



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO

**LEY DE PROTECCIÓN AL EMPLEO (LEY N° 21.227)
OPORTUNIDAD DE REGULACIÓN ORGÁNICA DE LA SUSPENSIÓN
LABORAL POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR**

LUIS CARLOS MALCA CABALLERO

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

Profesor Guía: Reinardo Juan Gajewski Molina

Santiago, Chile

2022

A mi abuela, Clara Bertha Cánepa Balarezo, tan incrédula como respetuosa de la justicia de los hombres, por enseñarme, con su ejemplo, que mantener una conducta ética en la vida contribuye a imprimir justicia y responsabilidad a mis actos y decisiones.

A mi madre, Ada Michelle Caballero Cánepa, que me enseñó que la (in)justicia de los hombres puede llegar a quitarte la tranquilidad, pero jamás el decoro que acompaña proceder con la verdad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: Contexto y planteamiento	4
1.1. Contextualización.....	4
1.2. La suspensión laboral.....	5
1.3. La suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor.....	12
1.4. Oportunidad de regulación orgánica de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor.....	14
CAPÍTULO 2: La Ley de Protección al Empleo	18
2.1. Ley N° 21.227: faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales.....	19
2.1.1. Ámbito general de la ley.....	22
2.1.2. Suspensión de contrato de trabajo por acto de autoridad.....	26
2.1.3. Pacto de acuerdo de suspensión del contrato de trabajo.....	30
2.1.4. Pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo.....	31
CAPÍTULO 3: Planteamiento regulatorio	35
3.1. Legislación comparada.....	35
3.1.1. Caso colombiano: contexto pandémico, normativa específica y suspensión laboral.....	35
3.1.2. Caso español: contexto pandémico, normativa específica y suspensión laboral.....	42
3.2. Apuntes para una propuesta normativa.....	47
CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	59

INTRODUCCIÓN

La pandemia por Covid-19 configuró un contexto de cuarentenas preventivas y posteriormente o, en paralelo, cuarentenas obligatorias por acto de autoridad; esta circunstancia tuvo un gran impacto en el ámbito laboral, por la imposibilidad de desarrollar un cúmulo significativo de actividades económicas en las condiciones cada vez más restrictivas que impuso la autoridad sanitaria.

Si nos regimos por el ordenamiento jurídico laboral vigente, la solución que este nos entrega ante un contexto de **caso fortuito o fuerza mayor**, como el descrito, lo encontramos en el artículo 159 número 6 del Código del Trabajo, que para estos efectos lacónicamente señala: “el contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: ... 6.- Caso fortuito o fuerza mayor”. Sin embargo, el dictamen 1283/006, emitido por la Dirección del Trabajo el 26 de marzo del 2020, hace una aclaración relevante que será posteriormente recogida en el espíritu de la Ley N° 21.227 respecto a la *improcedencia* del “Caso fortuito o fuerza mayor” cuando este viene acompañado de un acto de autoridad como causal válida de terminación de contrato:

Se deja expresa constancia que, no obstante la suspensión laboral con motivo de la cuarentena, cordón sanitario o toque de queda, por ser considerados hechos de fuerza mayor, lo anterior no significa, necesariamente, que la causal de término del artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo resulte válidamente aplicable, teniendo esta última facultad una aplicación mucho más restrictiva en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de los principios de estabilidad en el empleo y continuidad en la relación laboral que nos rige. (Dictamen DT 1283/006, p.3)

Resulta interesante advertir que, cuando el dictamen que se cita se refiere a la suspensión laboral y al tratar de fijar un estándar más restrictivo al uso de la causal de caso fortuito o fuerza mayor para la terminación del contrato individual

de trabajo, lo hace recurriendo a principios generales, dado que nuestro ordenamiento no consagra orgánicamente a la institución de la suspensión laboral como ese momento intermedio en el ciclo de vida de un contrato en que los problemas no resultan insuperables para darle término, pero especiales condiciones hacen necesaria una pausa en las obligaciones recíprocas más relevantes reguladas por el contrato. Estas serían, para una de las partes, “prestar un servicio bajo dependencia y subordinación” y, para la otra, “pagar por estos servicios una remuneración”.

Como respuesta del Estado a la situación económica derivada de la pandemia, que se expresó en el cierre de empresas por período indeterminado y como consecuencia de ello la pérdida masiva de empleos, la Ley N° 21.227 viene a reglamentar la “suspensión laboral” en este contexto específico con cargo al seguro de desempleo; el nombre correcto de la norma legal es “Ley que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales”, puesto que permite que todos los que, total o parcialmente se acojan a ella, puedan acceder a los fondos del seguro de cesantía como si se encontraran en efecto cesantes, haciendo posible que las empresas y los trabajadores puedan “hibernar” durante esta pausa de seis meses inicialmente previstos por la autoridad y tras ello retomar la normalidad o bien resolver definitivamente la vinculación contractual que mantienen y que se hace imposible proyectar dado el contexto.

Al revisar la norma en comento, resulta muy esclarecedor el concepto de suspensión que décadas atrás entregara José Vida Soria y que, a continuación, se reproduce:

Suspensión es, pues, una vicisitud por la que puede atravesar el contrato, que en un determinado momento encuentra no cumplida la normal ejecución de las prestaciones objeto del mismo. Generalmente, en ese caso, los criterios de aplicación serían los extintivos del vínculo, en

consideración a su presumible inutilidad; sin embargo, y dentro de esa misma mecánica, aparece, como medida previa, y en determinados supuestos, la suspensión, que, dejando intacto el contenido virtual del contrato, da al presupuesto fáctico (la interrupción de la prestación) una solución provisional, que anula las posibilidades extintivas, produciendo, a su vez, una situación nueva en la vida del contrato, que es la suspensión en sí. Superadas en su momento las circunstancias que la producen, la vida del contrato o reanuda su normalidad o se ve abocada a soluciones ya de carácter puramente extintivo. (Vida Soria, 1965, p.251)

Atendidas las circunstancias descritas, **resultaría necesario regular orgánicamente la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor en el ordenamiento jurídico laboral chileno.** En el desarrollo de esta memoria se propone revisar en qué medida las leyes específicas promulgadas sobre la materia y las soluciones que proponen como excepcionales constituyen una oportunidad de regulación que se proyecte en el tiempo y consolide la institución de la suspensión laboral en circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, convalidadas por acto de autoridad, revisando sus implicancias en lo relativo a las obligaciones previsionales, y también la pertinencia o no de recurrir al seguro de cesantía de manera excepcional durante el período de suspensión.

CAPÍTULO 1

Contexto y planteamiento

1.1. Contextualización

Un médico de treinta y tres años, residente en la comuna de San Javier en la Región del Maule, que había regresado a Chile en un vuelo originalmente procedente de Singapur, fue internado en el Hospital Regional de Talca, donde se confirmó el 3 de marzo del 2020 que se trataba del primer contagiado de Covid-19. Este paciente constituyó el primer caso confirmado de una epidemia que venía cobrando miles de vidas en Asia y Europa, y que encontraba un país en condiciones ya alteradas, recuperándose muy tímidamente de los estragos de la cercana insurrección acontecida el 18 de octubre de 2019, conocida popularmente como “estallido social”, que amenazaba con reactivarse y que había significado la pérdida masiva de empleos y una íntima sensación, dependiendo de cada ciudadano y sus circunstancias, de miedo o esperanza por la construcción que surgiría tras la crisis en que, desde el último trimestre del 2019, el país se encontraba inmerso.

De esta manera se puede afirmar que el brote pandémico en Chile viene a superponer una crisis sanitaria a la crisis social y económica derivada de los sucesos de octubre de 2019, agudizando con particular crudeza las circunstancias económicas vinculadas a la subsistencia de los ciudadanos, pues semanas después de la confirmación de este primer caso y dentro del mes de marzo, la autoridad sanitaria adoptó como medida preventiva la cuarentena, que restringió la salida de los ciudadanos de sus domicilios para realizar las labores que les permitían sostener sus ya alicaídas economías familiares.

Esto se materializó a través del Decreto Supremo N° 104, promulgado el 18 de marzo de 2020, a través del cual se declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, que señala en sus considerandos siete y ocho:

7. Que, en Chile, hasta la fecha 238 personas han sido diagnosticadas con Covid-19.

8. Que, la experiencia internacional indica que existirá un aumento de los casos confirmados del referido virus en los próximos meses en nuestro país, que requiere la adopción de medidas excepcionales por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; así como al derecho a la protección de la salud establecidos en los numerales 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. (DS N°104 – 2020)

Las medidas excepcionales para las que habilitaba la dictación del estado de catástrofe fueron, entre otras, las cuarentenas totales selectivas como la inicialmente decretada en siete comunas de la Región Metropolitana desde el 26 de marzo del 2020; con el incremento de los casos y la consecuente presión sobre el sistema integrado de salud, se tornaron en cuarentenas totales de agrupaciones de comunas como aquellas que se extendieron por varias semanas en los momentos más álgidos de la pandemia en el curso de los años 2020 y 2021.

1.2. La suspensión laboral

La suspensión es, entonces, un intervalo pasivo del contrato, un paréntesis en su dinámica, la cesación justificada de la ejecución del contrato de trabajo que, sin afectar su subsistencia, exonera temporalmente al trabajador, y generalmente también al empleador, del cumplimiento de sus obligaciones esenciales. (Pasco Cosmópolis, 1997, p.481)

La definición de suspensión entregada por Pasco Cosmópolis, como la aportada por Vida Soria, que en extenso se ha citado en la introducción, inciden en el parangón del ciclo vital con el contrato de trabajo, y la suspensión viene a comportarse como una suerte de salvaguarda más o menos regulada,

dependiendo de cada ordenamiento, para hacer frente al período de vicisitudes que en su recorrido la relación contractual puede afrontar.

Asimismo, en las referidas definiciones, advertimos al menos dos características esenciales de la suspensión laboral: la primera es su temporalidad, este carácter de “intervalo”, de período finito que puede estar plenamente determinado o que su determinación dependerá de algún acto de autoridad, pero entendido en un contexto donde aplican condiciones que permiten algún nivel de certeza de término puesto que, de consolidarse la circunstancia que da origen a la suspensión e impedir de manera permanente las condiciones contextuales, el normal desenvolvimiento de la relación laboral podría configurarse más bien un escenario de término del contrato de trabajo.

La segunda característica es la interrupción o exoneración de las obligaciones principales para las partes; no sería exacto referirse en este punto a interrupción de prestaciones mutuas o exoneración de obligaciones principales de ambas partes, entendidas estas obligaciones principales derivadas del contrato de trabajo como: “prestar un servicio bajo dependencia y subordinación”, para una parte, y “pagar por estos servicios una remuneración”, para la otra. Puesto que se está analizando la figura de la suspensión laboral en términos amplios, englobando situaciones donde esta exoneración operaría solo para una de las partes y no necesariamente para la otra o también implicar, además de la interrupción de las obligaciones principales, el cese de obligaciones consideradas *laterales*, generalmente no afectadas por la suspensión laboral, y que serían, por ejemplo, el pago de cotizaciones previsionales. Pasco Cosmópolis (1997) señala: “No todas las obligaciones emergentes del contrato laboral cesan con carácter absoluto, sino solo las esenciales, que son rendir el trabajo como prestación y remunerarlo como contraprestación” (p.482).

En relación a las obligaciones laterales, conviene precisar que:

durante la suspensión el trabajador mantiene su condición de derechohabiente de la seguridad social; en su condición de beneficiario, debe otorgar todas las prestaciones que requiere en caso de sufrir alguna contingencia, y como contribuyente, en los casos de suspensión imperfecta, debe continuar abonando el aporte que legalmente le corresponda. (Pasco Cosmópolis, 1997, p.488)

En ese sentido, las más significativas obligaciones laterales del contrato de trabajo en Chile, son aquellas vinculadas a la afiliación legal de los trabajadores a instituciones de seguridad social, como las cotizaciones de salud, previsión, seguro de invalidez y sobrevivencia, y aportes al seguro de cesantía: subsisten, empero, no se detienen ni exoneran en ningún instante otros deberes, especialmente en la esfera ética, el llamado *contenido ético del contrato*: fidelidad, lealtad, confianza, respeto mutuo, etcétera. (Pasco Cosmópolis, 1997, p.482)

Una materia que reviste particular importancia cuando se aborda la suspensión laboral es la relativa a la subsistencia de lo que Pasco Cosmópolis caracteriza, con acierto, como el “contenido ético del contrato” y que evidencia precisamente la vitalidad de este convenio, puesto que al margen de la interrupción absoluta o relativa de las obligaciones principales, la relación jurídico-personal mantiene plena vigencia y en ese sentido la obligación de guardar secreto profesional o mantener la confidencialidad establecida en contrato por parte del trabajador; como los deberes de respeto, reserva de datos, cumplimiento y adopción de medidas derivadas de normas tendientes a la protección de los trabajadores y sus espacios de trabajo por parte del empleador, se deben mantener.

Asimismo, no cabe duda de que el principio pro-operario constituye una piedra angular en la configuración de los sistemas jurídico-laborales; en Chile, una expresión de ello es la excepción a la autonomía de la voluntad con los contratos reglados en el ámbito laboral que tienden precisamente a un equilibrio pro-

operario. La suspensión laboral, como institución, es también una expresión de este principio; al respecto Vida Soria señala:

(...) lo que el principio pro-operario ha traído es la consideración de que el contrato de trabajo es para el trabajador algo más que un simple vínculo jurídico: es realización práctica de ese difuso “derecho al trabajo” constitucionalmente impuesto y en definitiva su medio de subsistencia. De este modo la figura suspensiva ha aparecido, y cada vez más se ha configurado como un fenómeno que protege al trabajador, poniendo en segundo término los intereses del empresario e incluso las consideraciones puramente referidas a la causa del contrato en sentido técnico. (Vida Soria, 1965, p.257)

Se debe tener en consideración que el desarrollo regulatorio del derecho laboral y, de manera particular, la figura de la suspensión, se ha robustecido en contenido y forma de manera fundamental en el siglo XX, en referencia a lo señalado sobre este derrotero en los albores del siglo pasado. Vida Soria señala lo siguiente:

La regulación positiva y minuciosa de los supuestos suspensivos empieza verdaderamente en el primer cuarto de siglo XX; al principio de este ya se habían atisbado soluciones concretas para los supuestos de enfermedad y accidente; después de la primera guerra mundial y por su consecuencia hacen aparición los supuestos suspensivos con origen en las movilizaciones militares y a partir de ahí es cuando empieza a configurarse la figura de un modo general; la admisión de la huelga como causa de suspensión data de esta misma época; los casos de maternidad adquieren contornos definitivos con la conferencia de Washington de 1919; en cambio, casos como los provocados por el ejercicio de cargos políticos o sindicales tienen su origen en el momento en que la negociación colectiva toma cuerpo y figura de un modo definitivo. (Vida Soria, 1965, p.256)

Ya se ha referido que la suspensión laboral no tiene un abordaje orgánico en nuestro ordenamiento, no obstante ser una institución a la que en el marco de las relaciones laborales se recurre con cierta frecuencia y encontrarse la regulación de estas causales disgregadas en el Código del trabajo y otras leyes. Gabriela Lanata Fuenzalida al referirse a las causales de suspensión asevera:

Las causales pueden ser diversas e, incluso, ilimitadas. Es así como algunos autores como Vásquez Vialard exigen para estar frente a esta institución que concurren dos supuestos: el primero, que la causa que la causa que la origina justifique la imposibilidad de dar cumplimiento con las obligaciones contractuales, enmarcada en los principios de colaboración, solidaridad y buena fe que enmarcan o deben enmarcar la relación laboral. El segundo, que la causa sea de carácter momentáneo, o por lo menos que así se considere en su momento, es decir, que no sea definitiva, pues en este caso no se justificaría la suspensión. (Lanata, 2010, p.49)

Por otro lado, en nuestra legislación, Lanata identifica que el contrato puede suspenderse: por acuerdo de las partes (suspensión convencional), por circunstancias inherentes al trabajador (suspensión legal), por circunstancias inherentes al empleador (suspensión que puede tener fuente legal o judicial) o bien en el marco de un procedimiento de negociación colectiva (suspensión legal). A continuación, se profundiza en la explicación de esta clasificación que plantea la referida autora a fin de presentar un marco de referencia en el que se inscribe la institución en el ordenamiento normativo nacional.

Suspensión por acuerdo de las partes o convencional, es aquella que *“obedece a una manifestación de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual las partes definen las condiciones en que se producirá la suspensión de sus obligaciones, sujetándola, por ejemplo, a un determinado plazo”* (Lanata, 2010, p.49). Este tipo de suspensión deben tener sustento en justa causa, un ejemplo de ello serían los pactos relativos a los permisos sindicales regulados en el Código

laboral y podría incluirse también el beneficio que algunas empresas han diseñado con el afán de captar talento joven, incorporando la opción de reserva de puesto por hasta seis meses por motivo de viaje al exterior por motivos personales, lo que constituiría una suspensión convencional. Que requiera sustento en la justa causa un pacto de suspensión convencional, se funda en la asimetría de poder ostentado por las partes intervinientes.

Suspensión por circunstancias inherentes al trabajador, este tipo de suspensión laboral, bien podría estar situada en la categoría de suspensión con fuente legal; en esta clasificación se encuentran recogidas las situaciones más frecuentes de suspensión por las que atraviesa la relación contractual, tales como, incapacidad laboral temporal por enfermedad común o profesional, descanso por maternidad o servicio militar obligatorio. Y el sustento de las mismas lo encontramos bien en leyes especiales o en artículos del Código del Trabajo; otro aspecto a resaltar de este tipo de suspensión tiene relación con que hay una institucionalidad del ecosistema de la seguridad social que se hace cargo del pago de la remuneración y de las obligaciones laterales derivadas del contrato de trabajo.

Suspensión por circunstancias inherentes al empleador, este tipo de suspensión laboral que implica la clausura de un establecimiento físico o de una faena por acto de autoridad que podría asimilarse a la categoría de suspensión con fuente legal o judicial; deriva en la imposibilidad del trabajador de realizar las labores para las que fue contratado siendo esta imposibilidad imputable al empleador por el acto de autoridad que está en su origen, en tanto la obligación de pago de remuneraciones del empleador en este tipo de suspensión se mantiene.

Suspensión en el marco de un proceso de negociación colectiva, este tipo de suspensión de tipo legal cuya expresión principal es la huelga, se produce en el marco del proceso de negociación colectiva y está regulado en el artículo 377 del Código del Trabajo.

Por otro lado, Irene Rojas Miño siguiendo la clasificación de Thayer y Novoa, a partir del origen de la suspensión, advierte que en el marco normativo chileno operarían la suspensión convencional, la suspensión judicial y la suspensión legal. Al respecto, de la última precisa lo siguiente:

La suspensión legal es la que tiene definida sus efectos. En razón de sus efectos esta suspensión puede tener (i) responsabilidad al empleador (ii) **responsabilidad social, es decir, se suspenden las obligaciones del contrato de trabajo, pero un organismo de Seguridad Social se hace cargo de la remuneración** y (iii) no definen responsabilidad. (Rojas Miño, 2015, p.375)

Se ha destacado en la cita aquella suspensión por responsabilidad social, con la finalidad de advertir que, en el supuesto de responsabilidad social, cuando se suspenden las prestaciones recíprocas del contrato de trabajo, quien se hace cargo de otorgar una prestación pecuniaria al trabajador es un Organismo de Seguridad Social; dentro de esta sub-clasificación, encontramos los subsidios por enfermedad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y maternidad.

El caso fortuito o fuerza mayor no es en el marco normativo laboral chileno un supuesto de suspensión legal; constituye más bien una causal de terminación del contrato de trabajo; sin embargo, la Ley N° 21.227, concordada con dictámenes de la Dirección del Trabajo que abordan la materia para el contexto específico de las cuarentenas obligatorias del año 2020, incorpora el caso fortuito o fuerza mayor como un tipo de suspensión legal por responsabilidad social, en la medida en que el origen de la suspensión se derive de un acto de autoridad expresado y reglamentado a través de una normativa específica que hace recaer la obligación de otorgar una prestación pecuniaria al trabajador en un Organismo de Seguridad Social, en este caso la Administradora de Fondos de Cesantía.

1.3. La suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor

El artículo 45 del Código Civil Chileno señala que “se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Código Civil, Art.45). La lectura de este artículo hace posible advertir los elementos de cómo nuestro marco normativo concibe el caso fortuito o la fuerza mayor, que para la procedencia de su caracterización como tal debe reunir tres requisitos fundamentales: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad:

Así lo ha sostenido invariablemente la doctrina nacional más calificada y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Esta última ha sostenido categóricamente lo siguiente: la jurisprudencia y la doctrina relativas a la materia coinciden en que su ocurrencia exige tres requisitos mínimos: a) que el hecho sea imprevisible, b) que sea irresistible y c) que no acaezca por un acto propio de quien lo hace valer. (Tapia, p.47)

Resulta necesario, entonces, verificar si la pandemia por Covid-19 y los posteriores actos de autoridad revisten características para reputarse de acuerdo a nuestra doctrina de caso fortuito o fuerza mayor, y en qué medida los referidos hechos pueden extrapolarse a circunstancias que, aún con menor extensión e impacto pero con mayor constancia, se producen en el país, y hacen conveniente una legislación específica como la surgida con ocasión de la pandemia, que entrega certezas y coberturas a empleadores, trabajadores y las instituciones que podrían verse involucradas, como en este caso fue el ahorro para cesantía administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía.

Mauricio Tapia concluye que “puede afirmarse que el Covid-19 cumple, en general y abstracto con los tres requisitos del caso fortuito” (Tapia, 2020, p.181), esto tras examinar detenidamente su imprevisibilidad, puesta en evidencia por la letalidad y propagación del virus que, a diferencia de otras situaciones pandémicas

semejantes, muestra índices de mortalidad bastante altos y no ha podido circunscribirse a un espacio geográfico por la incerteza inicial respecto de las formas y síntomas de contagio; su irresistibilidad, teniendo en consideración la dificultad por parte de casi todos los países para frenar su propagación y evitar los desenlaces fatales ante la incertidumbre generalizada en la fase inicial respecto de la forma de abordar los casos; y su exterioridad, pues se trata de un hecho externo a quienes lo alegan y soportan sus efectos.

Verificada la concurrencia de los requisitos mínimos para considerar la pandemia por Covid-19 como fuerza mayor, se debe validar si los posteriores actos de autoridad derivados de la existencia de esta, constituyen caso fortuito. Al respecto, Mauricio Tapia hace el planteamiento que se reproduce a continuación:

La pregunta que corresponde responder es si todos o algunos de estos actos de autoridad, que restringen esencialmente la libertad ambulatoria, reúnen los requisitos para configurar un caso fortuito o fuerza mayor respecto de los contratos en curso, esto es, si se trata de actos imprevisibles, irresistibles y externos a la voluntad de las partes. (Tapia, 2020, p.186)

La imprevisibilidad, en este caso, se aboca a determinar si un contratante diligente, de manera razonable, puede prever la posibilidad de una pandemia que implique los actos de autoridad que limitaron la libertad de desplazamiento, incidiendo en la realización u operación misma del contrato celebrado y la respuesta es no. Por otro lado, el carácter de inevitable se hace más evidente, pues un acto de autoridad es esencialmente inevitable por quienes están compelidos a cumplirlo y, finalmente, la exterioridad del acto de autoridad respecto del empleador y empleado, partes del contrato, es clara, en la medida en que no intervienen estos en su definición sino un tercero que, por su condición de autoridad, tiene incidencia sobre las regulaciones contractuales de los particulares.

Esto lleva a concluir que los actos de autoridad derivados del avance de la pandemia por Covid-19 constituyen caso fortuito o fuerza mayor.

Ahora, teniendo claridad respecto de que en base a criterios doctrinarios procedentes de la ley, el artículo 45 del Código Civil; que los actos de autoridad en esta circunstancia particular entran dentro del paraguas del caso fortuito y la fuerza mayor, es válido preguntarse qué otras circunstancias, aún menos gravosas en sus efectos y menos extendidas en términos geográficos y temporales, pueden gatillar actos de autoridad similares a los definidos por la pandemia de Covid-19 y, en esa medida, merecer una normativa acorde en los términos de actuación de la autoridad, protección de empleadores y empleados en relación a los efectos que estos actos tienen sobre las obligaciones contractuales, y la definición relativa a qué institucionalidad, en el ámbito de la seguridad social, tendría que afrontar estas excepcionales circunstancias.

1.4. Oportunidad de regulación orgánica de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor

Se ha citado ya el dictamen de la Dirección del Trabajo en relación a que, no obstante la suspensión laboral definida por motivo de cuarentena se deba a la consideración del acto de autoridad como fuerza mayor, esto no habilita al empleador a invocarla como causal de terminación del contrato de trabajo; en ese sentido, coincide con otro dictamen de la Dirección del Trabajo sobre la procedencia de la terminación de contrato por la causal de fuerza mayor o caso fortuito ante un aluvión que afecta las instalaciones de una empresa y, al respecto, señala que “solo es posible invocar la causal del artículo 159 N°6 del Código del Trabajo, “Caso fortuito o fuerza mayor”, en casos excepcionales, de manera restrictiva y cumpliéndose estrictamente los requisitos copulativos consignados en el presente dictamen” (Dictamen DT 1922/034, p.1).

Los requisitos copulativos a que hace referencia la cita anterior, son los que ya se han referido doctrinariamente en este capítulo, es decir, que el hecho o suceso sea imprevisible, irresistible y externo, es decir, que provenga de causa ajena a la voluntad de las partes, pero agrega, para el caso que analiza en particular, un cuarto requisito, que implica que los daños tengan relación causal con la ocurrencia de la catástrofe, en el caso del que se ocupa el dictamen, un aluvión. En este sentido, la procedencia de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor, constituye una institución que podría convertirse en una herramienta para no dejar indefensos a empleadores y empleados ante catástrofes que derivan en actos de autoridad, proveyendo un lapso temporal en que cesan las obligaciones principales de ambas partes y les permite remitirse a una norma que regula la procedencia de esta e instituciones coadyuvantes en el sistema de seguridad social que hacen posible que el vínculo no se rompa dado el carácter temporal del hecho, proveyendo, de manera parcial o total, una remuneración a los empleados y facilidades a los empleadores, propendiendo que el principio de continuidad del contrato de trabajo se haga tangible.

Por lo tanto, precisar normativamente la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor, contribuye a asentar una jurisprudencia de los tribunales y la perspectiva mayoritaria de los dictámenes de la Dirección del Trabajo, en el sentido de que solo se puede invocar como causal de término del contrato de trabajo en casos debidamente calificados, excepcionales y de manera restrictiva; y como veremos en el capítulo tercero de esta memoria, la regulación orgánica de la suspensión en nuestro código contribuiría a precisar el estándar relativo a cuándo es procedente invocar el caso fortuito o fuerza mayor como causal de terminación del contrato de trabajo y cuándo esta causal es constitutiva más bien de suspensión.

Esta oportunidad de regulación orgánica de la suspensión laboral, en particular aquella motivada por actos de autoridad derivados de caso fortuito o fuerza mayor, se inscribe en la tradición jurídica romano-canónica, en el sentido de que este

sistema legal se funda en “una estructura conceptual muy desarrollada y coherente, y una preocupación por la certeza” (Merryman, J. Pérez-Perdomo, R., p.146), puesto que precisamente lo que propone esta memoria es aprovechar este esfuerzo de legislación particular, articulado por el ejecutivo con la finalidad de otorgar certeza a empleados y empleadores respecto de la regulación de la suspensión laboral, normándola, bien en el mismo articulado del Código del Trabajo, o manteniendo su carácter de legislación especial para casos debidamente calificados, teniendo en consideración que, de acuerdo al Reporte de riesgo mundial, en su edición número 17 del año 2022, se señala que Chile es un país con alta exposición a riesgos causados por fenómenos climáticos extremos (World Economic Forum, p.98).

En vista de lo señalado en este capítulo de la memoria respecto a la verificación de una institución como la suspensión laboral a la que se ha recurrido en el contexto pandémico, pese a no encontrarse esta orgánicamente regulada en el ordenamiento jurídico-laboral chileno, para hacer frente a las circunstancias económico-sociales derivadas de los actos de autoridad que limitaron la movilidad de los ciudadanos, imposibilitó el normal desarrollo de un sinnúmero de actividades económicas y afectó gravemente el cumplimiento de las obligaciones mutuas de empleadores y empleados en el marco del contrato de trabajo. Y habiéndose verificado la necesidad de precisar con una legislación especial la procedencia de una causal de terminación de contrato contenida en el articulado del Código del Trabajo, como lo es el caso fortuito y la fuerza mayor, que en este caso se torna causal evidente de suspensión laboral; al respecto, Merryman y Pérez-Perdomo, refiriéndose a la tendencia a la “decodificación” en nuestra tradición de derecho civil, señalan:

Puede verificarse, con un examen somero de cualquier jurisdicción de derecho civil importante, que hay grandes cuerpos de legislación especial complementaria de los códigos civiles. Una parte de esta legislación solo elucida las cuestiones gobernadas por las disposiciones de los códigos,

completando y aclarando el diseño del código original. Pero en su mayor parte hace algo muy diferente: establece regímenes legales especiales, “microsistemas de derecho” que difieren ideológicamente del código y en ese sentido son incompatibles con él. (Merryman, Pérez-Perdomo, 2014, p.146)

En la extensa cita del párrafo anterior, se aborda una tendencia de nuestra tradición jurídica en los años que corren, esta es la decodificación de nuestro ordenamiento y la recurrencia a “microsistemas de derecho” que se expresan a través de legislación especial que aborda problemas contemporáneos y entrega respuestas a los desafíos presentes y futuros; una expresión de ello se puede advertir en cómo el Código del Trabajo viene a complementar al Código Civil del que deriva y, a su vez, en cómo la legislación especial que se analiza en esta memoria atiende una circunstancia específica, “diferiendo ideológicamente” del Código del Trabajo al precisar que la circunstancia de la que se ocupa, no obstante encontrar su origen en el caso fortuito o fuerza mayor, no habilita al empleador a dar por terminada la relación contractual, fijando un estándar que hace excepcional la procedencia de esta causal, redirigiendo los casos que no cumplen el estándar de excepcionalidad a la institución de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor.

Si atendemos los recurrentes fenómenos climáticos y riesgos naturales que desencadenan catástrofes que asolan porciones de Chile, obligando cada tanto a la emisión de dictámenes administrativos que precisan el tratamiento del caso fortuito y fuerza mayor en el marco del contrato de trabajo; contar con una regulación que entregue certezas de acción en casos debidamente calificados y tenga previstos mecanismos que impliquen instituciones de seguridad social y un diseño presupuestal para atender estas circunstancias aminorando el impacto en empleadores y empleados, la Ley N° 21.227 constituye una oportunidad para no partir de cero en la regulación de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor.

CAPÍTULO 2

La Ley de Protección al Empleo

El capítulo que se desarrolla a continuación y que principia con el análisis detallado de la Ley N° 21.227, conocida también como Ley de Protección al Empleo, aborda asimismo lo que concierne a las modificaciones que introducen normativas previamente dictadas que constituyen, de manera más o menos significativa, el sistema previsional chileno vigente. Incorpora también este análisis de la norma en comento las modificaciones introducidas en junio del año 2020 por la Ley N° 21.232, norma legal que “modifica la Ley N° 21.227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales, en las materias que indica”; las materias indicadas tienden a precisar conceptos y criterios de la norma a la que modifican o bien a incorporar párrafos que contribuyen a robustecer la política impulsada a partir de la misma, atendiendo a la excepcionalidad y proyección de la norma en el tiempo.

Como puede advertir el lector, en el párrafo anterior se puede delinear una hoja de ruta que plantea el análisis y, como consecuencia de este, la comprensión de las leyes que configuran el desarrollo de la suspensión laboral por circunstancias derivadas de caso fortuito o fuerza mayor en Chile, gestadas en la fase inmediatamente anterior como también en medio del fragor de las obligatorias cuarentenas decretadas en el país. Esta legislación se hizo necesaria en la medida en que las extraordinarias circunstancias, por las que aun cuando se escriben estas líneas la sociedad sigue atravesando, no encontraban una respuesta en el marco legal vigente, puesto que el caso fortuito y la fuerza mayor son causales de término del contrato, como ya se ha señalado, y en un contexto como el descrito en el capítulo primero de esta memoria, se hizo necesario echar mano a una institución como la “suspensión laboral” que se menciona y tiene utilidad en nuestra legislación, pero la cual, también se ha advertido, no tiene una regulación orgánica. Por lo mismo, esta ley dictada en medio de estas excepcionales circunstancias y con un carácter general, de alguna manera viene a

convalidar los planteamientos que en torno a la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor, que tenían un desarrollo conceptual y normativo previo en dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo en relación a situaciones de excepción aunque sin la extensión territorial y temporal de la pandemia por el Covid-19.

Por lo señalado, el estudio de esta ley constituye un ámbito de atención neurálgico de esta memoria, puesto que la ley que revisaremos a continuación es la expresión normativa más acabada del desarrollo de la suspensión laboral en Chile, por lo que se considera importante que conceptos, criterios y elementos procedimentales de esta, puedan contribuir a asentar la institución de la suspensión laboral más allá de la excepcionalidad derivada de la pandemia en curso.

2.1. Ley N° 21.227: faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales

La Ley N° 21.227 fue promulgada el 1° de abril del año 2020, en el marco del estado de excepción constitucional declarado el 18 de marzo de 2020 por el Presidente de la República, tras la confirmación de los primeros contagios y teniendo en consideración la emergencia sanitaria derivada del brote pandémico por SARS-Cov-2, también conocido como Covid-19. Es en este contexto que, tanto las entidades públicas como privadas, se ven en la necesidad de replicar medidas de prevención tendientes a evitar o limitar las aglomeraciones por saberse escenarios de proliferación del contagio del virus, imitando anticipadamente medidas que se consolidaban en países del hemisferio norte, donde el brote pandémico se encontraba en constante y dramática propagación.

En el ámbito laboral, esta circunstancia abrió varios frentes de significativo impacto y conflictividad; no se debe perder de vista que el mes de marzo del año 2020 en Chile, a diferencia de lo que ocurría en otras latitudes, implicaba un anunciado

regreso de la violencia callejera en las principales ciudades del país, producto de la asonada que destruyó gran parte de la infraestructura de transporte urbano en octubre del año 2019 y que significó un golpe importante para la actividad comercial fundamentalmente, pero que también tuvo duras implicancias en el mundo laboral por las limitaciones que suponían la lenta reconstrucción del sistema de metro y la consecuente adaptación de los trabajadores a rutas alternativas; por lo tanto, el contexto en el que se vienen a desarrollar las cuarentenas focalizadas, se encuentra con una ciudad capital cuyo mercado laboral está en una relevante contracción.

A las circunstancias contextuales vienen a sumarse medidas de prevención adoptadas por mera liberalidad por las entidades públicas y privadas constituidas para efectos explicativos como “empleadores”, que significaron adoptar el trabajo a distancia, preferentemente desde los domicilios de sus trabajadores, a fin de dar continuidad a la operación sin poner en riesgo la salud de sus dependientes. Esta situación vino a consolidarse como una alternativa necesaria con ocasión de la obligatoriedad de las cuarentenas focalizadas, las que fueron extendiéndose y sumando comunas hasta cerrar ciudades por completo en el período más crítico en que se adoptaron cuarentenas totales como medidas de prevención.

Ya se ha advertido que en el contexto de cuarentenas obligatorias, es decir, por acto de autoridad, se hace necesario reglar la situación legal en que quedan los contratos de millones de trabajadores, que si nos regimos por el ordenamiento jurídico-laboral vigente, la solución que este nos entrega ante un contexto de caso fortuito o fuerza mayor, como el descrito, lo encontramos en el artículo 159 número 6 del Código del Trabajo, que para estos efectos lacónicamente señala: “el contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: ... 6.- Caso fortuito o fuerza mayor”. Sin embargo, el dictamen 1283/006, emitido por la Dirección del Trabajo el 26 de marzo del 2020, hace una aclaración relevante, que será posteriormente recogida en el espíritu de la Ley N° 21.227, respecto a la

improcedencia del “Caso fortuito o fuerza mayor”, cuando este viene acompañado de un acto de autoridad como causal válida de terminación de contrato:

Se deja expresa constancia que, no obstante la suspensión laboral con motivo de la cuarentena, cordón sanitario o toque de queda, por ser considerados hechos de fuerza mayor, lo anterior no significa, necesariamente, que la causal de término del artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo resulte válidamente aplicable, teniendo esta última facultad una aplicación mucho más restrictiva en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de los principios de estabilidad en el empleo y continuidad en la relación laboral que nos rige. (Dictamen DT 1283/006, p.3)

Resulta interesante advertir que, cuando el dictamen que se cita se refiere a la suspensión laboral y al tratar de fijar un estándar más restrictivo al uso de la causal de caso fortuito o fuerza mayor para la terminación del contrato individual de trabajo, lo hace recurriendo a principios generales, dado que nuestro ordenamiento no consagra orgánicamente a la institución de la suspensión laboral como ese momento intermedio en el ciclo de vida de un contrato, en que los problemas no resultan insuperables para darle término, pero especiales condiciones hacen necesaria una pausa en las obligaciones recíprocas más relevantes reguladas por el contrato. Estas serían, como ya se ha advertido latamente en el capítulo primero de esta memoria, para una de las partes “prestar un servicio bajo dependencia y subordinación” y, para la otra, “pagar por estos servicios una remuneración”.

Como respuesta del Estado a la situación económica derivada de la pandemia, que se expresó en el cierre de empresas por período indeterminado y como consecuencia de ello la pérdida masiva de empleos, la Ley N° 21.227 viene a reglamentar la “suspensión laboral” en este contexto específico con cargo al seguro de desempleo formulado por la Ley N° 19.728. La respuesta normativa del Estado de Chile, a través de esta norma, regula las condiciones excepcionales en

que los empleadores y trabajadores pueden suspender la relación contractual, pudiendo los trabajadores hacer uso de los fondos del seguro de cesantía cuando por un acto de autoridad, o por un pacto de acuerdo, se decide suspender el contrato o parcialmente la jornada laboral.

A continuación, se revisarán los aspectos que configuran esta normativa desde una mirada que aborda primero su ámbito general, para concentrarse luego en la comprensión de las alternativas de suspensión de contrato y reducción de jornada.

2.1.1. Ámbito general de la ley

En su artículo primero, la ley define el contexto específico de su dictación y aplicación, el presupuesto genérico para el acceso a determinadas prestaciones, el universo de beneficiarios y estipula las prestaciones a las que estos tendrán acceso en el marco de la Ley N° 19.728 que estableció el año 2001 un seguro obligatorio de cesantía. Se cita, a continuación, el primer inciso del artículo primero de la ley, a fin de analizar con mayor detalle los puntos enunciados:

Artículo 1.- En el evento que exista un acto o declaración de la autoridad competente que establezca medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la enfermedad denominada Covid-19, que impliquen la paralización de actividades en todo o parte del territorio del país y que impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados, los trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la ley N° 19.728 que cumplan con las condiciones establecidas en el presente título, excepcionalmente tendrán derecho a la prestación que establecen los artículos 15 y 25 de dicha ley. (Ley N° 21.227, p.1)

El contexto en el marco del cual la norma encuentra plena vigencia es el de las medidas sanitarias adoptadas a raíz de la pandemia por Covid-19; es conocido que la medida sanitaria que se adoptó prioritariamente en este contexto es la de

cuarentenas parciales y/o totales, constituyendo un acto de autoridad que implicó la “paralización de actividades” que impiden el cumplimiento cabal del contrato de trabajo; esto deviene en la suspensión del contrato por la manifiesta imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones mutuas establecidas en el mismo.

Atendido el contexto en el que debe aplicarse la normativa, la ley da cuenta del universo de ciudadanos potencialmente beneficiarios de la misma, señalando que son “*los trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la ley N° 19.728*”, cumpliendo con condiciones que a continuación desarrolla. En este sentido, tenemos que los beneficiarios de la norma serían los trabajadores cotizantes del seguro de cesantía y también las trabajadoras de casa particular, esto en virtud del inciso cuarto del artículo primero de la ley. Quedan, por tanto, excluidos trabajadores que no se rijan por el Código del Trabajo, como los empleados públicos; aquellos ciudadanos que no están afiliados al seguro de desempleo o cesantía, como jubilados en actividad, o compartiendo las dos exclusiones enunciadas copulativamente, los prestadores de servicios a honorarios cuya labor en determinadas instituciones públicas y privadas puede tener una identidad cuestionablemente parecida a la de un trabajador en régimen laboral estándar.

Una estipulación central es la referencia a la Ley N° 19.728, norma que establece un seguro de desempleo, dictada en mayo del año 2001 y a cuyos fondos se recurre para paliar los previsibles efectos de la caída del empleo, producto de la crisis derivada de la pandemia, estableciendo un interregno suspensivo excepcional en que los fondos de las cuentas individuales de cesantía y el fondo de cesantía solidaria ante el agotamiento del primer fondo, financiarían hasta cinco meses de remuneraciones bajo determinados supuestos.

La solución propuesta por la Ley N° 21.227 para hacer frente a la crisis vía establecimiento de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo a este planteamiento, estaría siendo sustentada por una institucionalidad configurada para atender el desempleo, que se debe recordar tiene como

componente principal, al igual que en el sistema previsional, la capitalización individual; por tanto, es una medida no exenta de conflictividad, como desde sectores ligados a organizaciones que representan a los trabajadores organizados se considera que la “protección del empleo” se propende con fondos del mismo trabajador, en la medida en que el planteamiento no importa un compromiso importante del Estado o de los empleadores, aunque se verá que la ley establece la obligación de los empleadores de mantener, durante la suspensión laboral, el pago de ciertas cotizaciones y también de parte del Estado se comprometen fondos para robustecer el fondo solidario de cesantía; sin embargo, la impresión que genera la norma es que los ciudadanos anónimos están sustentando esta gran crisis con sus propios fondos acumulados para asegurar períodos de desempleo pero no una situación de suspensión imprevista como la acontecida¹.

El artículo segundo de la norma establece que la prestación a que tendrán derecho los trabajadores, en virtud de la suspensión laboral total o parcial, es aquella establecida en los artículos 15 y 25 de la Ley N° 19.728; para esto exige:

Artículo 2.- [...] tres cotizaciones continuas en los últimos tres meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad a que se refiere el inciso primero del artículo anterior. Asimismo, podrán acceder aquellos trabajadores que registren un mínimo de seis cotizaciones mensuales continuas o discontinuas durante los últimos doce meses, siempre que a lo menos registren las últimas dos cotizaciones con el mismo empleador en los dos meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad antes señalado. (Ley N° 21227, p.2)

¹ Esta sensación de normativas que, con razón o sin ella, dibujan un panorama donde la pesada carga de la crisis ha sido puesta sobre los hombros del ciudadano anónimo y sus ahorros en este caso de cesantía, se ha consolidado en un extremo delirante con la nefasta, aunque popular, política pública de retiro sin reposición de porcentajes de los fondos de previsionales con fines de jubilación.

Se establece, por tanto, que la norma asiste a trabajadores que se encuentren activos con el mismo empleador en al menos los dos últimos meses previos al acto o declaración de autoridad. De la misma manera en el inciso tercero se determina el orden de prelación como se girarán los recursos, utilizándose en primer lugar los acumulados en la cuenta individual de cada trabajador y, ante la insuficiencia de los mismos, el financiamiento restante se hará con cargo al Fondo de Cesantía Solidario (FCS).

Se determina, asimismo, que se considerará “el promedio de las remuneraciones imponibles devengadas en los últimos tres meses en que se registren cotizaciones, anteriores del acto o declaración de autoridad” (Ley N° 21.227, p.2) para efecto del cálculo de la prestación a la que tendrán derecho los trabajadores amparados por esta normativa. Asimismo, la ley hace responsable al empleador de la presentación de una declaración jurada simple con información relativa al trabajador o trabajadores que hayan caído en el supuesto de la suspensión de contrato de trabajo por acto de autoridad, por pacto de acuerdo de suspensión de contrato de trabajo o por un pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo; es relevante señalar que, en caso de que el empleador no haga la presentación de manera oportuna, “el trabajador respecto del cual no se haya solicitado el beneficio podrá, individual o colectivamente, requerir la prestación” (Ley N° 21.227, p.3).

La prestación se pagará por mes vencido y de modo proporcional si dura menos de un período mensual; también se interrumpirá el otorgamiento de la prestación por el tiempo que el trabajador beneficiario de la misma estuviere gozando de subsidio por incapacidad laboral a causa de reposo por licencia médica:

Para efectos de la fiscalización de lo dispuesto en este artículo, el empleador remitirá, mensualmente y por medios electrónicos, a la Dirección del Trabajo, la nómina de trabajadores que se hayan visto afectados por la suspensión de las obligaciones contractuales respecto de las cuales se

hayan solicitado las prestaciones del presente título a consecuencia de ello. La Dirección del Trabajo, en conocimiento de estos antecedentes y los que pueda recabar en función de sus facultades fiscalizadoras” (Ley N° 21.227, p.3 / Modificación Ley N° 21.232).

2.1.2. Suspensión de contrato de trabajo por acto de autoridad

El artículo tercero de la Ley N° 21.227 aborda la suspensión del contrato de trabajo derivado del acto de autoridad en el contexto de la pandemia por Covid-19 y, en ese sentido, refiere lo que a continuación se reproduce textualmente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, a efectos de dar continuidad a la relación laboral durante este período, el que deberá constar por escrito, el acto o la declaración de autoridad a que se refiere en el inciso primero del artículo 1 tendrá por consecuencia la suspensión temporal, de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley, de los efectos de los contratos regidos por el Código del Trabajo en el o los territorios que correspondan. (Ley N° 21.227, p.4)

La salvedad señalada en las primeras líneas del artículo citado, respecto de los acuerdos entre las partes para dar, total o parcialmente, continuidad a los efectos del contrato, tiene una limitación en el contexto pandémico, referida a que este pacto debe constar por escrito. Por el contrario, la suspensión temporal de los contratos de trabajo no requiere constar por escrito, puesto que esta suspensión de los efectos opera de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley.

El segundo inciso del artículo tercero viene a detallar los efectos de la suspensión temporal del contrato de trabajo y aporta la definición de suspensión a la que la norma adscribe:

La suspensión de los efectos del contrato individual de trabajo implicará el cese temporal, por el período de tiempo que el acto o declaración de autoridad determine, de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, por parte del empleador. (Ley N° 21.227, p.4)

Verificado que los efectos previstos para la figura de la suspensión laboral siguen la línea doctrinaria que hemos referido en los capítulos anteriores y teniendo en consideración la clasificación aportada por Rojas Miño, se configuraría una suspensión de tipo legal, con efectos de responsabilidad social en la que se suspenden las obligaciones del contrato de trabajo, pero un organismo de seguridad social se hace cargo de la remuneración (Rojas Miño, 2015, p.375).

Sin embargo, como también se ha señalado en esta memoria, la suspensión de las principales obligaciones del contrato laboral no deriva necesariamente en la suspensión de obligaciones laterales en materia previsional, como refiere la misma norma en el tercer inciso del artículo tercero:

El empleador estará obligado a pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, con excepción de las cotizaciones del seguro social de la Ley N° 16.744, las que se calcularán sobre el cien por ciento de las prestaciones establecidas en este título para las cotizaciones de pensión (...) y sobre la última remuneración mensual percibida, para el resto de las cotizaciones de seguridad social y salud. (Ley N° 21.227, p.4)

La norma también dispone que solo se podrá poner término al vínculo laboral de quienes no están afectos a los beneficios previstos en la ley, mediante la invocación del artículo 161 y 159 con exclusión del artículo sexto, que permite

terminar el contrato sin derecho a indemnizaciones por fuerza moral o caso fortuito, siendo concordante con lo previsto en el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1283/006 del 2020, en el sentido de que restringe la aplicación de dicha causal de término de contrato en el contexto de pandemia.

En el inciso final del artículo tercero, la ley previene que aquellos trabajadores que se desempeñen en actividades excluidas de la paralización, por ser considerada la continuidad de la operación de primera necesidad, no podrán acogerse a los beneficios y efectos de la ley, y hace también la distinción entre aquellos que efectivamente desenvuelven su rol en la actividad excluida y aquellos trabajadores que se desempeñan en empresas de actividad excluida, pero cuyo rol no tiene incidencia directa en la actividad principal; en este último caso, si bien no opera la suspensión de pleno derecho, sí podrían firmar un acuerdo entre las partes para suspender total o parcialmente los efectos del contrato.

El artículo cuarto se ocupa de las trabajadoras de casa particular, quienes además de los trabajadores con aportación al seguro de cesantía administrado por la Administradora de Fondos de Cesantía, tendrán acceso a este beneficio con cargo a la cuenta de indemnización pagada por sus empleadores en la Administradora de Fondos de Pensiones en la que se encuentren afiliadas. Este fondo se compone con el pago mensual de 4.11% de la renta imponible que realiza el empleador:

En este caso, la Administradora de Fondos de Pensiones respectiva deberá girar de la cuenta del trabajador, el equivalente a un 70% de su remuneración mensual imponible o el saldo total si este fuere inferior. Si el acto o declaración de autoridad se extendiere por más de 30 días y el trabajador tuviere saldo en dicha cuenta, la Administradora de Fondos de Pensiones girará la suma equivalente al 55%, 45%, 40% y 35% de la remuneración imponible, para los meses segundo, tercero, cuarto y quinto, respectivamente. (Ley N° 21.227, pp.3-4)

Asimismo, en este caso es la trabajadora quien debe presentar una declaración jurada a la AFP, solicitando el beneficio justificado por encontrarse en alguna de las situaciones descritas en el artículo tercero de la norma. Por otro lado, las obligaciones laterales, es decir, el pago de cotizaciones previsionales y de seguridad social, con excepción del seguro contra riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tanto las de cargo del empleador como de la trabajadora, siguen siendo de pago obligatorio en 100%, calculándose sobre la última remuneración mensual percibida por la trabajadora.

Respecto de las pensiones alimenticias debidas por ley, siempre y cuando se haya notificado al empleador el decreto judicial respectivo, de acuerdo al artículo sexto bis, el empleador tiene la obligación de incluir esta información en la declaración jurada que presenta a la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), identificando a los trabajadores sujetos a retención para el pago de pensiones alimenticias. En este caso, la Administradora de Fondos de Cesantía transferirá al empleador el total de prestación que corresponde al trabajador que es parte alimentante, para que sea el empleador quien retenga y gire en favor de la parte alimentaria lo que le corresponde en concordancia con el decreto judicial y, tras la retención, deposite el saldo directamente al trabajador.

La ley tuvo vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial, el 6 de abril del año 2020, diferenciando en el término de la misma si corresponde a las prestaciones derivadas de los efectos laborales de la enfermedad Covid-19, de los pactos de reducción temporal de jornadas de trabajo, correspondiendo seis meses desde la entrada en vigencia para el primer caso, y hasta el último día del décimo mes desde su entrada en vigencia para el segundo caso, vigencias que, finalmente, se extendieron hasta el 6 de octubre y el 31 de diciembre del año 2021, respectivamente.

El título tercero de la ley corresponde a las disposiciones finales, y comprende dieciocho artículos en los que, entre otras medidas, se reglamentan las sanciones para quienes obtuvieran las prestaciones mediando simulación o engaño (artículo 14), se explicita la vigencia de la norma (artículo 16), la contribución de recursos fiscales para el sustento del Fondo de Cesantía Solidario y el plazo para su reintegro (artículo 18), la disposición que habilita a los trabajadores que reciben las prestaciones previstas por la ley a hacer efectivos los seguros de cesantía a créditos personales de cualquier tipo (artículo 21), que durante seis meses o mientras se mantenga el estado de catástrofe no se puede invocar la causal número 6 del artículo 159 del Código del Trabajo para terminar una relación contractual aduciendo los efectos de la pandemia (artículo 26) y la limitación para el reparto de dividendos de las sociedades anónimas que se acogieran a esta ley, manteniendo contratos suspendidos ante la Administradora de Fondos de Cesantía. (Artículo 30)

2.1.3. Pacto de acuerdo de suspensión del contrato de trabajo

El artículo quinto de la ley aborda la procedencia de pactos de suspensión temporal del contrato de trabajo que pueden ser suscritos personalmente por los trabajadores con su empleador o previa consulta con la organización sindical a la que pertenezca; sin embargo, el beneplácito de esta no sería obligatorio por lo que se desprende de la lectura del inciso primero del mencionado artículo.

Para la procedencia de la suscripción de este tipo de pactos, se requiere que la actividad del empleador se vea afectada total o parcialmente y su celebración, que acarreará el acceso a los beneficios previstos por la ley, solo puede regir fuera de períodos en que por acto o declaración de autoridad haya una suspensión de pleno derecho y en el plazo definido inicialmente en el inciso segundo del artículo 16, que da un marco temporal de seis meses desde su entrada en vigencia. Esta suspensión si seguimos la clasificación de Gabriela Lanata Fuenzalida sería de

tipo convencional y aunque tendría también fuente legal en la medida que es la ley que se analiza la que habilita y prefigura la suscripción de esta convención.

Se entiende afectación total o parcial de la actividad del empleador “cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto sus ingresos por ventas o servicio netos de Impuesto al Valor Agregado hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior” (Ley N° 21.227, p.5). Y se previene que, para efectos de verificación de la Dirección del Trabajo, tendrá la facultad de solicitar al Servicios de Impuestos Internos y a cualquier otra institución pública o privada información que le resulte de utilidad para su rol de fiscalización.

La suscripción del pacto tendrá como efecto la suspensión de los efectos principales del contrato de trabajo, es decir, de las obligaciones mutuas derivadas del mismo, no obstante la continuidad de las obligaciones laterales por parte del empleador relativas al pago de las cotizaciones previsionales y de seguridad social, prescritas en el inciso tercero del artículo 3 de la misma ley.

2.1.4. Pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo

El título segundo de la ley, que comprende del artículo séptimo al décimo tercero, aborda la regulación de los pactos de reducción temporal de jornadas de trabajo en el contexto de la pandemia y dentro de plazo de vigencia de la normativa en comento; al respecto, el artículo 7 señala:

Los empleadores y los trabajadores afiliados al seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, personalmente o por medio de la organización sindical a la que se encuentren afiliados, podrán pactar la reducción temporal de la jornada de trabajo, cuando el empleador se encuentre en alguna de las situaciones descritas en el artículo siguiente, previa consulta a la organización sindical respectiva, si la hubiere. (Ley N° 21.227, p.7)

La cita remite a un requisito fundamental para la suscripción del pacto, que es la afiliación al seguro de desempleo, por lo que las trabajadoras de casa particular al no estar afiliadas a este seguro, no podrían suscribirlo.

Asimismo, el artículo 7, al que ya se ha hecho referencia en el párrafo anterior, señala que con la firma de este pacto el trabajador tendrá derecho a una remuneración proporcional equivalente a la jornada reducida con cargo del empleador, reducción que no puede superar el 50% de la jornada. También, se refiere a la limitación del empleador que suscribe este pacto de contratar en paralelo a nuevos trabajadores que desarrollen actividades para las cuales los trabajadores que han pactado la reducción de jornada tienen capacidad de realizar.

Las situaciones previstas para suscribir el pacto de reducción temporal se refieren de manera taxativa en el artículo 8, y son las que a continuación se citan en extenso:

- a) Tratándose de empleadores contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado conforme al artículo 3° o que lleven el registro del artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, contenida en el Decreto Ley N° 825, de 1974, que a contar de octubre de 2019 hayan experimentado una disminución del promedio de sus ventas declaradas al Servicios de Impuestos Internos en un período cualquiera de tres meses consecutivos, que exceda de un 20% calculado respecto del promedio de sus ventas declaradas en el mismo período de tres meses del ejercicio anterior.
- b) Que se encuentre actualmente en un procedimiento concursal de reorganización, según resolución publicada en el Boletín Concursal en conformidad al artículo 57 de la Ley N° 20.720, de reorganización y liquidación de empresas y personas.
- c) Que se encuentre actualmente en un procedimiento de asesoría económica de insolvencia, según conste en certificado emitido y

validado en los términos de los artículos 17 y 18 de la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en crisis, contenida en el artículo undécimo de la Ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de un menor tamaño, o

- d) Que, aquellos empleadores cuyas empresas, establecimientos o faenas hayan sido exceptuadas del acto o declaración de autoridad o resolución a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, necesiten reducir o redistribuir la jornada ordinaria de trabajo de sus trabajadores para poder mantener su continuidad operacional o para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores.
- e) Tratándose de empleadores domiciliados en alguno de los territorios especiales de Isla de Pascua o del Archipiélago de Juan Fernández, que realicen su actividad o presten sus servicios en los referidos territorios, siempre que a contar del 1 de marzo de 2020 hayan experimentado una disminución de sus ventas promedio mensuales en un período cualquiera de dos meses consecutivos, que exceda el 20% calculado respecto del promedio de sus ventas mensuales en el mismo período del ejercicio anterior. (Ley N° 21.227, pp.7-8)

En los siguientes incisos se precisa la documentación y entidad emisora de la misma, con que se verificará el cumplimiento de las circunstancias referidas a fin de posibilitar la firma de los pactos de reducción de jornada.

La reducción de jornada podrá pactarse en el lapso de vigencia de la ley por un período máximo de cinco meses consecutivos en el caso de trabajadores con contrato indefinido y por un período máximo de tres meses consecutivos en el caso de trabajadores con contrato a plazo fijo. Asimismo, para acceder a los beneficios derivados de esta, que es un complemento salarial con cargo al seguro de cesantía de la mitad del porcentaje en que se reduce la jornada en base al promedio de los últimos tres meses de remuneración imponible con tope de \$225.000 mensuales, los trabajadores con contrato indefinido deberán contar, en

un período de veinticuatro meses, con al menos diez cotizaciones al seguro de cesantía, sean estas continuas o discontinuas; en el caso de los trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra, el número de cotizaciones se reduce a cinco; en ambos casos, el trabajador debe contar con al menos tres cotizaciones previas a la firma de este pacto con el mismo empleador, que es con quien estaría habilitado a firmarlo.

Es relevante señalar que el monto complementario no se considera remuneración ni renta, y no se encuentra afecto a cotización previsional, pudiéndose embargar hasta un 50% del mismo, solo para efecto de cubrir pensiones alimenticias decretadas por vía judicial y que hayan sido debidamente notificadas al empleador.

CAPÍTULO 3

Planteamiento regulatorio

En este capítulo se presenta la forma cómo normativamente dos países iberoamericanos, Colombia y España, hicieron frente a la pandemia por Covid-19, la regulación de la suspensión laboral en su sistema normativo y la institucionalidad de seguridad social a la que recurrieron para afrontar la masiva suspensión y/o cesantía de su población económicamente activa. Se considera una comparación plausible en la medida en que los mencionados países comparten con Chile la misma tradición jurídica y mantienen vínculos culturales indubitables.

Asimismo, tras la revisión de este acotado análisis de legislación comparada, se presentan apuntes para una propuesta normativa de regulación de la suspensión por caso fortuito o fuerza mayor, teniendo como insumo principal la Ley N° 21.227, a fin de plasmar uno de los aspectos que esta memoria pretende poner de relieve, que es la oportunidad de que este esfuerzo normativo sea la base para un tratamiento orgánico o una legislación especial de la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor, más allá de lo contingente.

3.1. Legislación comparada

3.1.1. Caso colombiano: contexto pandémico, normativa específica y suspensión laboral

El Ministerio de Salud de Colombia confirmó el primer caso de Covid-19 en dicho país el 6 de marzo de 2020, tras exámenes practicados a una mujer de 19 años procedente de Italia y que había presentado sintomatología concordante con el contagio por SARS-Cov-2. Tras la confirmación, se informó que el ministro a cargo de la cartera se reunió con los dirigentes de instituciones públicas y privadas, como también con gremios vinculados a la prevención y la salud, a fin de

coordinar el plan de respuesta ante el ingreso del virus a Colombia. (Ministerio de Salud de Colombia. Boletín de prensa N° 50 de 2020)

Las acciones gubernamentales que se sucedieron conforme fue evolucionando la propagación de la pandemia, fueron la adopción de medidas de aislamiento preventivo para viajeros, la declaratoria de emergencia nacional y, a contar del martes 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020, en principio, se decretó aislamiento preventivo a nivel nacional, cuarentena que se fue extendiendo con matices de mayor o menor restricción en la movilidad y desarrollo de actividades, por segmentos etarios y sectores productivos. En el plano laboral, el 17 de marzo de 2020, se dictó la circular N° 20 del Ministerio del Trabajo, destinada a empleados y empleadores del sector privado, que contiene las primeras medidas de protección al empleo en el marco de la pandemia, propendiendo a la adopción de medidas tales como el trabajo en casa, el teletrabajo, la flexibilización de la jornada laboral, la anticipación de vacaciones anuales y permisos remunerados, que en virtud del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo se podrían otorgar por disposición voluntaria del empleador, aunque no como mandato normativo.

El 8 de mayo del año 2020, se crea el Programa de Apoyo al Empleo Formal (PAEF), a través del Decreto Legislativo N° 639 de 2020, con cargo al Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME), y en su artículo primero describe su objetivo “como un programa social del Estado que otorgará al beneficiario del mismo un aporte monetario mensual de naturaleza estatal, y hasta por cuatro veces dentro de la temporalidad del programa, con el objeto de apoyar y proteger el empleo formal del país durante la pandemia del nuevo coronavirus Covid-19”. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto Legislativo N° 639 de 2020)

El Decreto Legislativo N° 639 tiene por objeto la protección del empleo formal, entregando recursos estatales a cargo del FOME, a personas jurídicas, naturales, consorcios, uniones temporales y patrimonios autónomos que cumplan cinco requisitos que a continuación se refieren: cuya constitución sea previa al 1 de

enero de 2020, que cuenten con una inscripción en el registro mercantil vigente cuando corresponda, que hayan tenido un 20% o más de disminución en sus ingresos, que no hayan recibido en cuatro ocasiones el beneficio en el marco de este Programa y que no hayan estado obligados, por incurrir en alguna falta, a la restitución del beneficio que otorga en el marco de este programa. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto Legislativo N° 639 de 2020)

A diferencia de la Ley N° 21.227, que habilita recurrir al dinero administrado por la AFC, para el pago de las remuneraciones en caso de suspensión laboral por mediación de acto de autoridad en el contexto de la pandemia, suspensión laboral convencional o reducción convencional de la jornada de trabajo, el Decreto Legislativo N° 639 otorga al empleador un aporte por hasta el 40% del valor del salario mínimo legal mensual vigente, que se incrementa hasta el 50% si se trata del rubro turístico, hotelero, gastronómico y artístico, a todas luces los más golpeados en el contexto pandémico, como también si en la planilla vigente se encuentran mujeres, en cuyo caso para las trabajadoras reportadas el beneficio se incrementa también hasta el 50% sin importar el rubro específico. Se debe referir que son beneficiarios del Programa los trabajadores dependientes a quienes no se les haya aplicado la suspensión temporal de contrato o se encuentren con licencia no remunerada, por lo que este programa tiene como supuesto la continuidad laboral efectiva, recurriendo a las recomendaciones de la circular N° 20 del Ministerio del Trabajo.

El 3 de junio del año 2020, el presidente de Colombia emite el Decreto Legislativo N° 770 del Ministerio del Trabajo, que en el marco del contexto de excepción formalizado por la declaración de Estado de emergencia económica, social y ecológica del 6 de mayo del mismo año, en el que se “adopta una medida de protección al cesante, se adoptan medidas alternativas respecto a la jornada de trabajo, se adopta una alternativa para la primera prima del pago de servicios, se crea un programa de apoyo para el Pago de la Prima de Servicios (PAP) y se crea el programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual, en el marco

de la emergencia económica, social y ecológica declarada mediante Decreto N° 637 de 2020”. (Ministerio del Trabajo de Colombia, Decreto Legislativo N° 770 de 2020)

Del Decreto N° 770, resultan atingente para la temática de esta memoria las medidas de protección al cesante y la creación del programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual. Del mismo modo, es importante mencionar el Decreto N° 801 del Ministerio del Trabajo, “por medio del cual se crea el auxilio económico a la población cesante, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica”. (Ministerio del Trabajo de Colombia, Decreto Legislativo N° 801 de 2020).

El primer capítulo del Decreto N° 770 aborda las medidas de ayuda al cesante, y caracteriza a estos como aquellos ciudadanos que fueron trabajadores dependientes o independientes y que hayan realizado, en el lapso de cinco años, al menos doce aportes continuos o discontinuos a las Cajas de Compensación Familiar, que serán las encargadas de pagar esta ayuda por un máximo de tres meses. Es relevante señalar que esta normativa se asemeja más al Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), pues se concentra en quienes han perdido el trabajo, pero se puede establecer una comparación en tanto también se recurre a una institucionalidad preexistente, en este caso la Caja de Compensación Familiar, y supone un aporte con cargo al Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC), para el pago de las obligaciones laterales, es decir, la aportación al sistema de salud y pensiones, calculados sobre un salario mínimo mensual vigente.

Por otro lado, y en este sentido más circunscrito a la institución de suspensión laboral cuyo análisis es central en esta memoria, el quinto capítulo del mismo decreto crea y reglamenta el Programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual, que implica la transferencia directa y no condicionada a trabajadores en suspensión laboral que cumplan los requisitos que a continuación se citan:

Trabajadores dependientes de los postulantes al Programa de apoyo al empleo formal – PAEF, que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto legislativo 639 de 2020 modificado por el Decreto legislativo 667 de 2020, que devenguen hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se les haya suspendido su contrato laboral o se encuentren en licencia no remunerada. (Ministerio del Trabajo de Colombia, Decreto Legislativo N° 770 de 2020)

El decreto más adelante señala exclusiones de acceso relacionadas con quienes se encuentren cubiertos por otros programas de ayuda, y determina que los recursos utilizados serán con cargo al FOME. Se establece, asimismo, que el apoyo consistirá en una transferencia mensual de \$160.000 pesos colombianos, por hasta tres meses a quienes se hayan encontrado con sus contratos suspendidos entre abril y junio de 2020.

La transferencia de recursos se estableció que fuera directa a las entidades financieras a nombre de los beneficiarios finales, y la determinación e identificación de estos se hizo a partir de las nóminas de los referidos meses por parte de la Unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social. En relación al pago de impuestos, se determinó la exención del gravamen a los movimientos financieros para las entidades bancarias que distribuyan los recursos, a fin de que tampoco cobren ningún importe por comisión o tarifas a los beneficiarios de esta ayuda, para quienes a su vez el beneficio sería considerado como ingreso no constitutivo de renta.

Los Decretos Legislativos que se han revisado vienen a configurar la respuesta del Estado colombiano al impacto de la pandemia por Covid-19 en el ámbito laboral, con cargo a aportes estatales transferidos a los ciudadanos, indirectamente a través del Programa de Apoyo al Empleo Formal (PAEF), o bien directamente a través del Programa de auxilio a los trabajadores en suspensión contractual. Se

puede advertir que la respuesta normativa no gira en torno a la institución de la suspensión laboral como en el caso chileno, más bien se orienta a morigerar los efectos del contexto pandémico y propender a la continuidad del contrato de trabajo; esta configuración podría tener vinculación al hecho de que la suspensión contractual en el sistema normativo laboral colombiano, sí se encuentra orgánicamente regulada en el artículo N° 51 del Código Sustantivo del Trabajo, donde específicamente, en el numeral 1, se aborda la suspensión por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida la ejecución del contrato.

En Colombia, el Código Civil en su artículo 64 define la fuerza mayor o caso fortuito como “el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia se ha referido al tema en 1989, definiendo la fuerza mayor como aquellos hechos producidos por la naturaleza y el caso fortuito como hechos provenientes del hombre (Benrey-Zorro, p.385); de esta manera, y como ya se ha analizado con detalle en el primer capítulo de esta memoria, se estaría frente a caso fortuito por ser las inmovilizaciones que determinan las cuarentenas, actos de autoridad que no es posible resistir.

Como ya se ha advertido, en Colombia sí hay una regulación orgánica de la suspensión del contrato de trabajo, y esta se encuentra en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo; los efectos previstos de la suspensión son que “cesa para el trabajador la obligación de cumplir con la prestación del servicio contratado y, por ende, cesa para el empleador su obligación principal, que es la de remunerar el servicio” (Benrey-Zorro, p.393); no obstante, el empleador mantiene algunas obligaciones que se han caracterizado en esta memoria, siguiendo a la doctrina como laterales:

Con referencia a los aportes al sistema de seguridad social, lo único que ha dejado claro la ley es que durante los períodos de suspensión el empleador

solo se encuentra obligado a hacer el aporte patronal a salud. Sin embargo, guardó silencio con los aportes a pensión, por lo que las sentencias C-1369 de 2000 y T-503 de 202 de la Corte constitucional permiten llenar este vacío legal, concluyendo que, al tener la seguridad social un carácter irrenunciable, el empleador no puede evadir el aporte patronal, pero lo recomendable es que el empleador haga tanto el aporte patronal como el que corresponde al trabajador y, posteriormente, descuenta al trabajador el aporte correspondiente, para evitar inconvenientes tanto en la prestación del servicio de salud como en las semanas cotizadas para poder pensionarse. (Benrey-Zorro, pp.405-406)

Ya se ha señalado que el caso fortuito o fuerza mayor en Colombia es el primer numeral del artículo que reglamenta la suspensión del contrato de trabajo; en ese sentido, hay una diferencia clara con el sistema normativo laboral chileno, donde no hay una regulación orgánica de la suspensión, pese a que esta institución se menciona y utiliza en diversas circunstancias de la relación entre empleador y empleado, tales como la huelga legal, la maternidad o las licencias médicas aparejadas de descanso, entre otras situaciones que se traducen en no prestación de obligaciones principales entre contratantes.

Si bien la reglamentación orgánica de la suspensión no constituye una medida que resuelva satisfactoriamente y en toda su complejidad la situación del empleador y empleado en circunstancias como las generadas por la pandemia por Covid-19, entrega algunas certezas en relación al procedimiento a seguir y a cuáles obligaciones permanecen en dicho lapso y cuáles no, permitiendo al Estado construir un esquema normativo que atienda la contingencia en su especificidad y no, como en el caso chileno, teniendo que partir precisando medidas establecidas en el articulado del Código del Trabajo, como la habilitación para dar término al contrato de trabajo sin indemnizaciones ante caso fortuito o fuerza mayor, recurriendo a dictámenes que exigen a la aplicación de esta causal un sentido restrictivo, lo que puede acarrear por el lado de los empleadores el

convencimiento de actuar ajustados al precepto legal y de los empleados una sensación de vulnerabilidad avalada por la ley, confusiones plausibles en caso de no atender y atenerse al posterior desarrollo normativo en la materia.

3.1.2. Caso español: contexto pandémico, normativa específica y suspensión laboral

El 31 de enero de 2020 se confirmó el primer caso positivo de Covid-19 en territorio español, en la isla canaria de La Gomera. El paciente fue un ciudadano de nacionalidad alemana que había tenido contacto con un enfermo en su país de origen y al que tras presentar sintomatología se le aisló junto a otros cuatro individuos de la misma nacionalidad, con los que compartía un predio vacacional; según refieren los medios, el paciente fue trasladado al hospital local y tras desarrollar de forma moderada la enfermedad se le dio el alta a mediados de febrero. Sin embargo, entre los años 2020 y 2021, se sucederían al menos seis olas de la enfermedad, con distintas variantes, asolando el territorio peninsular, dejando un saldo de poco más de noventa mil ciudadanos muertos. (RTVE, 2022)

Tras el brote y propagación del virus en China y otros países del continente asiático a fines de 2019, este desembarcó durante las primeras semanas del 2020 en Europa, donde a diferencia de lo que pasó cuando el virus recaló en Latinoamérica, la cabal comprensión del contagio y sintomatológica del virus resultaba aún incipiente y reinaba la confusión derivada del secretismo con que China había abordado el brote pandémico. De todos modos, en los días iniciales de marzo de 2020, las comunidades autonómicas españolas con más contagios empezaron a tomar medidas como la reducción de aforos, cancelación de clases en instituciones educativas o cirugías y atenciones ambulatorias en las instituciones de salud.

El 14 de marzo de 2020, el presidente de gobierno, Pedro Sánchez, anunció el estado de alarma, régimen de excepción constitucional que se utilizaba por

segunda vez desde la dictación de la Constitución y que implicó una cuarentena nacional a fin de contener los contagios que, a la fecha, sumaban más de cuatro mil y cuya implementación entró en vigor al día siguiente del anuncio. El estado de alarma se prolongó por varios meses y no estuvo exento de polémica por el cuestionamiento relativo a su constitucionalidad, circunstancia que fue zanjada por el Tribunal Constitucional español que, a la fecha, ha declarado inconstitucionales el primero y segundo de los estados de alarma, entre otros motivos, por considerar que la duración de la prórroga tuvo un carácter infundado y no fue efectivo el necesario control parlamentario.

Como se ha reseñado en las páginas de esta memoria respecto de Chile y Colombia, a la aparición de los primeros casos de contagio, se sucedieron a las primeras medidas, disposiciones y recomendaciones de las instituciones estatales a fin de limitar la propagación del virus y salvaguardar los empleos bajo el paraguas de la, hasta el momento, muy minoritaria modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, y la consecencial declaratoria de estado de excepción, alarma o emergencia, que trajo aparejada la inmovilización más o menos drástica de amplios sectores de la población y de un conjunto no menor de sectores económicos; es en este contexto que aparece en España, el 17 de marzo del año 2020, el Real Decreto-ley N° 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

En el referido Decreto-ley se aborda una amplia gama de medidas destinadas a poner al Estado y sus instituciones al servicio de una sociedad golpeada por el contexto pandémico, medidas que también comprometen a los privados en el marco del estado de alarma; esto se advierte con absoluta claridad en la recomendación general del carácter preferente del trabajo a distancia referido en su capítulo 1 artículo 5, o la moratoria de la deuda hipotecaria para el que se define un ámbito de aplicación y los requisitos de vulnerabilidad en el marco del estado de alarma, recogidos en el capítulo 1, entre los artículos 7 y 16. (Boletín Oficial del Estado, 2020)

Sin embargo, es el capítulo segundo del decreto en comento, el que concita el interés de esta investigación en tanto se ocupa de las “medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”, que en su artículo 22 aborda las suspensiones de contrato y reducciones de jornada por causas de fuerza mayor, caracterizándolas de la siguiente manera:

Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditadas, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. (Boletín Oficial del Estado, 2020)

Este artículo también detalla un procedimiento que se inicia a solicitud de la empresa, fundado en la pérdida de actividad como consecuencia de fuerza mayor en el contexto de alarma por Covid-19, que también debe comunicarse a los trabajadores y sus representantes; la fuerza mayor debe ser constatada por la Inspección del Trabajo y seguridad social y, en un plazo de cinco días, la autoridad laboral competente debe dictar la resolución de procedencia o no de la fuerza mayor alegada por el empleador.

En el artículo 23 también se aborda el procedimiento aplicable a la suspensión, en el contexto de estado de alarma por Covid-19, pero por causa económica, técnica, organizativa y de producción; sin embargo, analizarlo con detalle, excede los

límites de la presente investigación; en el artículo 24 y en el marco de las medidas extraordinarias que se abordan en este decreto, se determina la exoneración del aporte patronal encuadrado en la normativa derivada de la Ley de seguridad social para los meses de marzo y abril de 2020 en empresas con menos de 50 trabajadores y de un 75% de este aporte para las que tengan más de 50 trabajadores y estén acogidas a los procedimientos de suspensión de contrato o reducción de jornada. Del mismo modo, señala que esta exoneración en la recaudación no tendrá efectos en el trabajador cotizante, pues se entenderá dicho período como efectivamente cotizado.

Es posible advertir que en el caso español, como en el colombiano, la normativa específica remite al estatuto de los trabajadores, código del trabajo o como en cada país se denomine a la norma específica que rige las relaciones laborales entre privados. En el estatuto de los trabajadores, la sección tercera del capítulo tercero se titula “Suspensión del contrato” y comprende del artículo 45 al 48 de este cuerpo normativo. Y tras numerar las causales de suspensión, entre las que en el artículo 45 número 1 letra i, se encuentra fuerza mayor temporal; en el número 2 del mismo artículo, define la principal implicancia de la suspensión para los contratantes, esto es, que los “exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”. (Boletín Oficial del Estado, 2022, p.94)

Es, sin embargo, el artículo 47 del estatuto, el que detalla el procedimiento de suspensión de contratos o reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y en el marco del contexto de estado de alarma, como ya se advirtió, también es aplicable en caso de fuerza mayor por Covid-19, el que aborda la recurrencia a los Expedientes de Regulación Temporal del Empleo (ERTE), que habilitan a los trabajadores que se encuentren suspendidos por estas causales a percibir una prestación por desempleo y que, dado el carácter temporal de la suspensión o reducción de jornada al término de esta o de las condiciones contextuales que habilitan su procedencia, la relación laboral sea rehabilitada en todas las obligaciones mutuas para los intervinientes.

A grandes rasgos, el ERTE habilita al trabajador en suspensión contractual a percibir, a cuenta de la prestación de desempleo administrada por el Servicio Público de Empleo Estatal, los primeros 180 días una renta que corresponde al 70% y que desciende al 50% a contar del séptimo mes, siempre y cuando se encuentre la causal habilitante debidamente calificada y, en este caso particular, en el marco del estado de alarma que constata el Covid-19 como fuerza mayor; esta prestación en condiciones generales se obtiene habiendo contribuido al menos 360 días y se calcula en base a lo cotizado en los últimos 180 días, con una definición de topes mínimos y máximos; sin embargo, con la finalidad de evitar despidos y aliviar la situación de los trabajadores, el Real Decreto-Ley N° 8/2020 vino a flexibilizar ciertas exigencias en orden a, en el contexto pandémico y de duración del estado de alarma, rebajar la exigencia de cotización mínima para acceder a las prestaciones, como también la extensión del tiempo de las mismas, apuntaladas con transferencia de fondos del Estado.

Ya se ha advertido, en el apartado referido al caso colombiano, que a diferencia de lo que pasa en el sistema normativo laboral chileno, también la regulación especial en España regula orgánicamente, a través del estatuto de los trabajadores, la suspensión laboral y lo hace de modo bastante preciso, no solo definiendo a qué se refiere y señalando causales, sino detallando un procedimiento específico y el sistema institucional que se debe hacer cargo de atender cada momento, fijando responsabilidades de gestión y económicas, aunque específicamente las últimas fueron desbordadas y requirieron ser apoyadas por transferencias adicionales, como en los otros casos abordados, desde fondos específicos por el contexto pandémico; en el caso español, se advierte madurez en la estructuración de cómo abordar institucionalmente un supuesto de suspensión a partir de encontrarse este previsto en su estatuto.

3.2. Apuntes para una propuesta normativa

En el apartado cuarto del capítulo primero de esta memoria, se ha esbozado la idea de cómo una regulación orgánica de la suspensión laboral por caso fortuito o

fuerza mayor en el marco jurídico chileno, representa una oportunidad en la medida de que entrega certezas a la sociedad, en al menos dos grandes aspectos. Primero, respecto de los procedimientos del Estado, su institucionalidad y la capacidad de prefigurar y regular de modo somero las relaciones en el mundo privado, en particular en lo relativo al ámbito del empleo; segundo, y en absoluta coherencia con la tradición jurídica chilena, insertándose como regulación permanente, a través de legislación especial o con su inclusión en el Código del Trabajo.

En este sentido, este apartado del capítulo tercero que se ha denominado “Apuntes para una propuesta normativa”, se viene a hacer cargo de presentar un planteamiento a partir de la ley que motiva este estudio, analizada en el capítulo segundo, tomando como puntos de referencia la legislación comparada específica examinada en los casos colombiano y español, vistos en este mismo capítulo. Por lo tanto, en los párrafos siguientes, el afán que se persigue es exponer la factibilidad de que la norma se consolide más allá de su excepcionalidad derivada del contexto pandémico y, posterior a ello, plantear los detalles afinados de cómo una norma así podría funcionar en el marco normativo chileno desde algunos de los ámbitos que se han abordado en el curso de la realidad y expresado en esta investigación, tales como: procedimientos, institucionalidad coadyuvante, financiamiento, entre otros.

Con miras a formular una propuesta normativa, el primer aspecto que se debe dilucidar es la pertinencia de regular la suspensión laboral en el sistema normativo laboral chileno, lo que a todas luces, tras lo revisado en el curso de esta investigación, conduce a responder afirmativamente, teniendo en consideración que permitiría listar las situaciones en que esta institución del derecho laboral opera y abriría la posibilidad de entregar algunas definiciones, desde genéricas hasta más descriptivas y extensas, de cómo quedan comprometidas las obligaciones en cada caso. De todos modos, esta regulación debería implicar necesariamente la movilidad de la causal número 6 del artículo 159 del Código del

Trabajo, que habilita el término de la relación laboral sin derecho a indemnización por “caso fortuito o fuerza mayor” a este supuesto nuevo artículo “bis” del Código o a su desarrollo en una ley especializada, que regule la suspensión, más acorde a los listados que se han referido en el Código o Estatuto de Colombia o España, respectivamente, que es donde se ubica el caso fortuito o fuerza mayor, como causal de suspensión y no de término de la relación contractual.

Es el caso español, sin embargo, el que muestra una definición más acabada de la suspensión laboral en el Estatuto de los Trabajadores, que cuenta con un apartado especial y posee definidos procedimientos que, teniendo en cuenta su tradición de negociación sindical, involucra a empleadores, representantes de los empleados e instituciones del Estado en las negociaciones orientadas a la toma de decisiones y comunicaciones vinculadas al proceso de suspensión o reducción de jornada. Este procedimiento se muestra interesante en tanto estructura una forma de operar a la que viene a adosarse un motivo más, con la dictación del Real Decreto Ley N° 8/2020 del 17 marzo; esto a diferencia de lo que pasó en Chile, donde necesariamente se tuvo que partir de cero puesto que fue necesario hacer precisiones en sentido contrario a lo sostenido por el Código del Trabajo, alertando el sentido restrictivo para la procedencia del término de contrato por fuerza mayor o caso fortuito, para posteriormente dictar una legislación especial de suspensión laboral por fuerza mayor o caso fortuito por acto de autoridad, que implementó un procedimiento desconocido para empleados, empleadores e instituciones coadyuvantes.

La situación descrita en el párrafo anterior pone en evidencia la razonabilidad de que una institución de derecho laboral como la suspensión, se encuentre orgánicamente recogida o bien regulada en legislación especializada, con su definición, causales y procedimientos, puesto que, además de propender certeza jurídica, permite familiarizar a los actores, en este caso empleadores, empleados e instituciones coadyuvantes, con un procedimiento determinado, de modo que no se tendría que asumir la curva de aprendizaje y error que toda puesta en marcha

supone, permitiendo que las crisis encuentren, además de instituciones y financiamiento, procedimientos de interrelación con alguna data de establecimiento, como sucedió en el caso español a diferencia del caso chileno, donde en medio de la crisis se establecieron nuevos procedimientos.

De manera tal, se hace patente que durante la crisis se produjo el afianzamiento del aprendizaje del procedimiento que vinculó la suspensión al seguro de cesantía a través de la declaración realizada por los empleadores, o en subsidio de los empleados, a las entidades laborales competentes, sistema que al igual que en salud, debió necesariamente funcionar integrado, puesto que, por un lado, la AFC debía ocuparse de, entre otras funciones, pagar el subsidio de cesantía a los trabajadores suspendidos o complementar proporcionalmente la remuneración a aquellos con reducción de jornada y, por otro lado, a la Dirección del Trabajo y a un sinnúmero de entidades del Estado les competía un rol de aportantes de información significativa y fiscalización durante el proceso. En este sentido, el entrenamiento no solo involucró a empleados y empleadores, sino a una institucionalidad que debió actuar en conjunto y que sería necesario continuar con un vínculo semejante de actuación articulada, de mantenerse la institución de la suspensión en el tiempo con ribetes semejantes a los definidos bajo la normativa que se configuró para este evento en particular.

Por lo expuesto, y aún excediendo los límites de la investigación que motiva esta memoria, pero fundamental en el financiamiento de una normativa de suspensión laboral que siga vinculando el pago del subsidio al seguro de cesantía o desempleo, resulta revisar la institucionalidad preexistente como en el caso chileno la Ley N° 19.728, que establece un seguro de desempleo, pero también como se ha visto con claridad en el caso español, donde se recurre a la figura de los ERTE, que habilitan la entrega de subsidios de desempleo administrados por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Teniendo en consideración lo referido en el párrafo anterior, en el entendido de que la ley que se ocupa del desempleo debería ampliar su marco de acción a la suspensión, es importante además pensar en robustecer los porcentajes de otorgamiento, considerando coberturas como las del caso español, por poner un ejemplo, urgiría redefinir su financiamiento puesto que en una comparación genérica se sitúa muy por debajo del sistema que cumplió el mismo rol en España y su financiamiento es significativamente mayor, mientras en el referido país entre aporte de empleador y empleado el porcentaje de recaudación se sitúa entre 7,05% y 8,30% de la remuneración imponible²; en Chile, la suma de ambos aportantes asciende a 3%, por lo que de consolidarse esta como institución coadyuvante en el pago de subsidio por suspensión laboral o reducción de jornada por fuerza mayor o caso fortuito, sería necesario un incremento en el aporte que se descuenta con cargo a los empleadores y empleados, con la finalidad de financiar el robustecimiento de este fondo.

Se ha referido la pertinencia de regulación de la institución de la suspensión laboral en general y en particular de la inclusión de la causal de fuerza mayor o caso fortuito, propiamente tal o debidamente calificado por un acto de autoridad; se reconoce acertada la vinculación para el pago de subsidio por reducción de jornada o suspensión laboral a la AFC, y se ha reconocido la necesidad de, en caso de mantener la norma fuera del contexto pandémico en operación, incrementar paulatinamente los porcentajes de aporte para el financiamiento de esta entidad, que se constituiría como pagadora, en el marco de la suspensión que se sumaría a la cesantía; a continuación, toca abordar con mayor detalle aspectos relativos al procedimiento, y una reflexión en torno a la pertinencia si la causal de procedencia de suspensión laboral conducente a subsidio debería operar de pleno derecho por acto de autoridad, acreditarse por resolución de entidad técnica estatal o tras resolución de autoridad constituida en procedimiento

² No se trata solo de una variación de porcentajes, sino también de “ampliar el acceso a trabajo de calidad” y bien remunerado, como han venido señalando de modo constante los estudios económicos realizados por la OCDE sobre Chile.

que implique participación de varios actores intervinientes en la relación contractual.

En relación al procedimiento a seguir en caso de encontrarse la empresa en condiciones de aplicar para suspensión laboral o reducción de jornada de sus empleados, es relevante observar que la ley chilena ya advierte espacios de participación, aunque no alcanza a desarrollarlos con la precisión que sería deseable. Por ejemplo, se plantea la necesidad de informar a la organización sindical, en caso de que esta existiera, de algunos de los procedimientos en curso, y también habilita al trabajador individualmente o a las organizaciones sindicales para actuar colectivamente en representación de los trabajadores, en caso de vulneración de sus derechos por incumplimiento en la presentación de antecedentes que justifiquen el acogerse a la ley que habilita la suspensión. Asimismo, si bien entrega la función de fiscalización a determinadas instituciones y señala penalidades por infracciones, no se ocupa con claridad de, por ejemplo, la intensidad y extensión de la fiscalización que debe ser ejercida por instituciones como la Inspección del Trabajo, en el curso completo del procedimiento.

Es relevante advertir que lo expresado en la segunda parte del párrafo anterior, guarda coherencia con el contexto actual, en la medida en que hay una demanda por cada vez mayor participación de todos los actores involucrados en el marco de la relación contractual laboral, y esto incluye la toma de decisiones o la incorporación en espacios de participación de los empleados en procedimientos donde se determinan o resuelven circunstancias que los afectan directamente, como sería el caso de la suspensión o reducción de jornada, como también cabe definir con especial claridad el rol de fiscalización activa que deben ejercer algunas entidades estatales; es, en ese sentido, que el procedimiento contenido en el artículo 22 del capítulo segundo del Real Decreto Ley N° 8/2020 del 17 marzo de España, entrega un procedimiento que, a modo de ejemplo, se acomoda a la expectativa del proceso participativo, resolutorio y con atribuciones de fiscalización activa, que puede ser útil para pensar una propuesta normativa

chilena, que permanezca en el tiempo, sobre esta materia desde una perspectiva procedimental:

a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del Covid-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas. b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas. c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días. (Boletín Oficial del Estado, 2020)

La extensa cita anterior, que recoge el procedimiento contenido en el real decreto legislativo español ya referido, es comparable al procedimiento previsto en la norma chilena en varios aspectos; sin embargo, presenta una mejor articulación procedimental, derivada también de la vinculación al estatuto de los trabajadores que tiene ya desarrollados aspectos, respecto de los cuales la norma chilena debe detenerse por no estar, a diferencia del caso español, regulados con anticipación.

Finalmente, es relevante ocuparse de cómo debería operar una norma de suspensión laboral ante una causal de caso fortuito o fuerza mayor, esto en relación a la invocación de la causal para el inicio del procedimiento para acceder al subsidio y los beneficios derivados de acogerse a este régimen. En este sentido, la definición general que contempla la Ley N° 21.227 es a toda luz pertinente, en tanto opera de pleno derecho ante invocación de actor interesado, de preferencia empleador, en el marco de acto de autoridad que implique una inmovilización que haga imposible la realización de las obligaciones principales entre contratantes, entendiéndose que el acto de autoridad es una resolución que valida como tal la causal, en este caso de fuerza mayor; o podría darse el caso de una catástrofe natural, donde la destrucción efectiva de un espacio físico o el acceso a este impida también el cumplimiento de las obligaciones primicias entre contratantes, configurándose la causal de caso fortuito, que podría validarse con la convalidación posterior de la autoridad por ser un hecho material. Sin embargo, en el contexto de catástrofe, pandemia o calamidad, hay estragos que se van a mantener por un tiempo posterior a la ocurrencia misma del hecho o circunstancia y este período de afectación estaría determinado, o no, por un estado de excepción constitucional. Es aquí donde la institucionalidad laboral debe jugar un rol determinante a través de procedimientos resolutivos que verifiquen el cumplimiento de los requisitos de los empleadores que invoquen acogerse al régimen de beneficios derivado de la suspensión para sí y sus empleados.

CONCLUSIONES

Esta memoria partió postulando que resultaría necesario regular orgánicamente la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor en el ordenamiento jurídico laboral chileno, y que la Ley N° 21.227 suponía una oportunidad, en tanto esfuerzo de configuración normativa, que debía ser aprovechado como sustrato de esta regulación. Al respecto, en el curso de la exposición descriptiva y en la argumentación que se ha ido desarrollando, ya se han esbozado y sustentado algunas conclusiones, tales como: la frecuencia de exposición a riesgos naturales en la geografía chilena, la importancia de una institucionalidad que otorgue certezas a la sociedad de modo particular en contextos de crisis y la referencia a la tradición jurídica en la que Chile está inscrito; las dos últimas conclusiones refrendadas en sus efectos con la breve revisión de cómo han operado, en estas circunstancias, marcos normativos similares, como lo son el colombiano y el español. A continuación, se presentarán las conclusiones acompañadas de lacónicas descripciones, a fin de reintroducir el sustento ya esgrimido en el desarrollo de la memoria, para pasar a revisar un hecho verificable respecto de la normativa específica que se aborda y que tiene relación con su efectividad en la contención efectiva de la pérdida de empleos durante un lapso temporal específico, haciendo tangible principios como el de continuidad del contrato de trabajo y el principio pro-operario, inspiradores, qué duda cabe, de la suspensión laboral.

Frecuencia de exposición a riesgos: si bien hay coincidencia en la literatura especializada respecto a qué circunstancias, con la intensidad y extensión de la pandemia, suelen acaecer con periodicidad cuasi-centenaria, pues en los registros históricos sería la gripe española la circunstancia pandémica comparable con lo acontecido con el Covid-19 desde 2020, también hay coincidencia entre expertos de que las características de la geografía y clima del territorio que ocupa Chile lo dota de una excepcionalidad que le permite la obtención de ventajas, como también lo expone a riesgos naturales y catástrofes que pueden ir desde

terremotos de alta intensidad que pueden afectar muy amplios espacios del país, a deslizamientos, erupciones volcánicas u otros fenómenos que pueden comprometer espacios más acotados y en los que se desarrollan importantes actividades económicas que merecen, cada tanto, la emisión de dictámenes administrativos que precisan el tratamiento del caso fortuito y fuerza mayor en el marco del contrato de trabajo, por lo que definir y configurar una institucionalidad que se haga cargo teniendo como referencia este ensayo que se tuvo que desarrollar en un contexto de crisis, perfeccionándolo, claro está, es una alternativa que no deja de tener una viabilidad que, como se ha visto en los capítulos anteriores, bien valdría la pena explorar.

Institucionalidad: en el capítulo tercero de esta memoria, se han presentado los casos colombiano y español, en el sentido de cómo estos Estados hicieron frente al contexto pandémico a partir de las herramientas normativas con las que contaban y otras que debieron construir; se han referido las coincidencias y de modo particular en la forma cómo el marco jurídico laboral español hizo frente, se han advertido grandes similitudes en la estructura de la ley chilena, aunque se estableció que contar con una regulación orgánica, una definición, causales establecidas, procedimientos y un entorno y ecosistema institucional prefigurado para actuar en el contexto pandémico, que no tuvo que probarse como innovación en medio de una crisis, sino solo agregársele estrés y volumen, marcan una diferencia que descomprime el ambiente de incerteza entre actores, rebaja la tensión de la novedad institucional e inclusive puede significar un alivio en términos de tener una previsión presupuestaria base y no desordenar las finanzas públicas al tener vinculado un fenómeno probable a una institución y su glosa presupuestaria; se debe referir que fue un acierto en el diseño de la ley chilena que, como en el caso español, se asimilara el beneficio percibido por la suspensión al otorgado en caso de desempleo y se definiera la institucionalidad encargada de su otorgamiento como responsable de la asignación. En conclusión, importa una regulación orgánica de la suspensión, respecto de su definición, procedimientos e institucionalidad coadyuvante, puesto que incide de manera

positiva en los actores sociales, respecto de la capacidad del Estado para prefigurar y regular, de algún modo, las relaciones en el mundo privado, en particular, en lo relativo al ámbito del empleo.

Tradición jurídica: la regulación orgánica de instituciones jurídicas integra la tradición de derecho del que hace parte Chile; aunque la tendencia más contemporánea sea la “descodificación”, sea con su inclusión en el Código del Trabajo o manteniéndose como normativa especial a modo de ley específica, regular de modo permanente la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor, atribuyéndole una definición clara, procedimientos y vinculación a un ecosistema de seguridad social, se muestra del todo pertinente. Un aspecto clave de esta tradición jurídica romano-canónica, en la que se inscribe Chile, es precisamente el afán por las certezas, por la previsibilidad y, como se ha visto en la revisión comparativa, en el caso español de modo particular, tener previamente regulada la suspensión, hizo posible una mejor adecuación del entorno institucional a un contexto de crisis, como el pandémico.

Vista la pertinencia de una regulación que, en específico, se ha referido a la suspensión laboral por caso fortuito o fuerza mayor, por tratar de ello la normativa revisada, pero constituyendo esta solo una causal de la regulación que se reclama, puesto que abordar las demás causales excedería los límites de esta investigación, no cabe duda de que la relevancia y utilidad de la misma reclaman un tratamiento o bien inserto en el Código del Trabajo o en una ley especializada como la revisada, pero reforzada, capaz de aglutinar todos los supuestos de suspensión laboral en el ordenamiento nacional. Pues, a todas luces, la institución tras su uso extensivo en el marco de la pandemia y la habituación con esta que se ha producido entre los actores intervinientes en la relación contractual laboral durante el contexto pandémico, hace prever que en lo sucesivo será reclamada como institución de resguardo de la relación laboral, al permitirle afrontar vicisitudes propendiendo a la continuidad de la misma, resistiendo la tendencia al

término en circunstancias que podrían caer dentro del marco de una suspensión que, bien regulada, beneficie a todos los incumbentes.

Finalmente, si bien las reflexiones y conclusiones vertidas en los párrafos anteriores encuentran asidero en la doctrina y el derecho comparado, para el caso específico de la Ley N° 21.227, existen indicadores de la realidad que ponen en evidencia que esta normativa fue efectiva al contener el descalabro en la empleabilidad en el peor momento de la crisis derivada de la pandemia por Covid-19 que se vivió en el año 2020; al respecto, en agosto de ese año, David Bravo señalaba:

Nosotros mostramos que hay una pérdida de 2,3 millones de empleos en un año y a eso tenemos que adicionarle parte de los empleos que hoy están siendo protegidos gracias a la Ley de Protección del Empleo, pero que están en riesgo (...) Aseguró que, de no ser por la Ley de Protección del Empleo, esa pérdida de empleos que tendríamos en Chile hoy día sería del orden de 2,8 millones. (El Mostrador, 2020)

De acuerdo a la “Encuesta Nacional de Empleo” confeccionada por un grupo de expertos en estadísticas laborales del Instituto Nacional de Estadísticas, y presentada en octubre del año 2020, con datos procesados hasta julio de dicho año, con un universo de empresas de diversos rubros que habían contestado la encuesta, en julio, un 37,3% de empresas de distintos rubros registraba trabajadores en suspensión laboral adscritos a la Ley N° 21.227, y el 53,4% de empleadores acogidos a esta ley creía que, en los próximos tres meses, tendrían que terminar los contratos de sus colaboradores a diferencia de los empleadores no acogidos a esta norma, donde la percepción relativa a desvinculaciones futuras descendía a 12.5% (INE, 2020). Esta estadística confirma las afirmaciones ya referidas en el párrafo anterior, en relación a cómo la ley contuvo en alguna medida la inusual y masiva pérdida de empleos que gatilló la pandemia.

Fueron los primeros meses del año 2020 los que mayor porcentaje de trabajadores suspendidos tuvieron, siendo el mes de mayo con 40% el punto más álgido y diciembre de 2020 el más bajo con 1,4%; la norma se mostró efectiva, pese a su implantación en medio de una crisis que no se había dimensionado por ningún Estado; al respecto, David Bravo, director del Centro de Encuestas de la Universidad Católica, señaló:

(...) la LPE representa una de las lecciones positivas de las políticas en pandemia y será el punto más destacado cuando se haga el balance más adelante, en contraste con el punto más bajo, que lo han representado los retiros de los fondos de pensiones (...) es una muestra de cómo la institucionalidad adecuada ya existente se puede adaptar para enfrentar una coyuntura de la envergadura del impacto del Covid. Fue posible en esta oportunidad usar la Ley de Protección del Empleo, porque se tenía un seguro de cesantía con fondos acumulados y con reglas e institucionalidad funcionando. (La Tercera, 2021)

A modo de colofón, se debe señalar que la Ley N° 21.227, también conocida como Ley de Protección del Empleo, se ha mostrado exitosa para hacer frente a las difíciles circunstancias para las que fue concebida, y el procedimiento que ha legado su formulación en tiempo de crisis, vincula una institucionalidad preexistente que ha funcionado correctamente y ha cumplido con contener la ocurrencia de un perjuicio mayor; por tanto, esto incide sobre la conveniencia de que esta normativa, su procedimiento y su vinculación institucional, tengan proyección temporal en atención a la consabida frecuencia de exposición a riesgos, relevancia de la certeza institucional en un marco jurídico y la coincidencia con los principios que informan la tradición jurídica en la que Chile se inscribe.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía General

Alegría, C., Pinto, C. (2005). *La suspensión de la relación laboral*. (Memoria de licenciatura. Inédita). Santiago, Chile: Universidad de Chile.

Benrey-Zorro, J. (2011). Análisis de la figura de la suspensión de contrato de trabajo del trabajador particular en Colombia y algunas menciones a la legislación extranjera. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13, 379-410.

Boletín Oficial del Estado (2020). Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19. España. Editorial Boletín Oficial del Estado.

Boletín Oficial del Estado (2022). Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. España. Editorial Boletín Oficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2022-139

El Mostrador (2020). El pronóstico del economista David Bravo sobre la pérdida de empleos: “Esto va a ser a ser superior a la crisis de 1982”. Recuperado de <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/08/13/el-pronostico-del-economista-david-bravo-sobre-la-perdida-de-empleos-esto-va-a-ser-superior-a-la-tesis-de-1982/>

INE (2020). Encuesta Nacional de Empleo. Grupo de Expertos en Estadísticas Laborales. Recuperado de [https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/comites-y-notas-tecnicas/2020/comite%20t%20cnico-de-expertos-estad%20sticas-laborales-\(octubre-2020\).pdf](https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/comites-y-notas-tecnicas/2020/comite%20t%20cnico-de-expertos-estad%20sticas-laborales-(octubre-2020).pdf)

Lanata Fuenzalida, G. (2010). *Contrato individual de trabajo*. (4ª ed.). Santiago, Chile: Edición Abeledo Perrot.

La Tercera (2020). David Bravo y la encuesta de empleo de la UC que llegó en el momento oportuno. Recuperado de <https://www.latercera.com/pulso/noticia/david-bravo-y-la-encuesta-de-empleo-de-la-uc-que-llego-en-el-momento-oportuno/RA7FTK2KUVDPJMVH3DGQN7BXP/>

La Tercera (2021). Las cifras de un año de la Ley de Protección del Empleo. Recuperado de <https://www.latercera.com/pulso/noticia/las-cifras-de-un-ano-de-la-ley-de-proteccion-del-empleo/WM4T5WZMLBDVPPFP4FVH4BP364/#:~:text=Como%20era%20de%20e sperarse%2C%20el,con%20un%2015%2C1%25>

Merryman, J., Pérez-Perdomo, R. (2014). *La tradición jurídica romano-canónica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2020). Decreto Legislativo N° 639 de 2020. Colombia. Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativapor el que se aprueba/normativa/DECRETO%20639%20DEL%208%20DE%20MAYO%20DE%202020.pdf>

Ministerio de Salud Colombia (2020). Boletín de prensa N° 50 de 2020. Colombia. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-confirma-su-primer-caso-de-COVID-19.aspx#:~:text=%E2%80%8B%2DLa%20paciente%20acudi%C3%B3%20a,6%20de%20marzo%20de%202020>

Ministerio del Trabajo Colombia (2020). Decreto Legislativo N° 770 de 2020. Colombia. Recuperado de

https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/docs/decretos/mintrabajo/324_DECRETO_770_020.pdf

Ministerio del Trabajo Colombia (2020). Decreto Legislativo N° 801 de 2020. Colombia. Recuperado de https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/docs/decretos/mintrabajo/336_DECRETO_801_DEL_4_DE_JUNIO_DE_2020.pdf

Pasco Cosmópolis, M. (1997). Suspensión del contrato de trabajo. En De Buen, N., Morgado, E. (Eds.). *Instituciones del derecho del trabajo y la seguridad social*. (1ª ed., pp. 481-499). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rojas Miño, R. (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*. (1ª ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

RTVE (2022). Dos años del primer caso de Covid-19 en España: un turista alemán de vacaciones en La Gomera. España. Recuperado de: <https://www.rtve.es/noticias/20220131/dos-anos-primer-caso-covid-19-espana/2275660.shtml>

Tapia, M. (2020). *Caso fortuito o fuerza mayor*. (3ª ed.). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Vida Soria, J. (1965). La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo. *Revista de Política Social*, 70, 251-266.

Leyes

Ley N° 21.227

Ley N° 21.232

Dictámenes Dirección del Trabajo

Chile. Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico (2016). Dictamen se pronuncia acerca de la obligación del empleador de otorgar beneficio de sala cuna durante la huelga de los trabajadores. Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-109898.html>

Chile. Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico (2019). Dictamen Fuerza Mayor o caso fortuito. Condiciones meteorológicas adversas. Suspensión de las obligaciones principales del contrato de trabajo. Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-116532.html>

Chile. Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico (2019). Dictamen Fuerza Mayor o caso fortuito. Suspensión de las obligaciones principales del contrato de trabajo. Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-117856.html>

Chile. Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico (2020). Dictamen emite pronunciamiento sobre los efectos de las medidas dispuestas por la resolución exenta N° 202 del Ministerio de Salud. Recuperado de https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-118468_recurso_pdf.pdf

Chile. Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico (2015). Dictamen emite pronunciamiento sobre aluvión. Contratos de trabajo. Efectos. Causal de terminación. Caso fortuito o fuerza mayor. Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-105398.html>