que regularmente éstos tienen.

3.4. Perjuicios de su aplicación. Efectos negativos como consecuencia de su utilización como acto procesal que reemplaza a la sentencia judicial.

Con la misma idea que utilizáramos en el punto anterior, creemos que la palabra precisa que no sólo manifiesta la posibilidad cierta de producir algún grado de perjuicio, sino que, además, su ejercicio puede ir en contra de la ley, es la “Renunciabilidad”; concepto que ya hemos explorado bastante en anteriores capítulos de este trabajo y que en este caso surge de la siguiente manera:

El hecho de celebrar un acuerdo mediante un medio autocompositivo de conflictos, en ningún caso presume la existencia de algún requisito que podríamos llamar de validez, vinculado con la presencia de ciertas temáticas que en éstos deban ser consideradas. Más allá de las prestaciones recíprocas ya mencionadas que impone la transacción, no se observa otra condición.

En definitiva, no es un requerimiento de este tipo de instrumentos el hecho de que se haga mención expresa del pago de cotizaciones previsionales que debiera tener como último destino la AFP que administre la cuenta individual del trabajador en cuestión. Es decir, al acordar entre las partes el pago de una suma de dinero utilizando como medio un acto procesal de los antes descritos, generalmente, no se observa estipulación que aborde este asunto.

Por su parte, no existe norma expresa que obligue al juez *-así como le impone realizar el trámite de la conciliación judicial-*, a cerciorarse o constatar que efectivamente el acuerdo celebrado incluya un acápite que trate acerca de las cotizaciones previsionales del trabajador, su estado actual, si se encuentran pendientes de pago o no, y si lo están, cómo y cuándo esta obligación sería extinguida. Menos aún incorpora –porque la ley nada dice al respecto- que al menos un porcentaje de la suma de dinero pactada entre las partes tenga que tener como destino la cuenta individual del trabajador.

Y es aquí donde la cotización, que como ya hemos visto, se considera un derecho de carácter irrenunciable -e incluso una obligación de carácter legal, que como tal, ni siquiera debiera admitir un análisis basado en la posibilidad de renunciar a ésta porque la obligación per se es irrenunciable, de lo contrario, entendemos que dejaría de ser tal-; surge en esta situación específica como una excepción evidente de la que nada ni nadie –incluyendo al legislador en este grupo- parece dar mayor explicación.

De esta forma, el juez cumple con lo mandado por la ley acogiendo y/o aprobando el medio autocompositivo de resolución de conflictos celebrado por las partes, pero generando con ello cosa juzgada, pese a que por el sólo hecho de no hacer referencia a las cotizaciones previsionales en el mismo, el trabajador estaría renunciando tácitamente a su derecho – obligación de cotizar, “a vista, paciencia” y, en este caso, aprobación por parte del juez.

Por lo tanto, y a modo de resumen, a través de estos mecanismos de autocomposición celebrados por las partes, sean estos judiciales o extrajudiciales, que deban pasar por la aprobación del juez del tribunal laboral respectivo para generar sus efectos, permiten la renuncia al pago de las cotizaciones previsionales del trabajador efectuada tácitamente por éste.

4. Consecuencias derivadas de la renuncia a la cotización previsional.

Sin lugar a dudas, esta renuncia trae como consecuencia importantes efectos señalados brevemente a continuación:

Contra la ley; que establece la obligatoriedad de la cotización previsional en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Y esto es tan así, que las cotizaciones son también conocidas como “cotizaciones obligatorias”; es cierto que también puede considerarse como una razón para ello, la necesidad de diferenciarlas de las cotizaciones voluntarias como el Ahorro Previsional Voluntario (APV), pero en definitiva termina también por otorgarle este sentido de obligatoriedad en cuanto a que de no cumplirse existe el riesgo de una sanción.

Contra terceros; en este caso, la sociedad representada por el Estado, en virtud del principio de bien común al que constitucionalmente debe propender y garantizar, deberá hacerse cargo de aquellas personas que vayan a pensionarse pero que, sin embargo, la cifra de dinero ahorrada en su cuenta de capitalización individual no es suficiente como para conseguir hacerlo sin, al menos, un subsidio de parte del Estado si es que no estamos hablando de un pago por parte de éste de una pensión completa.

En primer término, y para efectos de comprensión, estimamos necesario considerar las siguientes hipótesis de juicio laboral.

- a) Trabajador que demanda la existencia de un vínculo laboral no reconocido por el eventual empleador sin existir tampoco otro tipo de relación reconocida (trabajador informal sin contrato de trabajo escriturado).
- b) Trabajador que demanda la existencia de un vínculo laboral no reconocido por el eventual empleador, pero existiendo otro vínculo sí reconocido (trabajador independiente).
- c) Trabajador con vínculo laboral reconocido que demanda porque los valores a pagar son inferiores a los reales.

5. Cosa Juzgada v/s Acción de Cobranza Previsional. Oponibilidad a Terceros.

5.1. La “Triple Identidad” de la Cosa Juzgada.

Tomando en consideración –como ya se ha señalado- que los tres tipos de medios autocompositivos descritos con anterioridad tienen la capacidad de generar cosa juzgada cumpliendo con los requisitos que la ley establece para ello, resulta importante señalar brevemente la forma mediante la cual ésta se configura. Y, en este sentido, habría que realizar una inmediata distinción entre acción de cosa juzgada y excepción de cosa juzgada. La doctrina conceptualiza a ambas indicando que, en el caso de la primera, se trata de aquella facultad que tiene la parte que ha obtenido algún derecho en el juicio de poder reclamarlo compulsivamente, mientras que la segunda, es aquella que puede ser ejercida cuando un asunto que ya ha sido resuelto pretende ser ventilado nuevamente en tribunales.

Si analizamos la excepción de cosa juzgada, inmediatamente habría que pensar en los elementos que copulativamente deben configurarla, a los cuales la doctrina ha denominado como “Triple Identidad” con motivo de la imprescindible concurrencia de tres tipos de identidades para que esta excepción tenga sustento y opciones ciertas de prosperar una vez interpuesta.

De este modo, la “Triple Identidad” requiere de los siguientes elementos copulativos:

1. Identidad legal de las Partes; referido a que éstas deben coincidir, deben ser exactamente las mismas.
2. Identidad legal del Objeto; referido al beneficio jurídico que se reclama.
3. Identidad de la Causa; referido al fundamento jurídico invocado, el cual, generalmente es la acción propiamente tal.

Como veremos, esta clasificación cobra una gran importancia porque la presencia de estos tres elementos determina la posibilidad de que un tercero pueda accionar con efectividad en un juicio posterior.

5.2. Existencia de dos juicios diferentes.

Para que la excepción de cosa juzgada tenga asidero, habría que dejar por sentado la existencia de dos juicios. El primero de ellos, ventilado en juzgados del trabajo y, el segundo, en juzgados de cobranza laboral y previsional, procesos que

a su vez, deben tener relación a través de la triple identidad señalada, es decir, mismas partes, mismo objeto y misma causa. Si alguna de estas identidades no se presenta en el segundo juicio, la excepción de cosa juzgada no debiera ser acogida por el juzgado de cobranza laboral y previsional respectivo y, por consiguiente, un tercero, como para estos casos son las Administradoras, puede, e incluso debe –porque la ley lo obliga- accionar en contra del empleador cuya relación laboral con el trabajador se encuentre reconocida, con la finalidad que el demandado complete el pago de las cotizaciones del cotizante.

Entonces, hemos determinado la presencia de un primer juicio, que como señalamos, se conoce en un tribunal laboral, cuyas partes intervinientes generalmente son el trabajador por un lado y el empleador por el otro. Asimismo, proyectamos la existencia de un proceso distinto iniciado en un juzgado de cobranza laboral y previsional, cuyas partes intervinientes generalmente son el tercero interesado (AFP) por un lado y el empleador por el otro.

Por consiguiente, y en estricto rigor, en el segundo juicio no sería posible configurar cosa juzgada con motivo de la falta de un elemento esencial para que ésta se propicie, como es, la identidad de las mismas partes. De este modo es que cualquier AFP, no sólo tiene la opción de perseguir el pago de cotizaciones adeudadas a un trabajador que se encuentre afiliado a ésta, sino que además, tiene la obligación de hacerlo.

Con esto, dejamos en claro entonces que para este caso el tercero puede y debe accionar sin que exista el impedimento de la cosa juzgada que pueda obstaculizar -o derechamente impedir- alcanzar estos fines.

Sin embargo, se presenta una problemática importante cuando el trabajador demanda en sede laboral, por ejemplo, por despido injustificado, y termina haciendo uso de un medio autocompositivo de conflictos de los ya descritos, en los que establece con su contraparte el hecho de no haber tenido jamás un vínculo laboral entre ellos y que el dinero que el “*supuesto empleador*” paga al “*supuesto trabajador*” como consecuencia derivada de la celebración de este acto, es atribuido a un concepto de término de conflicto más que a otra razón, sin que se haga referencia al pago de cotizaciones de parte del empleador porque en el mismo instrumento se está indicando expresamente la inexistencia de vínculo laboral. Lo cual, dependiendo del equivalente jurisdiccional del que se haya hecho uso, es acogido o aprobado por el juez, sin que se haga mención expresa de algún monto de esta cifra cuyo destino deba –o al menos pueda- dirigirse a la cuenta individual previsional del trabajador en cuestión, repercutiendo finalmente también en que la AFP se vea imposibilitada de recurrir ante el tribunal respectivo cuando a ésta le corresponda hacerlo porque es el mismo trabajador – afiliado quién ha reconocido la inexistencia de un vínculo laboral y, por consiguiente, la imposibilidad de ejercer cualquier tipo de acción de cobro a la AFP a la que dicho trabajador se encuentre afiliado.

Dado este escenario, inmediatamente debieran surgir algunos cuestionamientos que a continuación indicamos:

¿Por qué el tribunal acoge o aprueba un acuerdo celebrado entre el “supuesto trabajador” y el “supuesto empleador”, cuyo principal objetivo es la negación de una relación laboral entre éstos, tomando en consideración que el “supuesto trabajador” dio inicio al proceso ejerciendo su derecho de interponer una demanda por despido injustificado?

Si se celebra un acuerdo entre el “supuesto trabajador” y el “supuesto empleador”, cuyo principal objetivo es la negación de una relación laboral entre éstos ¿no debiera entonces declararse incompetente el juzgado del trabajo respectivo?

5.3. Oponibilidad a terceros.

Ahora bien, no deja de tener un importante grado de relevancia el hecho de que independientemente de que las partes no sean las mismas en el primer juicio y en el segundo, los hechos fijados en el primero, pese a no haber cosa juzgada, determinan lo sustancial de lo tratado en el segundo.

Además, si la acción que ejerce el tercero (AFP) en el juzgado de cobranza laboral y previsional es propia de este actor, como hemos señalado, no habría cosa juzgada, pero los hechos conocidos en el primer juicio seguido ante el juzgado del trabajo correspondiente, que serían aquellos que son propios del trabajador, sí determinarían los hechos del segundo, por consiguiente, la AFP se vería obligada a requerir el pago de cotizaciones por el monto indicado en el primer proceso.

CONCLUSIONES

Ut supra, en los tres primeros capítulos de esta memoria hemos analizado diversos textos legales y tratados internacionales que dan sustento y refrendan nuestra tesis, esto es, que las cotizaciones previsionales son irrenunciables y no se puede disponer de éstas directa ni indirectamente, puesto que arribar a otra conclusión significaría desobedecer el tenor literal de la ley y darle mayor valor a la autonomía de la voluntad que a la omnipotencia de la ley, en circunstancias que debería primar ésta cuando hablamos de protección al trabajador, y por cierto, tras siglos de avances en materia laboral, sería borrar con el codo lo que se escribió con la mano.

Y es que no puede ser de otra manera, cuando tenemos a la vista la abundante legislación que existe al respecto y nos lleva al convencimiento de la irrenunciabilidad, además, por cierto, de la *ratio legis* que implicó establecer la indisposición de las cotizaciones previsionales. A partir de una perspectiva histórica, lo que implicó la mutación de régimen y el cambio gradual de las proliferantes Cajas de Previsión a la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, fue precisamente hacer más sustentable en el tiempo el sistema de pensiones y tutelar los derechos de los trabajadores.

Abundantes son los motivos que nos llevan a tales aserciones, por lo que es menester referirnos a ellos en un orden, no necesariamente de prelación.

En primer término, desde un punto de vista jurídico, el Decreto Ley 3.500 del año 1980 versa sobre materias de seguridad social, por lo que ineludiblemente es de naturaleza laboral, de modo tal que concordado el inciso segundo del artículo 5 del nuestro Código del Trabajo con el inciso primero del artículo 17 del Decreto en comento -al que *ab initio*, nos referimos, por lo que lo damos por reproducido- la cotización es irrenunciable en tanto obligación, cuanto como derecho, que es su

contrapartida. Es por ello que a la prestación que recibirá el trabajador por cumplir con la obligación, al ser un derecho consagrado en una ley laboral, no puede renunciarse mientras subsista la relación laboral. Sorteado esto, no podemos dejar de mencionar que cuando la relación laboral termina por despido del trabajador por parte del empleador, sin que se hayan pagado las cotizaciones previsionales, por vigor del inciso quinto del artículo 162 del Código del Trabajo, el incumplimiento del empleador con la obligación de carácter legal que tiene como agente retenedor enerva la eficacia de su propia resolución en cuanto a poner término al contrato de trabajo, por lo que éste mantiene su existencia y vigencia. Así las cosas, es que, *a fortiori*, nos es posible afirmar que las cotizaciones previsionales son indisponibles para el trabajador.

Siguiendo el mismo criterio jurídico, el inciso primero del artículo 19 del Decreto Ley 3500 prescribe que es obligación del empleador declarar y pagar las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, por lo que es posible desprender que la intención del legislador es que el trabajador dependiente no accediera libremente a parte de sus ingresos que deban ser destinados al pago de sus cotizaciones, lo que nos parece completamente razonable, habida consideración de la posición desigual y de subordinación en que se encuentra la gran parte de los trabajadores dependientes. Por lo mismo es que pareciera un contrasentido pensar que por una parte el legislador estableciera que sean irrenunciables las cotizaciones previsionales y que, acto seguido, autorice al trabajador a disponer *ad limitum* de sus cotizaciones previsionales. En adición a lo anterior, es preciso tener presente que el artículo 12 del Código Civil habilita a toda persona a renunciar a un derecho, pero siempre que no se encuentre prohibido por la ley y que sólo mire al interés individual del renunciante.

Con respecto a que no se encuentre prohibida por la ley la renuncia de las cotizaciones previsionales, es de fácil despacho y no resiste mayor

cuestionamiento ni análisis; el inciso segundo artículo 5 del Código del Trabajo es bastante prístino al respecto, por lo que no da lugar a dudas su prohibición. Sin embargo, es menester extendernos sobre si el derecho a que renuncia el trabajador mira a su sólo interés individual. Para ello debemos remitirnos al inciso tercero del artículo 19 número 18 de la Constitución cual prescribe que “La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.” En tal sentido, el Estado compromete recursos destinados a subsidiar o financiar, derechamente, pensiones solidarias, entre otras, a quienes cumplan los requisitos establecidos en la ley, ello significa que se destinan recursos a seguridad social en detrimento de otras partidas del presupuesto nacional. Es por lo tanto algo que afecta al Estado y, en general, a todos los contribuyentes quienes indirectamente financian tal gasto. Bajo esta lógica nos parece que menos aún haya asidero una tesis contraria como sería la disponibilidad de las cotizaciones previsionales por parte del trabajador, pues su renuncia no mira a su sólo interés individual, sino que al de la sociedad representada por el Estado.

Adicionalmente, llama la atención y confirma también nuestra tesis, el hecho de que en el artículo 5 de la Ley 17.322 el legislador enumera la oposición que puede aducir el empleador, frente al cobro judicial de las cotizaciones previsionales, entre las cuales no está la transacción, aún cuando se remite al artículo 464 del Código de Procedimiento Civil que sí las contempla, por lo que es dable inferir que no es eficaz un equivalente jurisdiccional en el cual se dispuso de cotizaciones previsionales.

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, por el cual el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por

esto, que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, entre los que podemos hacer mención al artículo 22 de la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas del 1948 que consagra el derecho a la seguridad social, cosa que igualmente por su parte hizo el Pacto Internacional de Derechos Económicos en su artículo 9. En consecuencia, nos parece un despropósito concluir que los tribunales laborales, en cuanto órganos del estado, tengan la facultad de aprobar equivalentes jurisdiccionales que pongan fin a un litigio en que se discutió la existencia misma de la relación de trabajo, así como de cotizaciones impagas, mientras no se destine el debido porcentaje del monto a pagar al trabajador a la cuenta de capitalización individual de este, sobre todo cuando el juez no ha agotado los esfuerzos por cerciorarse acerca de la naturaleza del vínculo entre los sujetos del juicio, no obstante existir indicios de relación de subordinación y dependencia, pues con ello no se respeta ni se promueve tal derecho a la seguridad social, sino todo lo contrario.

Además, no debemos desatender la naturaleza del sistema de ahorro previsional, a saber, capitalización individual. Este sistema, tal como su creador, a través de una analogía -poco feliz y rayana en lo caricaturesco- comparaba con un Mercedes Benz⁶², necesita bencina para funcionar, haciendo las veces de combustible el dinero que va ingresando al fondo de capitalización individual del trabajador, por lo que es menester que se vaya alimentando, lo cual difícilmente se logrará mediante la disposición de las cotizaciones. Además, el propio el legislador da una nota clara de su intención, por medio de normas que nos permiten colegir la voluntad de que no puedan disponerse, v. gr. la progresiva restricción a

⁶² TORO, Paulina. "José Piñera: "El sistema de pensiones es un Mercedes Benz, es un auto extraordinario"" en: La Tercera digital. [en línea]: www.latercera.com
Disponibile en: <<https://www.latercera.com/noticia/jose-pinera-el-sistema-de-pensiones-es-un-mercedes-benz-es-un-auto-extraordinario/>>

renunciar a las cotizaciones previsionales en la operación renta de cada año. Entonces, admitir la disposición directa o indirecta de las cotizaciones previsionales por parte del trabajador, sería aceptar también que contamos con un legislador esquizofrénico, que por una parte incentiva el ahorro, o derechamente lo obliga, empero, acto seguido, desincentiva el ahorro y permite que el trabajador sea víctima de una explotación de sus necesidades.

A la postre, es preciso referirnos a los efectos de la renuncia de las cotizaciones previsionales por el trabajador. Para ello vamos a enfocarlo desde un aspecto constitucional y civil.

En el sentido esbozado, constitucionalmente el efecto que acarrea la aprobación de un equivalente jurisdiccional por parte del Juez de Letras del Trabajo, en el cual se dispone de cotizaciones previsionales, es el de la nulidad de Derecho Público, toda vez que de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República ⁶³ los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución

⁶³ Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7º.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o

y a las normas dictadas conforme a ella. Siguiendo esta lógica, el juez no tiene la facultad de aprobar la renuncia de derechos irrenunciables o, dicho de otra manera, cuya renuncia es proscrita por la ley, por lo que en virtud de la aprobación no está sino arrogándose derechos o autoridad que no se le han conferido expresamente por la Constitución o las leyes.

En tanto que, en el plano civil, la sanción o efecto que estimamos que produce la aprobación de equivalentes jurisdiccionales a través de los cuales se renuncia total o parcialmente a cotizaciones previsionales es la de nulidad absoluta, inclusive por partida doble, ello por cuanto las normas del Derecho Laboral son de Derecho Público, por lo que, al contravenirse, habrá objeto ilícito por aplicación del artículo 1462 del Código Civil en concordancia con el artículo 1682 del mismo cuerpo legal. A igual conclusión -nulidad absoluta- podemos llegar por aplicación del inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo, artículo 10, 1466 y 1682 del Código Civil, habrá objeto ilícito y, por tanto, nulidad absoluta, pues los actos prohibidos por la ley son nulos y de ningún valor, y constituyen objeto ilícito, el cual es sancionado con dicha nulidad.

Ahora bien, respecto a la titularidad de la acción de nulidad absoluta, debemos distinguir la situación de cada uno de los posibles titulares, recordando para estos efectos que, en concordancia con el Art. 1683 del Código de Bello, estos son: cualquier persona interesada en su declaración y el ministerio público. Además, debemos determinar la situación especial de la AFP y del trabajador que renuncia a las cotizaciones.

derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

En relación al primer titular, es decir, cualquier persona interesada en la declaración de nulidad, debemos precisar que, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, el interés debe reunir dos requisitos: debe ser pecuniario y actual, o sea, existir al momento de ejercer la acción. El primer requisito, esto es, que el interés sea avaluable monetariamente, se cumple casi respecto de cualquier habitante de la República, sobre todo teniendo en cuenta la calidad de contribuyente del fisco y de beneficiario de diversos programas sociales, pues los dineros para solventar el pilar solidario de la seguridad social emanan de las arcas fiscales. Sin embargo, el segundo requisito acota, a nuestro juicio, a quienes pueden ejercer la acción en cuestión, pues consideramos que el interés pecuniario no es actual, sino que eventual, ya que no es del todo seguro que quien elude la cotización vaya a ser en el futuro un beneficiario de prestaciones a cuenta del Estado por el solo hecho de incumplir esa obligación, pues ello podría ser consecuencia de un cambio en el sistema de pensiones que reemplace al actual sistema por otro similar al anterior de reparto, o incluso podría suceder que quien renuncia hoy a la cotización en el futuro perciba una remuneración que le permita contrarrestar lo que no haya cotizado en el pasado, etc. En definitiva, por no cumplirse ambos requisitos copulativamente, estimamos que no cualquier persona puede ser titular de esta sanción amparándose en el sólo perjuicio económico que la renuncia en cuestión le pueda causar.

En cambio, menos dificultad presenta el análisis del siguiente titular: el ministerio público. A este titular, a diferencia del anterior, no se le exige esgrimir un interés pecuniario ni actual, sino que se requiere que la declaración de nulidad se pida en interés de la moral o de la ley, y en nada riñe con la ley el exigir el pago de cotizaciones adeudadas, por el contrario, se ajusta a su letra y espíritu.

Enfocándonos en los casos especiales que anticipábamos, visualizamos que la titularidad del trabajador que renuncia a su cotización no se puede afirmar ni descartar fácilmente. Si nos atenemos al Art. 1683 del Código Civil deberíamos concluir que no podrá reclamar tal nulidad, pues según esta norma, puede solicitarla todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, situación en la que se encuentra el trabajador a consecuencia de la presunción de conocimiento de la ley contenida en el Art. 8° del cuerpo legal ya citado. Bien podría argumentarse que no es necesario entrar en mayor análisis teniendo en cuenta la norma de interpretación de la ley envuelta en el Art. 19 del Código de Bello, esto es, que *“cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*, y cabe señalar que el citado Art. 1683 está exento de ambigüedad. Sin embargo, no podemos dejar de hacer notar el siguiente contrasentido: cuando la ley prohíbe que el trabajador renuncie a sus cotizaciones no está sino afirmando que la autonomía de la voluntad está restringida en el derecho laboral, razón por la cual la doctrina especializada critica la aplicación, por parte de algunos tribunales, de la teoría de los actos propios en el derecho del trabajo; no obstante, por aplicación del Art. 1683 en comento, se estaría privando al trabajador de la acción de nulidad por un acto propio, acción que en este caso busca precisamente proteger la cotización, que si es irrenunciable.

La otra situación especial dice relación con la respectiva AFP. Descontados los demás actores, lo que resta entonces es la acción de nulidad de la cual es titular la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentra afiliado el trabajador, dado que tiene interés en ello, de carácter pecuniario y, es más, estaría obligada a perseguir el cobro de dichas cotizaciones declaradas y no pagadas, por expreso mandato legal contenido en el inciso 14 del artículo 19 del Decreto Ley 3500 del año 1980, concordado con la Ley 17.322 que regula la cobranza judicial de dichas prestaciones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones

a los empleadores que las adeuden. Sin perjuicio de lo anterior, reparamos en un inconveniente práctico ¿cómo se va a enterar la AFP correspondiente de las cotizaciones previsionales que se adeudan en casos de informalidad laboral? Estimamos que ello debería ser materia de *lege ferenda*, que los tribunales laborales sean obligados por ley a oficiar cada acuerdo a que se arribe a este respecto a las AFP correspondientes, a fin de que puedan impetrar las acciones judiciales correspondientes y obtener, en definitiva, el pago de las cotizaciones previsionales que contra ley fueran renunciadas.

BIBLIOGRAFÍA.

1.- Chile. Instituto Nacional de Estadísticas. “Compendio Estadístico 2017”, [En línea]. Santiago, Chile. Disponible en: <http://nuevoportal.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/compendio-estadistico-2017.pdf?sfvrsn=6>.

2.- Chile. Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.631, Impone Obligación de Pago de Cotizaciones Previsionales Atrasadas Como Requisito Previo al Término de la Relación Laboral por Parte del Empleador. Mensaje en Sesión 48. Legislatura 339. 29 de marzo, 1999. 5 p. disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=742&tipodoc=mensaje_mocion/

3.- Chile. Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.255, Establece Reforma Previsional. Mensaje en Sesión 109. Legislatura 354. 15 de diciembre, 2006. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5423/HLD_5423_0948d1af451123cf22b5db08a7adc19d.pdf

4.- COLOMBO CAMPBELL JUAN. La Jurisdicción en el Derecho Chileno. 1ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

5.- CORPORACIÓN CIEDESS. La seguridad social en Chile [en línea]. Santiago, Chile. 2010. Disponible en: https://www.ciedess.cl/601/articles-1066_archivo_01.pdf

6.- GONZÁLES CASTILLO, Joel. Pago de la compensación en los juicios de divorcio y nulidad con fondos de capitalización individual. [En línea]. Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 3, pp. 763 - 778 [2013]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v40n3/art02.pdf>

7.- ILLANES RÍOS, CLAUDIO. “Teoría del acto propio. Breves comentarios sobre su recepción en Chile”. [En línea]. En: Venire Contra Factum proprium. 2010. [Fecha de consulta: 10 de febrero 2019]. Disponible en: [http://www.uandes.cl/comunicaciones/Cuadernos de Extension Juridica/Cuaderno de Extension Juridica N18 Venire contra factum proprium.pdf](http://www.uandes.cl/comunicaciones/Cuadernos_de_Extension_Juridica/Cuaderno_de_Extension_Juridica_N18_Venire_contra_factum_proprium.pdf)

8.- MATURANA MIQUEL, Cristian. Derecho Procesal Orgánico. Tomo I. Parte General. Capítulo I. El conflicto y sus formas de solución. Santiago, Chile: Universidad de Chile. 2015.

9.- NACIONES UNIDAS. Derechos humanos [en línea]. [Consulta: 15 de mayo 2019]. Disponible en: <<https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>>

10.- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. [En línea]. Estudios constitucionales, Año 7, N° 2,

2009. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [2009]. [Fecha de consulta: 23 de marzo 2019]. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>>

11.- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Extinción de las obligaciones. 2019. [En línea]. [Fecha de consulta: 27 de marzo de 2019]. Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teoría-de-las-obligaciones/>

12.- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Teoría de la Ley e Interpretación de la Ley, Capítulo II, página 3. 2011. [en línea]: www.juanandresorrego.cl. 2019. [fecha de consulta: 25 de feb. de 19] Disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5207657171/civil1_teoría_de_la_ley_e_interpretacion_de_la_ley.pdf?t=1307320161>

13.- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1978.

14.- PUELMA LYON, Alberto. “Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe?”. [En línea]. En: Venire Contra Factum proprium. 2010. [Fecha de consulta: 8 de febrero 2019]. Disponible en: <http://www.uandes.cl/comunicaciones/Cuadernos_de_Extension_Juridica/Cuaderno_de_Extension_Juridica_N18_Venire_contra_factum_proprium.pdf>

15.- TORO, Paulina. “José Piñera: "El sistema de pensiones es un Mercedes Benz, es un auto extraordinario"” en: La Tercera digital. [en línea]:

www.latercera.com Disponible en: <<https://www.latercera.com/noticia/jose-pinera-el-sistema-de-pensiones-es-un-mercedes-benz-es-un-auto-extraordinario/>>