

EL SEGURO DE DESEMPLEO

Yenny Pinto Sarmiento⁽¹⁾

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Durante su vida y por diversas razones, el ser humano puede enfrentar problemas que le hacen imposible adquirir bienes o servicios indispensables para vivir, originando el llamado estado de necesidad o carencia de bienes⁽²⁾. A lo anterior debemos añadir que el 3 de junio de 2014, la Directora General Adjunta de la OIT, Sandra Polaski, dio a conocer que más del 70% de la población mundial no tiene verdadera protección social, de acuerdo a lo referido en un nuevo informe de la Organización Internacional del Trabajo, presentado en Ginebra. En dicho informe se señala que en promedio 39% de la población mundial carece de cuidados de salud, casi la mitad de las personas, 49%, que han superado la edad de jubilación, no reciben ninguna pensión, solamente el 30% de los trabajadores del mundo pagan cotizaciones para jubilación, y que muchas de las jubilaciones recibidas son limitadas. Junto a lo anterior se contempla que los gastos de protección social de desempleo varían mucho de un país a otro, por cuanto solamente el 12% de los desempleados perciben subsidios de desempleo⁽³⁾.

Este tipo de situaciones hacen surgir la Seguridad Social, pues, como indica William Beveridge, la Seguridad Social tiene por objeto: “abolir el estado de necesidad, asegurando a cada ciudadano en todo tiempo, una entrada suficiente

(1) Profesora de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte.

(2) Lanata Fuenzalida, G., Manual de legislación previsional, Santiago, Thomson Reuters, 2ª edición, 2015, p. 1.

(3) OIT, XIII CIET sobre PEA, Ocupados, Desocupados y Subocupados, octubre 1082, Ginebra.

para hacer frente a sus necesidades”⁽⁴⁾. Por su parte, a la Seguridad Social podemos definirla, de acuerdo a lo señalado por Beveridge, como: “un conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarían de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan”⁽⁵⁾. Es decir, la Seguridad Social es definida más por sus fines que por la forma de hacer o los medios utilizados para ello⁽⁶⁾.

Como se puede apreciar, puede afirmarse con Alonso Olea y Tortuero Plaza que: “en tal definición la Seguridad Social es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que esta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro”, y añaden que: “la Seguridad Social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro, allegando recursos que garanticen el mecanismo”⁽⁷⁾.

Con relación a las ramas de la Seguridad Social, debemos señalar que no existe hoy un criterio uniforme en cuanto a esta clasificación, aunque históricamente ha predominado la que señala seis disciplinas: medicina social, asistencia social, seguros sociales, servicios sociales y políticas de pleno empleo y de vivienda⁽⁸⁾. Por su parte, a nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 102⁽⁹⁾ sobre la Seguridad Social, indicó la existencia de nueve ramas principales: la asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez, y prestaciones de sobrevivientes⁽¹⁰⁾.

(4) Véase Núñez Ortega, J., *El seguro de desempleo*, Santiago, Editorial Parlamento, 2004, p. 25.

(5) *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, p.11. Disponible en http://lib-161.lse.ac.uk/archives/beveridge/9A_79_Full_employment_in_a_free_society.pdf.

(6) Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 14ª edición, 1995, p. 19.

(7) Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *ob. cit.*, p. 19.

(8) Así se señaló en el Informe sobre la reforma de la Seguridad Social Chilena de la Comisión de Estudio de la Seguridad Social. Disponible en https://books.google.cl/books?id=BsgEAmregLEC&pg=PR20&lpg=PR20&dq=informe+sobre+la+reforma+de+la+seguridad+social+chilena+comisión+de+estudio+de+la+seguridad+social&source=bl&ots=VcwZM-u7oV&sig=Px0PAAZTSIjmwluF3M5wV0ew4tU&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewjenom075_JAhXNp5AKHbeOCpEQ6AEIKTAD#v=onepage&q=informe%20sobre%20la%20reforma%20de%20la%20seguridad%20social%20chilena%20comisión%20de%20estudio%20de%20la%20seguridad%20social&f=false.

(9) Convenio adoptado en la 35ª reunión de la conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra el 28 de junio de 1952. En su parte IV establece las “prestaciones de desempleo” señalando en el artículo 19 que “todo miembro por el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo (...)”.

(10) Lanata Fuenzalida, G., *ob. cit.*, p. 14-15.

Como podemos observar, entre los acontecimientos de los que se preocupa la Seguridad Social se encuentra el desempleo, que ha sido objeto, a nivel mundial, de debates acerca de cómo mejorar los instrumentos de protección social.

Por desempleo podemos entender, en sentido amplio: “la situación de quien ha tenido la intención de trabajar y no puede ejercitarla por carecer de un trabajo”⁽¹¹⁾. Por su parte, Alonso Olea y Tortuero Plaza lo han definido como: “la situación en que se encuentran quienes pudiendo y queriendo trabajar se hallan en desempleo total o parcial, siempre que advengan en tal situación tras un trabajo previo”⁽¹²⁾.

Además, es menester señalar que de acuerdo a lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española, el desempleo está referido al paro forzoso, por lo tanto, el desempleado es aquel que forzosamente se encuentra sin trabajo. A diferencia del cesante, que es quien se ha quedado sin trabajo. Por lo anterior, y como lo señala Arellano Ortiz, existe una gran diferencia entre ambos conceptos, “por un lado el desempleo dice relación con quien le es imposible trabajar y por el otro, la cesantía, aquel que estaba trabajando y deja de hacerlo por múltiples motivos”. Sin embargo la Ley emplea ambos conceptos como sinónimos utilizándolos indistintamente⁽¹³⁾.

Uno de los mecanismos para enfrentar esta problemática ha sido el seguro de desempleo, el que ha sido entendido como: “un sistema de cobertura que ha sido creado por las instituciones de previsión social, para otorgar a los trabajadores que se encuentren desempleados el goce de una prestación, siempre que cumplan con los requisitos que la Ley haya impuesto como condicionante para el ejercicio de este derecho. Para estos efectos, es necesario que el trabajador se encuentre afiliado al sistema y aporte mensualmente una cotización para contribuir a su financiamiento”⁽¹⁴⁾. El rol que cumplen este tipo de prestaciones es muy relevante, sobre todo, desde el punto de vista económico, contribuyendo en gran medida a disminuir los efectos perjudiciales de la pérdida del empleo, frenando escaladas ascendentes de desempleo, permitiendo al trabajador cesante contar con recursos imprescindibles para satisfacer sus necesidades. Y por otra parte, permite mantener un cierto nivel de consumo interno que es indispensable para la continuidad de la actividad productiva del sector privado, de la que a su vez depende, en gran medida, la generación de nuevos puestos de trabajo⁽¹⁵⁾.

(11) Novoa, p., *Derecho de Seguridad Social*, Santiago, Editorial Jurídica, 1977.

(12) Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *ob. cit.*, p. 207.

(13) Arellano Ortiz, p., “A un año de su vigencia, algunos tópicos de interés del seguro de desempleo”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Núm. 211, 2002, pp. 202-203.

(14) Núñez Ortega, J., *ob. cit.*, p. 38.

(15) Caamaño Rojo, E., “Seguro de cesantía y promoción del empleo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIV, 2003, p. 178.

Sin embargo una de las grandes dificultades, y así lo ha señalado Arellano, en torno a este seguro, es que en nuestro país no se encuentra definido legalmente, lo que ha provocado una serie de problemas, como –por ejemplo– en la tramitación del proyecto, donde se emitieron opiniones respecto a lo que se entiende por seguro de desempleo en el plano dogmático, estando algunas completamente erradas, llegando a confundir términos económicos con otros de Seguridad Social⁽¹⁶⁾.

En cualquier caso, al menos desde el punto de vista teórico, el seguro de desempleo no puede ser confundido con el subsidio de cesantía, que puede ser definido como: “una prestación mínima de tipo social, de carácter legal y pecuniario financiado por el Estado, cuya finalidad es acudir en ayuda del trabajador cesante.”, y que, por tanto, trasciende la idea de un seguro que cubre como contingencia y por cierto tiempo, el desempleo.

Analizaremos en los apartados siguientes la regulación chilena, una vez entrada en vigencia de la Ley N° 19.728.

II. LA LEY N° 19.728 Y LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO

A. Entrada en vigencia de la Ley N° 19.728: sus criterios orientadores y principios

Producto de un intenso proceso de consulta y diálogo social el 14 de mayo de 2001 se publica en el diario oficial la Ley N° 19.728, que establece un seguro de desempleo. Esta iniciativa se enmarca dentro del profundo proceso de transformaciones que experimenta el trabajo, tanto a nivel nacional como internacional, producto de la globalización y de los cambios introducidos al sistema de bienes y servicios y de las innovaciones en el orden tecnológico. Es en este contexto que las empresas se enfrentan a una creciente competencia, la que genera mayor movilidad relativa en el empleo, lo que hace necesario redefinir instrumentos acordes a las nuevas realidades, particularmente en caso de perder el empleo, por lo que ello implica.

En cuanto a los criterios orientadores del proyecto de Ley, podemos mencionar los siguientes:

- a) Mayor protección social, lo que responde a un política laboral que pretende la consecución del progreso social en el marco de un

(16) Arellano Ortiz, p., ob. cit., p. 203.

desarrollo económico, estable y sostenido. Persigue, por tanto, obtener resultados de justicia y equidad a todos los que contribuyen a lograrlo.

- b) Mantención de niveles de ingresos durante el período de cesantía. Ahora, el objetivo de este proyecto atendía a la necesidad de buscar un sistema que permitiera que cuando un trabajador perdiera su empleo, encontrara un mecanismo efectivo que le permitiera tener un ingreso mientras buscara un nuevo trabajo.
- c) Tomar en cuenta la experiencia comparada, en el sentido de examinar exhaustivamente la experiencia y tendencias de los países desarrollados, pero a la vez con el cuidado de formular propuesta acorde con nuestras posibilidades fiscales y económicas.
- d) Ahorro y fondo solidario: se combina un esquema de ahorro obligatorio, sobre la base de Cuentas Individuales por Cesantía, con la creación de un Fondo de Cesantía Solidario que opera como fondo de reparto.
- e) Efectos adicionales: se contempla el pago de una prestación a todo evento en beneficio del trabajador⁽¹⁷⁾, o de su familia si fallece. Además busca generalizar para los trabajadores dependientes las indemnizaciones, pensando en el caso de las negociaciones colectivas que pactan condiciones diferenciadas.
- f) Responsabilidad pública: con el objeto de complementar prestaciones básicas por un período razonable de búsqueda de empleo.

En cuanto a los principios de Seguridad Social que fueron recogidos en la iniciativa⁽¹⁸⁾ podemos mencionar los siguientes:

- a) Universalidad: al estar protegidos con este seguro todos los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, excluyendo solo a las trabajadoras de casa particular al tener un tratamiento especial en dicho código⁽¹⁹⁾.

(17) Tomando en cuenta que en muchos casos el trabajador no tiene derecho a indemnización cuando su contrato se extingue, como la renuncia, el mutuo acuerdo, caso fortuito, cumplimiento del plazo, o por las razones de caducidad.

(18) Disponible en: www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id...3/.../1/HL19728...

(19) La Seguridad Social establece entre sus principios una Universalidad subjetiva y otra objetiva; en cuanto

- b) Solidaridad: en el entendido que este seguro atiende un estado de necesidad, resguardando que los trabajadores de escasos ingresos tengan un régimen de prestaciones básicas si su cuenta individual por cesantía no se los permite⁽²⁰⁾.
- c) Uniformidad: el proyecto buscaba una igualdad, señalando que todos los trabajadores tendrían el mismo tratamiento jurídico frente a su derecho a prestaciones⁽²¹⁾.
- d) Subsidiariedad: en el sentido que el Estado conservaba su atribución de fiscalizar el cumplimiento de la normativa⁽²²⁾.

B) Sujetos del seguro

La Ley regula un complejo sistema subjetivo, en términos de cobertura. Hay sujetos protegidos que se incorporan automáticamente al régimen, otros que debe optar por él y, enseguida, la Ley establece una serie de trabajadores a quienes no alcanza la protección legal, como veremos seguidamente.

1. Personas protegidas

De acuerdo al artículo primero y segundo de la Ley N° 19.728, el seguro obligatorio de cesantía se establece a favor de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, que inicien o reinicien actividades laborales con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.728.

al principio de Universalidad subjetiva, como señaló Beveridge implica la obligación de proteger a la población que resulte afectada por alguna contingencia social, cualquiera fuera su causa, por medio de la acción solidaria de todos los integrantes del sistema, sin ninguna discriminación. En cambio la objetiva establece la obligación de cubrir los diferentes riesgos y contingencias sociales que afectan a la población, ya sea por falta de salud, medios económicos o por la adición de obligaciones derivadas de vínculos familiares. Es por esto que se considera que sería parte de estas contingencias la enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, muerte, viudez, orfandad, accidentes comunes y del trabajo, enfermedades profesionales, cargas familiares y por último, el que es objeto de nuestro estudio, el desempleo.

- (20) De acuerdo a lo señalado por Arellano: “este debe ser considerado como un principio inspirador de todos los sistemas de Seguridad Social” añadiendo que “todo sistema nacional de Seguridad Social que se considere como tal debe tener en cuenta que la protección que se entrega afecta a la población en su totalidad” (Arellano, p., ob. cit., p. 61).
- (21) Entre los principios de la Seguridad Social encontramos la igualdad, cuyo objeto es que la legislación establezca mecanismos para asegurar que toda persona sea tratada de la misma manera no importando su nacionalidad, sexo, edad, etc., puesto que el derecho a la Seguridad social es un derecho humano que no debe ser restringido a ninguna persona (Véase Arellano, p., ob. cit., p. 62).
- (22) Luego de las dos guerras mundiales, durante el siglo XIX y la confirmación de los Estados sociales de derecho y los Estados de bienestar, corresponde a los Estados asumir la responsabilidad respecto de la protección de las personas ante riesgos sociales, la que se manifiesta no solo a través de la ordenación y supervigilancia de la entrega de las prestaciones de Seguridad Social, sino además velar por la estabilidad financiera de la Seguridad Social (Arellano, p., ob. cit., pp. 60-61).

En cuanto a la afiliación al seguro podemos distinguir entre una afiliación automática y otra opcional.

En relación con la afiliación automática, la Ley establece que tendrán dicha afiliación los trabajadores dependientes que inicien o reinicien actividades laborales reguladas por el Código del Trabajo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.728, es decir a partir del 2 de octubre del 2002, los que serán obligados a cotizar a contar de la fecha en que se produzca la respectiva relación laboral, todo ello conforme al artículo 2 de la Ley. En estos casos, las cotizaciones destinadas al financiamiento del Seguro se devengarán a contar de la fecha en que inicien o reinicien la relación laboral, correspondiendo efectuar el primer pago de cotizaciones el mes siguiente de producida la afiliación automática, por aquellas remuneraciones devengadas el mismo mes de afiliación. Para los efectos legales y estadísticos se entenderá que dichos trabajadores se encuentran afiliados al Seguro a partir de la fecha que inician o reinician sus labores⁽²³⁾.

Por su parte, la afiliación opcional opera en el caso de los trabajadores que contaban con contrato ya vigente a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, conforme al artículo primero transitorio. A ellos se les reconoce un derecho de opción, pudiendo el trabajador optar voluntariamente por este sistema, estando obligado en ese caso a cotizar en los términos señalados por la Ley⁽²⁴⁾. Para hacer efectiva esta opción el trabajador debía comunicar al empleador su decisión de afiliarse al nuevo sistema con a lo menos 30 días de anticipación, la que se hacía efectiva el día primero del mes siguiente al de la recepción de la comunicación⁽²⁵⁾. Lo anterior, de acuerdo con la Ley, no afecta en modo alguno la antigüedad efectos de la indemnización por años de servicio⁽²⁶⁾.

A efectos de manifestar su opción al Seguro, los trabajadores deberán suscribir el formulario denominado Solicitud de Afiliación al Seguro de Cesantía, adjuntando en dicho acto fotocopias por ambos lados, de su cédula nacional de identidad legalmente válida. La suscripción del formulario podía efectuarla en su lugar de trabajo ante representante autorizado de la AFC, o concurriendo a un centro de atención de público de la Sociedad Administradora.

(23) Compendio de normas del seguro de cesantía.

(24) Caamaño Rojo, E., ob. cit., p. 180.

(25) En caso de no efectuar dicha comunicación no se entienden incorporados a dicho seguro, por ende, no tiene obligación de cotizar, por lo que aquellos trabajadores se registrarán por el DFL N° 150, de 1981. Dictamen de la SUSESO N° 029969 de 14/05/2013.

(26) Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 48.

Para los efectos legales y estadísticos se entenderá que el trabajador se encuentra afiliado al Seguro, a contar del primer día del mes siguiente a aquel en que se suscribió el formulario de afiliación⁽²⁷⁾.

2. Personas excluidas

El seguro establece una serie de exclusiones a varios trabajadores, como veremos seguidamente.

En primer lugar, los trabajadores del sector público. De acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 19.728, el seguro se establece a favor de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, por lo tanto, debemos excluir a los trabajadores que no estén regidos por dicho cuerpo legal. De acuerdo al artículo 1 del Código del Trabajo, se encuentran fuera de su ámbito de aplicación los funcionarios de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Poder Judicial, trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación y siempre que se encuentren sometidos por Ley a un estatuto especial.

El argumento que se dio para excluir a estos trabajadores, es que tienen su propio ámbito de protección otorgado por el Estatuto Administrativo, contemplado en la Ley N° 18.834, que en su artículo 146 señala que en el caso que se declare irrecuperable la salud de un funcionario, este deberá retirarse de la Administración dentro del plazo de seis meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad. Durante dicho plazo el trabajador no está obligado a trabajar y goza de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo las que serán de cargo de su empleador. Por esta razón, tiene un equivalente a la indemnización, pero solo en caso de enfermedad⁽²⁸⁾.

Este tema fue muy discutido en el Congreso, sobre todo para el caso de los funcionarios a contrata. Sin embargo, el Poder Ejecutivo señaló que la rotación era muy reducida y que no correspondía mezclar beneficios por término de la relación laboral de regímenes laborales distintos⁽²⁹⁾.

En segundo término, los trabajadores de casa particular. El artículo 2 de la Ley establece en su inciso tercero que lo dispuesto por esta Ley no regirá respecto de los trabajadores de casa particular. El fundamento de lo anterior es que este tipo de trabajadores cuentan con un sistema especial de indemnización por años de

(27) Compendio de normas del Seguro de Cesantía, Libro I.

(28) Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 57-58.

(29) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 600-601.

servicio a todo evento, que se financia con un aporte del empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible, contemplada en el artículo 163 inciso cuarto del Código del Trabajo⁽³⁰⁾. Para estos efectos, el empleador debe abrir una cuenta en una AFP, y deberá depositar mensualmente este aporte, que equivale aproximadamente a una indemnización de 15 días por años de servicio, lo que se determinará por los aportes más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos⁽³¹⁾.

En tercer lugar, los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje. El artículo 2 de la Ley también excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, que de acuerdo al artículo 78 del Código del Trabajo, es la convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida⁽³²⁾. El criterio utilizado para excluir a este tipo de trabajadores es que este seguro no fue creado pensando en ellos, sino más bien en aquellos que se han incorporado definitivamente a la vida laboral⁽³³⁾.

En cuarto lugar, los trabajadores menores de 18 años hasta que cumplan la mayoría de edad. Se esgrimieron los mismos argumentos que en el caso anterior, aunque el tema fue bastante discutido durante su tramitación por considerarlo discriminatorio.

Y, finalmente, los pensionados que continúan trabajando. La Ley establece que no regirá para los pensionados, salvo que la pensión se hubiere otorgado por invalidez parcial. En nuestro sistema existen dos tipos de invalidez, la regulada por el D.L. N° 3.500, que trata la invalidez común o no laboral, la que puede ser parcial; y la regulada por la Ley N° 16.744, que regula la invalidez laboral derivada

(30) Al respecto, la Dirección del Trabajo, en el Dictamen N° 3677/126 ha señalado que lo contenido en el inciso cuarto del artículo 163 no se aplica a los dependientes asimilados a los trabajadores de casa particular, lo que se regirán por las normas generales. Para esto precisa que son trabajadores de casa particular las personas que se dedican en forma continua, sea jornada completa o parcial, al servicio de una o más personas naturales o una familia, en trabajos de aseo o asistencia propios de un hogar. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 146 del Código del Trabajo ha asimilado a estos trabajadores a aquellas personas que realizan labores iguales o similares en instituciones de beneficencia cuya finalidad sea atender a personas con necesidades especiales de protección o asistencia, proporcionándoles los beneficios propios de un hogar. A quienes no se les aplica la presente normativa.

(31) Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 62.

(32) Además los artículos siguientes han establecido una serie de requisitos para este tipo de contrato, como no estar sujeto a la limitación del ingreso mínimo legal, que solo puede ser aprendiz los menores de veintiún años, que estos trabajadores no pueden exceder el diez por ciento del total de trabajadores ocupados a jornada completa en la respectiva empresa, que el contrato no puede exceder los dos años, etc.

(33) Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 62-63.

de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que también podría ser parcial. Por lo anterior surge la pregunta ¿a qué tipo de invalidez parcial se refiere la Ley N° 19.728? ¿a la regulada por la Ley N° 16.744, a la del D.L. N° 3.500, o a ambos? La doctrina ha entendido que, al no hacer la Ley distinción alguna, se aplica a ambas⁽³⁴⁾.

3. Situación especial de los trabajadores contratados a plazo o para una obra, trabajo o servicio determinado

En un primer momento, la Ley consagró un sistema especial para este tipo de trabajadores, cuya regulación se encontraba en los artículos 3, 21 y 22, disposiciones que posteriormente fueron derogadas por la Ley N° 20.328, publicada el 30 de enero de 2009 en el Diario Oficial.

Antes de la reforma, la obligación de cotizar era de cargo exclusivo del empleador, correspondiendo a un 3% de las remuneraciones imponibles, lo que era abonado íntegramente en la Cuenta Individual por Cesantía, es decir, los eximía de cotización. Una vez que terminaba el contrato por las causales del artículo 159, números 4 y 5 del Código del Trabajo, este tipo de trabajadores podía retirar en un solo giro en total acumulado en esta cuenta, debiendo acreditar, para ello, la terminación de contrato, un mínimo de seis meses de cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas, contados desde la afiliación al seguro o desde la fecha en que se había devengado el último giro que hubiere tenido derecho.

La razón para hacer este distingo era que este tipo de trabajadores tenía un contrato, por lo general, esporádico y de corta duración, además la idea se sustentó en el posible comportamiento oportunista que podía presentarse, poniendo en riesgo la estabilidad financiera del Fondo de Cesantía Solidario. Sin embargo, el año 2009 se modifica este sistema especial, en atención a que este tipo de trabajadores hasta el año 2008 representaban el 80% de los beneficiarios con este seguro, pero que solamente tenían acceso a los recursos acumulados en su cuenta individual de cesantía⁽³⁵⁾.

En la actualidad, es decir, de acuerdo con la reforma antes señalada, tienen acceso al Fondo Solidario y se modifica la distribución del aporte patronal y se destina solo el 2,8 % de la remuneración imponible a la Cuenta Individual de

(34) Véase Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 602. En el mismo sentido Núñez Ortega, J., ob. cit., p. 64.

(35) Además al año 2008 el 44% de los cotizantes del seguro correspondía a trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado, lo que hizo necesario replantear la restricción de acceso al Fondo de Cesantía Solidario para este grupo de trabajadores, especialmente en el contexto del establecimiento de un adecuado sistema de protección social para nuestro país. (Mensaje de la Ley N° 20.328, disponible en www.bcn.cl).

Cesantía y el 0,2% restante al Fondo Solidario. En caso de transformarse en contrato indefinido quedan afectos al régimen general de seguro de desempleo⁽³⁶⁾.

C) Financiamiento del seguro

El seguro obligatorio de cesantía establece un sistema de financiamiento tripartito. En efecto, se financia con cotizaciones de los trabajadores y empleadores más un aporte fiscal, lo que ha sido uno de los criterios clásicos de los sistemas de protección social en los países más avanzados⁽³⁷⁾.

Con relación a las cotizaciones debemos distinguir, como ya hemos señalado, en consideración a quien las aporta:

1. Cotizaciones de cargo del trabajador

De acuerdo al artículo 5 letra a) de la Ley, el seguro se financiará con un 0,6% de las remuneraciones imponibles, de cargo del trabajador con contrato de duración indefinida. Si, en cambio, el contrato a plazo fijo se transforma en contrato de duración indefinida, el trabajador quedará afecto a dicha cotización a contar de la fecha que se hubiere producido tal transformación, o a contar del día siguiente al vencimiento del período de quince meses establecido en el N° 4 del artículo 159 del Código del Trabajo.

De acuerdo al artículo 6, se considera remuneración para estos efectos la señalada en el artículo 41 del Código del Trabajo. Las cotizaciones se calcularán sobre aquellas, hasta el tope máximo equivalente a 90 Unidades de Fomento consideradas al último día del mes anterior al pago. Dicho tope se reajustará anualmente, de acuerdo a la variación del Índice de Remuneraciones Reales determinadas por el Instituto Nacional de Estadísticas o el índice que los sustituya, entre noviembre del año ante precedente y noviembre del año precedente al que comenzará a aplicarse el reajuste. El tope imponible así reajustado, comenzará a regir el primer día de cada año.

Con todo, el tope imponible será reajustado siempre que la variación del índice antes mencionado sea positiva. Si fuese negativa, el tope mantendrá su valor vigente en Unidades de Fomento y solo se reajustará en la oportunidad en que se produzca una variación positiva.

(36) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 602-603. En el mismo sentido Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 60-61.

(37) Walker Errázuriz, F. y Liendo Roa, R., Seguro de Cesantía, Nueva legislación Chilena. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127422/146%20WALKER_LIENDO.pdf?sequence=1. En el mismo sentido Arellano, p., ob. cit., p. 239; Caamaño Rojo, E., ob. cit., p. 180; y Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 606.

2. Aporte estatal

El artículo 5 de la Ley N° 19.728 establece la forma de financiamiento del Seguro de Desempleo, señalando en la letra c) el monto total anual que aportará el Estado a dicho financiamiento, el que asciende anualmente a un total de 225.792 unidades tributarias mensuales, las que se enterarán en 12 cuotas mensuales de 18.816 unidades tributarias mensuales.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo tercero transitorio de la citada Ley señalaba que para los primeros seis años de operación del Seguro de Cesantía el monto del aporte del Estado sería inferior al indicado anteriormente, además de establecer el procedimiento mediante el cual este monto se ajustaría anualmente hasta el sexto año de operación inclusive para efectos del aporte anual⁽³⁸⁾.

3. Cotizaciones de cargo del empleador

a) Determinación del aporte del empleador

De acuerdo al artículo 5 letra b), el seguro se financiará con un 2,4 % de las remuneraciones imponibles, en el caso de los trabajadores con contrato de duración indefinida y un 3 % de las remuneraciones imponibles para los trabajadores con contrato a plazo fijo, o por obra, trabajo o servicio determinado.

Como podemos observar, la Ley distingue según si se trata de un trabajador con contrato indefinido o a plazo fijo o por obra o servicio. En el caso de los trabajadores con contrato indefinido, el cargo equivale al 2,40 % de la remuneración imponible, de esta el 1,6 % debe depositarse en la Cuenta Individual por Cesantía del afiliado y el 0,8 % restante ingresa al Fondo de Cesantía Solidario. A diferencia de los trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra o servicio, donde el empleador debe enterar el 3 % de la remuneración imponible del trabajador, del cual el 2,8 % debe ser abonado en la cuenta personal y el 0,2 % en el Fondo Solidario.

Adicionalmente, debemos tener presente varias situaciones excepcionales. En principio, de acuerdo al artículo 8 de la Ley, en caso que el trabajador tenga una incapacidad laboral transitoria, la cotización que a este le corresponde deberá ser retenida y enterada en la Sociedad Administradora, por la respectiva entidad pagadora de subsidios. Y en cuanto a la cotización que corresponde al empleador, será el mismo empleador quien deberá declarar y pagar. Además estas se efectuarán sobre la base de la última remuneración imponible efectuada para el Seguro,

(38) Circular N° 89 de la SAFF, la que también establecía la metodología para el cálculo del aporte del Estado al Fondo de Cesantía Solidario, entre el segundo y sexto año de operación del seguro.

correspondiente al mes anterior a aquel en que se haya iniciado la licencia médica o, en su defecto, la estipulada en el respectivo contrato de trabajo.

Por otra parte, si el trabajador tiene dos o más empleadores, de acuerdo al artículo 7 de la Ley, se deberán efectuar cotizaciones por cada una de las remuneraciones y, en cada una, hasta el tope de 90 UF. La Sociedad Administradora deberá llevar saldos y registros separados en la Cuenta Individual por Cesantía en relación a cada uno de los empleadores de dicho trabajador.

b) Normas a las que se sujeta el pago de las cotizaciones

Las cotizaciones, ya sea de cargo del trabajador o empleador, o sean depositadas en la Cuenta Individual de Cesantía o en el Fondo Solidario, son calificadas de cotizaciones previsionales para todos los efectos legales. Ello implica que, en consecuencia, se aplican las siguientes reglas

- a) Se determinan teniendo como base la última remuneración imponible del trabajador, de acuerdo a los topes indicados;
- b) De acuerdo al artículo 9 de la Ley, deberán enterarse durante un período máximo de once años en cada relación laboral.
- c) De acuerdo a lo prescrito en el artículo 10 de la Ley, deberán, ambas, ser pagadas en la Sociedad Administradora por el empleador o por la entidad pagadora de subsidios, según el caso, dentro de los primeros diez días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones o subsidios, término que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo.
- d) El empleador o la entidad pagadora de subsidios deducirán las cotizaciones de cargo del trabajador, de la remuneración o subsidio por incapacidad laboral transitoria, respectivamente, que corresponda pagar a este.
- e) En el caso que el empleador o entidad pagadora de subsidios no paguen oportunamente, deberán declarar el reconocimiento de la deuda previsional en la Sociedad Administradora, dentro del plazo indicado para el pago de las cotizaciones, ya señalado⁽³⁹⁾.

(39) Véase Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 608.

En cuanto al plazo en que deben pagarse las cotizaciones debemos hacer una distinción. Si las cotizaciones son destinadas a la Cuenta Individual de Cesantía, el plazo para enterarse en un período máximo de once años en cada relación laboral. En cambio, si son destinadas al Fondo de Cesantía Solidario, deberá enterarse mientras se mantenga vigente la relación laboral.

c) Normas que establecen sanciones en caso de no efectuar la declaración o no pago de cotizaciones

De acuerdo al artículo 10 inciso sexto, si el empleador o entidad pagadora de subsidios no efectúa oportunamente la declaración, o está incompleta o errónea, será sancionado con multa a beneficio fiscal de una unidad de fomento por cada trabajador o subsidiado cuyas cotizaciones no se declaren o sean incompletas o erróneas. A menos que siendo incompleta o errónea no existieren antecedentes que permitan presumir que es maliciosa, donde quedará exento de esta multa el empleador o entidad pagadora de subsidios que pague las cotizaciones dentro del mes calendario siguiente a aquel en que se devengaron las respectivas remuneraciones o subsidios.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley, dispone que las cotizaciones que no se paguen oportunamente por el empleador o entidad pagadora de subsidios en la Sociedad Administradora se reajustarán considerando el período que va entre el último día del plazo en que debió efectuarse el pago y el día en que efectivamente se realice. Para estos efectos, se aumentarán considerando la variación diaria del índice de Precios al Consumidor mensual del período, comprendido entre el mes que antecede al anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el mes que antecede al mes anterior a aquel que efectivamente se realice.

Por cada día de atraso, la deuda reajustada devengará un interés penal equivalente a la tasa de interés corriente para operaciones reajustables en moneda nacional a que se refiere el artículo 6 de la Ley N° 18.010, pero aumentado en un 20%. Con todo, a contar de los noventa días de atraso, la tasa aumentará en un 50%.

Si en un mes determinado el reajuste e interés penal aumentado en la forma señalada resultare de un monto inferior al interés que para operaciones no reajustables determine la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, o a la rentabilidad nominal⁽⁴⁰⁾ promedio de los últimos doce meses del Fondo de

(40) Se entiende por rentabilidad nominal de los últimos 12 meses mencionado al porcentaje de variación del valor promedio de la cuota de un mes de tal Fondo, respecto al valor promedio mensual de esta en el mismo mes del año anterior. La forma de cálculo será determinada por la Superintendencia de AFP, mediante una norma de carácter general.

Cesantía integrado por las cuentas individuales, calculada por la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones, en ambos casos reajustados en un 20%, o en un 50% si han transcurrido los noventa días de atraso, se aplicará la mayor de estas dos últimas tasas, caso en que no se aplicará el reajuste.

En todo caso, para determinar el interés penal, se aplicará la tasa vigente al día primero del mes anterior a aquel en que se devengue. El interés se capitalizará mensualmente.

De otro lado, la Sociedad Administradora estará obligada a seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones que se encuentren adeudadas, más sus reajustes e intereses. Serán de su beneficio las costas de tal cobranza, resultándole aplicable las normas de la Ley N° 17.322⁽⁴¹⁾.

Por su parte, el artículo 11 inciso final hace aplicables las sanciones de la Ley N° 19.361, lo que de acuerdo a lo establecido por Lanata: “debe hacerse presente que esa Ley nada tiene que ver con la materia ni establece sanción alguna, por lo que presumiblemente se cometió un error al señalar ese número. La referencia debe entenderse efectuada a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.631 al artículo 162 del Código del Trabajo, en el sentido de disponer que si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de las cotizaciones previsionales al momento del despido, este no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo”⁽⁴²⁾. Así lo ha entendido la Jurisprudencia. La Corte Suprema, en la causa rol 56-10, de 31 de marzo de 2010, señala que el artículo 5 inciso segundo de la Ley, asigna un carácter previsional a los aportes de cargo del trabajador y empleador con los que se financia el fondo respectivo, exceptuando solo el correspondiente al Estado. Además como ya se ha señalado y lo reitera la sentencia para estos casos se hace aplicable la Ley N° 19.631, por lo que no habiendo enterado la totalidad de las cotizaciones correspondientes al seguro de cesantía, se debe aplicar la sanción del inciso 7 del artículo 162, además de la nulidad del despido.

La Sociedad Administradora estará obligada a despachar la nómina de empleadores morosos a la Dirección del Trabajo y a los registros de antecedentes comerciales y financieros que tengan por objeto proporcionar antecedentes públicos, siendo aplicables en este último caso las disposiciones de la Ley N° 19.628⁽⁴³⁾. Además, de acuerdo al artículo 17 de la Ley, en el evento de no existir pago de cotizaciones, el trabajador tendrá derecho a exigir al empleador el pago de todas

(41) Que establece normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de Seguridad Social.

(42) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 610.

(43) Sobre protección de la vida privada.

las prestaciones que tal incumplimiento le impidió percibir. Este derecho se entiende irrenunciable para todos los efectos y no se opondrá al ejercicio de las demás acciones que correspondan.

La sentencia que establezca el pago de las prestaciones ordenará, además, a título de sanción, el pago de las cotizaciones que adeude el empleador con los reajustes e intereses que correspondan, para que éstos sean enterados en la sociedad Administradora.

d) Situación al término de la relación laboral a efectos del pago de cotizaciones

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 inciso final de la Ley, el empleador deberá comunicar la cesación de los servicios de sus trabajadores a la Sociedad Administradora dentro del plazo de diez días contados desde dicha cesación, el que aumentará en tres días en los casos en que esta comunicación se efectúe en forma electrónica. La infracción a esta obligación será sancionada con una multa a beneficio fiscal equivalente a 0,5 UF.

Por su parte, el artículo 10 inciso séptimo contempla la obligación de efectuar dentro de plazo la declaración de las cotizaciones, y en caso de no realizarlo tendrá hasta el último día hábil del mes subsiguiente del vencimiento de aquel, para acreditar ante la Sociedad Administradora la extinción de su obligación de enterar las cotizaciones del trabajador, debido al término o suspensión de la relación laboral que mantenían. A su vez, la Sociedad Administradora deberá agotar las gestiones que tengan por objeto aclarar la existencia de cotizaciones impagas, y en su caso, obtener el pago de aquellas de acuerdo a las normas de carácter general que emita la Superintendencia. Transcurrido el plazo de acreditación de cese o suspensión de la relación laboral sin que se haya acreditado dicha circunstancia, se presumirá solo para estos efectos e inicio de las gestiones de cobranza que las respectivas cotizaciones están declaradas y no pagadas.

e) Fiscalización y control de pago de cotizaciones

La Sociedad Administradora estará obligada a despachar la nómina de empleadores morosos a la Dirección del Trabajo, que será la encargada de fiscalizar el cumplimiento por parte de los empleadores del pago de las cotizaciones⁽⁴⁴⁾.

(44) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 611-612.

f) Prescripción

La prescripción que extingue las acciones para el cobro de estas cotizaciones, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios (artículo 11 inciso décimo de la Ley).

B) Prestaciones que otorga el seguro

El seguro de desempleo se traduce en una prestación pecuniaria al trabajador afiliado cotizante que pierde su trabajo⁽⁴⁵⁾. Una de las grandes innovaciones de este régimen, es la mezcla de dos sistemas propios de la Seguridad Social que hasta la dictación de la Ley se utilizaban pero por separado. Uno de ellos es la Capitalización individual, que se denomina Cuenta Individual por Cesantía (en adelante, CIC); y el otro el Sistema de Reparto con Capitalización, denominado, para estos efectos, el Fondo de Cesantía Solidario.

El seguro opera cuando el trabajador pierde su trabajo, ya sea, de forma voluntaria o involuntaria. Si la terminación es voluntaria, podrá retirar fondos solo de la CIC, en cambio si la conclusión de la relación laboral es involuntaria, es decir, si se ha puesto término al contrato de trabajo invocando las causales de necesidades de la empresa, desahucio y/o caso fortuito o fuerza mayor, tendrá derecho a retirar fondos de su Cuenta Individual (CIC), y en caso de ser insuficiente para cubrir la prestación podrá acceder al Fondo de Cesantía Solidario, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la Ley para ello⁽⁴⁶⁾.

Analicemos, ahora, detalladamente cada una de estas prestaciones.

1. Prestación financiada con cargo a la Cuenta Individual por Cesantía (CIC)

Para acceder a la prestación por cesantía el artículo 12 de la Ley establece los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato de trabajo haya terminado por alguna de las causales señaladas en los artículos 159, 160, 161 y 163 bis, o por aplicación del inciso primero del artículo 171, todos del Código del Trabajo.
- b) Que el trabajador con contrato indefinido registre en la CIC un mínimo de 12 cotizaciones mensuales continuas o discontinuas, desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta Ley.

(45) Arellano, p., ob. cit., p. 229.

(46) Núñez Ortega, J., ob. cit., pp. 85-86.

- c) En el caso del trabajador con contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado, deberá registrar en la CIC un mínimo de 6 cotizaciones mensuales continuas o discontinuas, desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta Ley, y
- d) Encontrarse cesante al momento de la solicitud de la prestación.

En cuanto al mecanismo de pago del seguro, debemos hacer una distinción. Si el contrato termina por las causales del artículo 159 N°s. 1 y 2, artículo 160 o inciso primero del artículo 171 del Código del Trabajo, el beneficiario solo tendrá derecho al retiro de los fondos acumulados en la CIC, sin poder acceder a complementar la prestación con cargo al Fondo Solidario. En cambio, la terminación del contrato de trabajo por las causales del artículo 159 N°s. 4,5 y 6 y del artículo 161 del Código del Trabajo otorga al beneficiario del seguro tendrá derecho a realizar tantos giros mensuales de su Cuenta como su saldo le permita financiar, de acuerdo a los porcentajes expresados en la siguiente columna⁽⁴⁷⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 6 o 12 meses de cotizaciones según corresponda
Primero	70%
Segundo	55%
Tercero	45%
Cuarto	40%
Quinto	35%
Sexto	30%
Séptimo o superior	30%

El monto de la prestación por cesantía durante los meses que se indican en la primera columna, corresponderá al porcentaje indicado en la segunda columna, que se refiere al promedio de las remuneraciones devengadas por el trabajador en los últimos 12 meses, en que se registren cotizaciones anteriores al término de la relación laboral para aquellos que se encuentren contratados con duración indefinida.

(47) Tabla modificada en un primer momento por la Ley N° 20.328 y posteriormente por la Ley N° 20.829, publicada en el diario oficial el 25 de abril de 2015.

Tratándose de trabajadores con contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado, se considerará el promedio de las remuneraciones devengadas por él en los últimos 6 meses en que se registren cotizaciones anteriores al término de la relación laboral.

El último mes de prestación a que tenga derecho el trabajador podrá ser inferior al porcentaje indicado en la tabla y corresponderá al saldo pendiente de la Cuenta Individual por Cesantía. Aunque si el último giro a que tiene derecho el trabajador es igual o inferior a 20% del monto del giro anterior, ambos giros deben ser pagados conjuntamente.

2. Situaciones especiales para el pago del CIC

Para el otorgamiento de la prestación que regula la Ley o bien, una vez otorgado el Seguro, se puede presentar algunas situaciones particulares en relación con el CIC. Analicemos brevemente estos casos.

En primer lugar, de acuerdo al artículo 16 de la Ley, el beneficio señalado se interrumpirá cada vez que se pierda la condición de cesante antes de agotarse la totalidad de los giros a que tenga derecho⁽⁴⁸⁾.

En segundo término, conforme al inciso segundo del artículo 16, aquellos trabajadores que habiendo terminado una relación laboral mantengan otra vigente, y aquellos trabajadores que habiendo terminado una relación de trabajo, sean contratados en un nuevo empleo antes de agotarse la totalidad de los giros de su CIC a que tengan derecho, tendrán las siguientes opciones:

- a) Retirar el monto correspondiente a la prestación a la que hubiese tenido derecho en ese mes, en caso de haber permanecido cesante.
- b) Mantener dicho saldo en la cuenta

En ambos casos, el trabajador mantendrá para un próximo período de cesantía el saldo no utilizado en su cuenta. El saldo mantenido en la respectiva CIC, incrementado con las posteriores cotizaciones, será la nueva base de cálculo de la prestación.

En tercer lugar, los trabajadores que habiendo terminado una relación laboral inicien otra antes de haber devengado el primer giro, gozan de la opción señalada con anterioridad.

(48) Artículo modificado por la Ley N° 20.328.

Por último, los trabajadores con dos o más empleadores. De acuerdo a lo señalado por Lanata: “los saldos se manejan en forma independiente, por lo tanto, en principio debería tener derecho a obtener las cantidades que corresponda, según las reglas señaladas”. Aunque añade que: “el artículo 16, inciso final, hace aplicable la opción ya explicada”. A pesar de esto continúa señalando que este punto fue motivo de discusión, ya que lo lógico es que fuese procedente obtener el beneficio de forma completa, no advirtiéndose la razón para establecer tratamientos separados a los respectivos saldos⁽⁴⁹⁾.

Separadamente, la Ley regula otros dos casos, que guardan relación con el cese de la vida laboral y con la muerte del trabajador.

En primer lugar, en caso de fallecimiento del trabajador, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 18 de la Ley, los fondos de la CIC se pagarán a la persona o personas que el trabajador haya designado ante la Sociedad Administradora. A falta de expresión de voluntad del trabajador, dicho pago se hará a las personas designadas en el inciso segundo del artículo 60 del Código del Trabajo, es decir al cónyuge, a los hijos, a los padres del fallecido, unos a falta de los otros y en el orden indicado.

Nótese la excepcionalidad de la norma, que hace excepción a todo el sistema sucesorio chileno: sobre una porción de sus bienes, sin considerar la eventual lesión de las legítimas y, por tanto, de los legitimarios (cónyuge o conviviente civil, hijos y ascendientes), puede disponer libremente de tales fondos.

Por último, si el trabajador que se acoge a pensión, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Ley, independientemente de la causa, podrá disponer en un solo giro de los fondos acumulados en su CIC.

En el caso que los trabajadores se encuentren tramitando su solicitud de pensión podrá traspasar parte o el total del saldo de su CIC a su cuenta de capitalización individual que mantenga en una Administradora de Fondo de Pensiones, con el objeto de aumentar el capital para financiar su pensión. En este caso, para los efectos de aplicar el impuesto establecido en el artículo 43 de la Ley de Impuesto a la Renta, los recursos transferidos deberán ser registrados separadamente por la Administradora de Fondos de Pensiones con objeto de rebajar el monto que resulte de aplicar a la pensión el porcentaje que en el total del fondo destinado a la pensión representen los recursos transferidos⁽⁵⁰⁾.

(49) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., pp. 621-622.

(50) Inciso agregado por la Ley N° 20.328

La Sociedad Administradora deberá informar al Servicio de Impuestos Internos los traspasos de los fondos que se efectúen en conformidad a lo señalado con anterioridad, en la forma y plazo que determine dicho servicio⁽⁵¹⁾.

3. Prestación financiada con cargo al Fondo de Cesantía Solidario

Esta prestación se encuentra regulada en el párrafo 5 del artículo 23 y siguientes de la Ley, donde se advierte con mayor claridad la aplicación del principio de solidaridad de la Seguridad Social⁽⁵²⁾, que como señalamos en un comienzo, es uno de los principios recogidos en la iniciativa de la Ley N° 19.728.

Esta prestación asegura una renta sustitutiva al trabajador afiliado, que pierde su empleo por una causal que no le sea imputable⁽⁵³⁾.

a) Requisitos

Los requisitos para configurar el fondo, son los siguientes:

- Registrar 12 cotizaciones mensuales en el Fondo de Cesantía Solidario desde su afiliación al seguro o desde que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta Ley, en los últimos 24 meses anteriores contados al mes del término del contrato. Sin embargo, las tres últimas cotizaciones realizadas deben ser continuas y con el mismo empleador.
- Que el contrato de trabajo termine por alguna de las causales previstas en los números 4,5 y 6 del artículo 159 o de los artículos 161 y 163 bis, todos del Código del Trabajo.
- Encontrarse cesante al momento de la solicitud.
- Que los recursos de su cuenta individual por cesantía sean insuficientes para obtener una prestación por cesantía por los períodos, porcentajes y montos señalados en la Ley.

(51) Inciso agregado por la Ley N° 20.328.

(52) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 623.

(53) Arellano, p., ob. cit., p. 233.

El monto se calculará de acuerdo a lo señalado en la siguiente tabla⁽⁵⁴⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 12 meses	Valor superior	Valor inferior
Primero	70%	\$525.000	\$157.500
Segundo	55%	\$412.500	\$123.750
Tercero	45%	\$337.500	\$101.250
Cuarto	40%	\$300.000	\$90.000
Quinto	35%	\$262.500	\$78.750

El monto de la prestación por cesantía durante los meses que se indican en la primera columna, corresponderá al porcentaje del promedio de las remuneraciones devengadas por el trabajador en los doce meses anteriores al del término de la relación laboral, que se indica en la segunda columna. El beneficio estará afecto a los valores superiores e inferiores para cada mes, a que aluden las columnas tercera y cuarta, respectivamente.

b) Situación de la terminación del contrato por cumplimiento del plazo o conclusión de la obra o servicio que dio origen al contrato

En el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo, o por una obra, trabajo o servicio determinado, la prestación por cesantía a que se refiere este artículo se extenderá hasta el tercer mes, con los porcentajes y valores superiores e inferiores señalados en la siguiente tabla⁽⁵⁵⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 12 meses	Valor superior	Valor inferior
Primero	50%	\$375.000	\$112.500
Segundo	40%	\$300.000	\$90.000
Tercero	35%	\$262.000	\$78.750

c) El sexto y séptimo giro

Aquellos beneficiarios que estén percibiendo el quinto giro con cargo al Fondo de Cesantía Solidario tendrán derecho a un sexto y séptimo giro de prestación,

(54) Tabla modificada por la Ley N° 20.829.

(55) Inciso y tabla modificado e incorporada por la Ley N° 20.829, del 25.04.2015.

cada vez que la tasa nacional de desempleo publicada en el Instituto Nacional de Estadísticas exceda en 1 punto porcentual el promedio de dicha tasa, correspondiente a los cuatro años anteriores publicados por ese Instituto, que se pagará de acuerdo a la siguiente tabla⁽⁵⁶⁾:

Meses	Porcentaje promedio remuneración últimos 12 meses	Valor superior	Valor inferior
Sexto	30%	\$225.000	\$67.500
Séptimo	30%	\$225.000	\$67.500

En el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo o para una obra, trabajo o servicio determinado, cuando se presenten las condiciones de desempleo señaladas y se encuentren percibiendo el tercer giro, tendrán derecho a un cuarto y quinto giro, con un beneficio igual al correspondiente al sexto y séptimo mes que señala la tabla⁽⁵⁷⁾.

Los valores superiores e inferiores de las tablas mencionadas se reajustarán el 1 de marzo de cada año, en el 100% de la variación que haya experimentado en el año calendario anterior el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el INE o por el organismo que lo reemplace. Además, dichos valores se reajustarán en la misma oportunidad indicada, en el 100 % de la variación que haya experimentado en el año calendario anterior, el Índice de remuneraciones reales determinadas por el Instituto. Dichos valores serán reajustados por el índice de remuneraciones siempre que su variación sea positiva⁽⁵⁸⁾.

d) Trabajadores contratados en jornadas parciales

De acuerdo a lo señalado en el artículo 25 inciso sexto de la Ley, los trabajadores que durante los últimos doce meses hubiesen percibido una o más remuneraciones correspondientes a jornadas parciales, deberá efectuarse un ajuste de los valores superiores e inferiores de la tabla en forma proporcional a la jornada promedio mensual de los últimos doce meses.

e) Artículo 25 ter introducido por la Ley N° 20.829

La Ley N° 20.829, publicada en el diario oficial el 25 de abril de 2015, agregó el artículo 25 ter, que establece que el Fondo de Cesantía Solidario aportará

(56) Tabla reemplazada por la Ley N° 20.829.

(57) Inciso modificado por la Ley N° 20.829, del 25.04.2015.

(58) Inciso modificado por la Ley N° 20.829, del 25.04.2015.

a la cuenta de capitalización individual obligatoria para pensiones de los beneficiarios que hayan optado por dicho Fondo, el monto equivalente al 10% de la prestación por cesantía que les corresponda recibir de acuerdo al artículo 25. Este aporte deberá ser enterado por la Sociedad Administradora del Fondo y no estará afecto al cobro de comisiones por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente.

f) Características generales de la prestación pagada con cargo al Fondo de Cesantía Solidario

Este Fondo presenta las siguientes características, que analizaremos separadamente.

i) El Fondo tiene un valor determinado y de tope de pago

El valor total de los beneficios a pagar con cargo a este Fondo en un mes determinado y no podrá exceder el 20 % del valor acumulado en el Fondo al último día del mes anterior. Si el valor total de los beneficios a pagar excediere este porcentaje, el beneficio a pagar a cada afiliado se disminuirá proporcionalmente conforme al valor total de beneficios que pueda financiar el Fondo.

ii) El beneficiario debe estar de buena fe

En segundo término, las personas que obtuvieren mediante simulación o engaño prestaciones con cargo al Fondo y quienes de igual manera obtuvieren un beneficio mayor al que les corresponda, serán sancionados con reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Igual sanción será aplicable a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de restituir al Fondo las sumas indebidamente percibidas.

SITUACIONES ESPECIALES ES TORNO AL SEGURO

E) La indemnización por años de servicios y el seguro

El mensaje presidencial de la Ley N° 19.728 señala la intención de mantener subsistente la responsabilidad directa del empleador, en caso de despido por necesidades de la empresa, por falta de adecuación técnica o laboral del trabajador o por desahucio del empleador. Lo anterior se refleja en la Ley, en su artículo 4, al prescribir que los derechos establecidos en esta Ley son independientes y

compatibles con los establecidos para los trabajadores en el Título V del Libro I del Código del Trabajo. Aunque podemos observarlo con mayor claridad en el artículo 13 donde prescribe que si el contrato termina por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios.

En cuanto a cómo se efectúa el cálculo para determinar el monto a pagar, el inciso segundo del artículo 13 señala que se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador, es decir el 1,6%, más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a los cuales el asegurado pueda hacer retiros.

Por su parte, el artículo 2 inciso cuarto señala que la incorporación de un trabajador al seguro no autorizará al empleador a pactar, ya sea por la vía individual o colectiva, una reducción del monto de las indemnizaciones por años de servicio contemplada en el artículo 163 del Código del Trabajo.

F) El Seguro y la acción por despido injustificado. El derecho a imputación

El artículo 52 de la Ley, establece que cuando el trabajador accionare por despido injustificado, indebido o improcedente, en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, o por despido indirecto, conforme al artículo 171 del mismo Código, podrá disponer del saldo acumulado en su Cuenta Individual por Cesantía a partir del mes siguiente al de la terminación de los servicios, en tanto mantenga su condición de cesante.

Si el tribunal acogiere la pretensión del trabajador, deberá ordenar que el empleador pague las prestaciones que correspondan a título de indemnización por años de servicio, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley.

A petición del tribunal, la Sociedad Administradora deberá informar, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha de recepción del oficio del Tribunal, el monto equivalente a lo cotizado por el empleador en la Cuenta Individual por Cesantía, más su rentabilidad.

Los recargos que correspondan, conforme al artículo 168 del Código del Trabajo, habrán de calcularse sobre la prestación de cargo directo del empleador y las sumas retiradas de la cuenta Individual por Cesantía correspondientes a las cotizaciones del empleador, más su rentabilidad. Además el tribunal ordenará que el empleador pague al trabajador las sumas que este habría obtenido del Fondo de Cesantía Solidario.

Para estos efectos se presumirá que el trabajador mantuvo la condición de cesante durante los cinco meses siguientes al término del contrato.

De acuerdo a lo señalado por Lanata: “el punto ha ameritado una importante discusión en torno a la posibilidad de efectuar la imputación de lo aportado por el empleador a la CIC y su rentabilidad en aquellos casos en que es el juez el que dispone el pago de la indemnización por años de servicios, por haber mediado un reclamo del trabajador en los términos indicados en el artículo 168 del Código del Trabajo. Las posiciones varían según de estime la procedencia o improcedencia de tal imputación”⁽⁵⁹⁾ ⁽⁶⁰⁾.

Lo anterior es muy relevante en cuanto a las consecuencias que esto trae aparejado, ya que como señala la autora: “entender que no procede la imputación en los casos en que hubiere mediado reclamo por parte del trabajador, implica que el afiliado obtendrá su seguro y, además, su indemnización íntegra. Por el contrario, si se estima procedente en todo caso la imputación, el trabajador obtendrá parte de la indemnización con cargo al Seguro de Desempleo y la otra parte con cargo a la indemnización por años de servicios, completando el monto que exige el artículo 163 del Código del Trabajo”⁽⁶¹⁾.

Entonces, como podemos observar, el problema radica en que si el contrato de trabajo termina por la causal del artículo 161 se imputará a la indemnización por años de servicio, solo lo aportado por el empleador a la CIC, pero surge la duda respecto al artículo 52, es decir, si el trabajador acciona por despido indebido, injustificado o improcedente y por ello se entiende que el término del contrato se ha producido por las causales del artículo 161. En ese caso ¿se imputa a la indemnización por años de servicio el aporte del empleador a la CIC? Aun cuando es el mismo legislador que en el artículo 52 hace alusión al artículo 13, la duda que surge es si esa alusión es solo al inciso primero o también al inciso segundo de esa normativa.

(59) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 630.

(60) Para estos efectos es importante tener en consideración lo señalado por el artículo 13 de la Ley N° 19.728 al disponer que: “Si el contrato terminare por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, el afiliado tendrá derecho a la indemnización por años de servicios prevista en el inciso segundo del artículo 163 del mismo cuerpo legal, calculada sobre la última remuneración mensual definida en el artículo 172 del mismo, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración, a menos que se haya pactado, individual o colectivamente, una superior, caso en el cual se aplicará esta última. Se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el asegurado pueda hacer retiros en la forma que señala el artículo 15.

En ningún caso se podrá tomar en cuenta el monto constituido por los aportes del trabajador, para los efectos de la imputación a que se refiere el inciso anterior”.

(61) Lanata Fuenzalida, G., ob. cit., p. 630.

Los tribunales al respecto han sido vacilantes emitiendo pronunciamientos en ambos sentidos. En el sentido de señalar que se imputa a la indemnización por años de servicios lo aportado por el empleador a la CIC, podemos mencionar la sentencia de la Corte Suprema rol 4758-13, de 24 de septiembre de 2013, donde se argumenta que el artículo 13, de la Ley N° 19.728, en su inciso segundo prevé una específica forma de imputación al pago de la indemnización por años de servicios, y no solo es específica, sino también imperativa y ante los términos literales de la norma nada justifica su elusión.

En el sentido contrario, es decir, que no corresponde imputar el aporte del empleador, a la CIC, a la indemnización por años de servicios, lo cual comparto, podemos mencionar la sentencia de la Corte Suprema rol 2018-2011, de 16 de diciembre de 2011, y las sentencias de la corte de Apelaciones de Chillán Rol 36-15, de 3 de julio de 2015, y de Temuco ROL 49-13, de 28 de marzo de 2013. Los argumentos para sostener esta tesis han sido los siguientes:

No es posible señalar que procede la imputación cuando la causal no ha sido acreditada, ya que aun cuando el artículo 168 del Código del Trabajo señala que “si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161 (...)”. Lo anterior, sin embargo, corresponde a una ficción legal y no de la voluntad del empleador de poner término al contrato de trabajo por necesidades de la empresa o desahucio, por lo que no puede beneficiarse con la imputación de cotizaciones de cesantía.

Otro factor determinante es señalar que lo relevante es la causa que efectivamente ha tenido lugar para poner término al contrato, lo anterior por las siguientes razones. En primer término, la imposibilidad de atribuir consecuencias jurídicas a hechos inexistentes, puesto que por una parte no parece posible admitir que la Ley desee atribuir consecuencias jurídicas a partir de un hecho inexistente o que no ha sido judicialmente probado. Esto, porque si no se acredita la causal necesidades de la empresa, en la realidad el contrato de trabajo ha concluido por simple voluntad del empleador; en segundo término, la imposibilidad de conceder beneficios a quien abusa de Derecho, como se ha analizado la imputación del artículo 13 de la Ley, implica un beneficio para el empleador⁽⁶²⁾ desde el momento que le permite disminuir el monto que pagará por concepto de indemnización por años de servicios. Por lo que no es de lógica que la Ley quiera beneficiar

(62) Esto fue reconocido en la iniciativa presidencial al señalar que busca facilitar que trabajadores y empleadores puedan enfrentar estas nuevas condiciones entregándoles mayor protección.

al empleador que abusa del Derecho, poniendo fin a un contrato fuera de los casos admitidos por el Código del Trabajo.

Un tercer argumento, es la imposibilidad de admitir un quiebre del principio constitucional de igualdad, puesto que no podría proceder la imputación cuando el empleador ha invocado necesidades de la empresa aun cuando esta no exista, pero no procediera si invoca otra causal indebidamente, esto atentaría al principio de igualdad recogido en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República.

Otra razón que se ha señalado, dando respuesta al argumento que si no procede la imputación habría un enriquecimiento sin causa, es recordar que se entiende por el principio de enriquecimiento sin causa. Al respecto, Peñailillo ha indicado que: “consiste en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique”. En consecuencia, pagar la indemnización por años de servicios sin imputar los montos depositados por el empleador constituiría dicho enriquecimiento solo en el caso que el trabajador reciba el dinero sin una causa que lo justifique.

En cuanto a las causas que lo justifican, Peñailillo ha afirmado que esto se cumple siempre que sea: “una causa jurídicamente justificante, que en Derecho sea aceptable”, es decir, si deriva de un acto jurídico válido o de una regla legal o de una norma de costumbre. Pues bien, esto es cumplido a cabalidad, toda vez que la indemnización por años de servicios sin dicha imputación tiene como fundamento el artículo 163 incisos primero o segundo del Código del Trabajo, que establece la obligación de pagar la indemnización por años de servicios.

G) El socio administrador o socio de una empresa

Han sido innumerables las consultas dirigidas a la Dirección del Trabajo, a efectos de que se pronuncie si el socio que detenta la facultad de administrador, gerente general o socio mayoritario de la empresa es trabajador y por lo tanto si existe la obligación de cotización al seguro de desempleo. Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado de manera reiterada que “el hecho de que una persona detente la calidad de socio mayoritario de una sociedad y cuente con facultades de administración y representación de la misma, le impide prestar servicios en condiciones de subordinación o dependencia, toda vez que tales circunstancias importan que su voluntad se confunda con la de la respectiva sociedad”. Sin embargo también ha sostenido que dichos requisitos son copulativos y que por lo tanto “la sola circunstancia de que una persona cuente con facultades de administración y de representación de una sociedad, careciendo de la calidad de socio mayoritario, o viceversa, no constituye un impedimento para prestar servicios bajo

subordinación o dependencia”⁽⁶³⁾. Lo anterior, se debe a que si concurren ambos requisitos y la celebración de un contrato de trabajo no son compatibles, debido a que se produciría una confusión de voluntades, que obstaría a la existencia del vínculo de subordinación y dependencia.

H) Trabajador extranjero en Chile

En relación al extranjero que se encuentre trabajando en Chile y la obligación de cotizar el seguro de desempleo, se ha solicitado a la Dirección del Trabajo que se pronuncie sobre dos situaciones.

Si no obstante encontrarse exentos de efectuar cotizaciones previsionales por concepto de enfermedad, vejez, invalidez y muerte en conformidad con el inciso final del artículo 1 de la Ley N° 18.156, se encontrarían obligados a cotizar por concepto de seguro de cesantía en el evento que no exista en sus países de origen. Al respecto la Dirección se ha remitido a un pronunciamiento de la Superintendencia de pensiones, la que a través del Oficio Ordinario N° 30477 señaló que si bien los trabajadores extranjeros pueden eximirse de las cotizaciones por enfermedad, vejez, invalidez o muerte, siempre que acrediten la mantención de dicho trabajador en su país de origen a un sistema de previsión. Lo que no se extiende a los accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Lo anterior se debe a que para dicha contingencia debe haber una relación causal u ocasional entre la lesión y el trabajo, cuestión que no podría configurarse en su país de origen si el trabajo lo desempeña en Chile. Por lo que la Superintendencia en uso de sus facultades interpretativas estableció que el seguro de cesantía tampoco se encontraría contemplado dentro de la exención, por cuanto, al igual que los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sería con causa del contrato de trabajo.

Competencia de la Dirección del Trabajo respecto del empleador que no efectuó las cotizaciones previsionales de aquellos trabajadores que no cuenten con visa que les permita trabajar. La Dirección ha señalado que el hecho de que los trabajadores extranjeros que no posean nacionalidad chilena no exime a sus empleadores del cumplimiento de las normas previsionales, las cuales rigen por igual a todos los habitantes de la República, sean chilenos o extranjeros, por lo que compete a la Dirección del Trabajo fiscalizar y sancionar al empleador que no efectuó dichas cotizaciones.

(63) En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Dirección del Trabajo en los Dictámenes N°s. 132/03 de 1996, 3308 de 2013, 3575 de 2014, 5031/227 de 1996, 0169 de 2015, 1546 de 2014, 3312 de 2014, 2864 de 2014, 0715 de 2015.