



UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo
y la Seguridad Social

*Tesis para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

INCOBRABILIDAD DE COTIZACIONES PREVISIONALES

Autor: Héctor Peldoza Aguayo

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag.

2009

*“Un mercado de dinero organizado
tienen muchas ventajas, pero no
es una escuela de ética social
ni de responsabilidad política.”*

(R.H. Tawney).

*“La Honradez consiste en no perjudicar al prójimo ni hacer daño
a nadie, conservando nuestra libertad para buscar
satisfacciones lícitas. Es poner en práctica el cada uno
para sí manteniéndolo en sus justos límites para que sea
posible la vida en común entre individuos civilizados.”*

(Oswald Wirth).

INTRODUCCIÓN

La incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, si bien no es un problema reciente ni único en el sistema previsional chileno, es un problema que afecta tanto a los trabajadores como al sistema en sí y aún cuando se ha tratado de evitar de muchas formas sigue siendo de difícil solución. La promulgación de la Ley 19.631, también conocida como Ley Bustos, ni las modificaciones realizadas a la Ley 17.322, de Cobranza Judicial de Cotizaciones Previsionales, y las demás modificaciones legales enmarcadas dentro de la reforma laboral, han logrado terminar con la incobrabilidad de las cotizaciones dentro del sistema, que si bien ha disminuido por la existencia de las leyes ya citadas, aún deja lugar a que exista un porcentaje de las cotizaciones que son retenidas por los empleadores y que nunca son enteradas en las cuentas individuales de los trabajadores.

Existen una serie de situaciones por las cuales las cotizaciones retenidas por el empleador nunca llegan a ingresar a los fondos de los afiliados al sistema, y que siendo de poca monta no poseen gran ingerencia en los ahorros previsionales de los afiliados ni en el sistema previsional en su conjunto, pero en caso de tornarse en una situación mas cotidiana podría llegar a derrumbar todo el sistema, o bien debilitarlo de tal manera que su funcionamiento sea menos eficaz o bien que los costos de dineros que han sido apropiados indebidamente por el empleador deban ser asumidos por el Estado, lo que significa que son asumidos por toda la sociedad en definitiva.

Por todo lo señalado lo que cabe preguntarse es ¿Cuáles son las situaciones que permiten que aún exista un margen de incobrabilidad en el sistema?, ¿En quien recae el costo de esta incobrabilidad?, ¿Cuáles son los efectos de la incobrabilidad en los ahorros previsionales de los afiliados?, ¿Cual puede ser el efecto en el sistema previsional en su conjunto en caso de aumentar el porcentaje de incobrabilidad previsional?, ¿Cuáles son y quienes deben ejercer las acciones para evitar la incobrabilidad? y aún más, ¿pueden considerarse como suficientes y

efectivas las medidas para evitar los problemas derivadas de la incobrabilidad previsional?.

Comenzaremos este trabajo haciendo una breve reseña a la creación y causas del actual sistema previsional chileno, realizando un estudio y análisis de los principios formadores de este y de cómo se ven plasmados en el D.L. 3500 y la legislación complementaria del tema, especialmente la Ley 19.631 y la Ley 17.322. Luego estudiaremos y analizaremos como funciona el sistema, sus bases y pilares fundamentales, especialmente la cotización obligatoria, la obligación que tiene el empleador de retener y enterar en la Administradora de Fondos de Pensiones, y realizaremos un análisis de la Declaración y no pago de cotizaciones previsionales.

Posteriormente estudiaremos y analizaremos el sistema de cobranza previsional vigente, deteniéndonos especialmente en la Ley 17.322 de cobranza judicial de cotizaciones previsionales, los sujetos involucrados, posibles inconvenientes relacionados con el tema derivados del procedimiento de cobranza, el actuar de la administradora en la cobranza de cotizaciones, estudiando y analizando las herramientas con las que cuenta el trabajador para procurar, por parte de la administradora, el cobro de las cotizaciones previsionales que no han sido enteradas por el empleador; para terminar el tema de la cobranza previsional, analizando la posible negligencia de la Administradora en el cobro de estas, sus alcances, efectos y limitaciones.

A continuación, trataremos en específico la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, señalando sus motivos, sus posibles efectos en el trabajador y en el sistema, para abocarnos especialmente en las razones por las cuales se puede llegar a declarar incobrable una cotización previsional, como por ejemplo: la falta de emplazamiento del demandado, y los efectos que tiene esto sobre los medios coercitivos para lograr el pago de lo adeudado; analizaremos asimismo, la acción penal asociada al no pago de cotizaciones, la prescripción tanto de la acción penal como civil de cobro, y analizaremos la situación de incobrabilidad que se produce en la quiebra cuando habiendo oportunamente verificado los créditos en está, se

vuelven incobrables, por no ser pagadas con los bienes de la quiebra al aplicarse las normas de la prelación de créditos, principalmente por no haber bienes suficientes dentro de la masa de la quiebra.

Por ultimo, se analizaran los efectos que posee la incobrabilidad en los trabajadores y en el sistema, atendida la Indefensión del trabajador, y la posible existencia de un vacío en la Legislación laboral, se pretende estudiar posibles soluciones a los problemas planteados y sus reales efectos en caso de su aplicación, como por ejemplo limitar la cantidad de veces que el empleador puede realizar declaración y no pago de las cotizaciones previsionales, ver formas de desincentivar la declaración y no pago de cotizaciones, aumentando los costos para el empleador al realizarlas, analizaremos la posibles implicancias en las quiebras de empleadores que no posean al día las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, entre otras medidas, y los fundamentos de cada una de ellas.

En el presente trabajo, se pretende dilucidar las preguntas que se generan de estos estudios y análisis, ver algunas soluciones como las anteriormente mencionadas, para evitar que tanto los trabajadores como la sociedad toda, se vea perjudicada en sus intereses por la apropiación indebida de dineros, que minan no solo los ahorros previsionales de los trabajadores, si no que el sistema en general, y por sobre todo pretende ser un pequeño aporte al perfeccionamiento del sistema, dando un punto de vista distinto sobre como evitar el daño que produce la incobrabilidad a los trabajadores y al sistema.

CAPITULO I

1.- EL SISTEMA PREVISIONAL CHILENO

1.1 Reseña Histórica.

En nuestro País, los primeros indicios de un sistema previsional los encontramos en dos senadoconsulto, que regulaban la previsión de los empleados civiles de la administración Pública, que datan de 1820 y 1832. Posteriormente, en 1855 se dicta la Ley de montepío militar, y tres años después (1858) se fundo la Caja de Ahorro de Empleados Públicos. Luego a inicios del siglo XX, en 1924 se dicta la ley N°4.054 de seguro obligatorio, creándose la Caja de Seguro Obrero, antecesor del Servicio de Seguro Social, ese mismo año se dicta una Ley de accidentes del trabajo (Ley N°4.055) modificando la ley anterior que era del año 1916. El año 1925 se crea la Caja de Previsión de los Empleados Particulares, nace la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas.

Con los años esta legislación fue aumentando, configurando un complejo y desigual sistema de seguridad social en Chile, basado en un sistema de reparto por área de actividad de la economía, así en 1938, se promulga la ley de medicina preventiva (ley N°6.174); en 1952, se dictan las leyes N°10.383, de previsión social para obreros, la cual reforma la ley N°4.045, ya mencionada, y crea el servicio de seguro social y el servicio Nacional de Salud y la Ley N°10.475 para los empleados particulares. En 1968 se dicta una moderna legislación sobre Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y una ley sobre medicina curativa.

Como se muestra en los párrafos anteriores durante largo tiempo se promulgaron muchos estatutos dispares y así surgen múltiples regímenes para distintos grupos de trabajadores, los unos muy diferentes de los otros.

A principios de 1980, se dictó el DL 3500, como resultado de una necesidad de modificar el sistema de previsión en nuestro país, y que plasmó su contenido en esta norma legal que posee una influencia neoliberal propia de esa etapa histórica.

La previsión chilena se encontraba francamente en decadencia, se había convertido en un sistema inoperante, injusto, discriminatorio y por sobre todo extremadamente oneroso para el Estado. Por ser un sistema de reparto, el

trabajador cotizaba durante su vida laboral para financiar a la población pasiva, y sus pensiones mucho dependían de factores externos, y muy poco a su propio desarrollo como persona durante la vida, era un sistema que funciona bajo la lógica que las personas dependen del Estado, y del grupo al que pertenecía ya que sus condiciones de pensión estaba íntimamente ligada a la fuerza de presión que ese grupo tenía dentro de los gobernantes, siendo en definitiva los gobernantes de turno quienes decidían qué grupos tenían tales o cuales condiciones para jubilar. Esto produjo que al año 1980, eran 30 Cajas de Previsión encargadas de la administración de aproximadamente 100 regímenes previsionales diversos, y como ya se dijo altamente desigual dependiendo del poder de cada grupo.

Además, en muchas ocasiones estas condiciones eran distintas, resultando francamente discriminatorias, y en general no tenían relación con los aportes que el trabajador realizaba al sistema durante su vida laboral, todo ello provocaba que los trabajadores evadieran el pago de cotizaciones, por ejemplo disminuyendo en sus declaraciones sus ingresos y por lo tanto rebajando su aporte al sistema, pero al momento de jubilar ocupaban leyes especiales para poseer mejores condiciones de pensión traspasando el costo de estos beneficios a la masa laboral activa, que posiblemente realizaría el mismo juego de poco aportar al sistema y obtener beneficios traspasando sus costos a la siguiente generación de trabajadores, esto provocó un desequilibrio en la balanza del sistema, desequilibrio que debió asumir el Estado. José PIÑERA, reconocido como una de las figuras claves en el proceso de reforma previsional que derivó en el DL3500, señala al respecto “Es natural que cuando las personas están adscritas a un sistema en que sus contribuciones no tienen nada que ver con los beneficios, su comportamiento va a ser minimizar aquellas y maximizar estos últimos. Por lo tanto, frente a esta realidad la población intentará, por un lado, evadir el pago de cotizaciones, disminuyendo sus declaraciones de ingresos y, por otro, beneficiarse con leyes especiales, jubilaciones prematuras, préstamos subsidiarios, o lo que fuera a fin de maximizar los beneficios”¹.

¹ PIÑERA José, *América Latina: Comienza la Gran Revolución Previsional*. En VV.AA., «*El Ahorro Previsional. Impacto en los Mercados de Capitales y la Vivienda*». Santiago: Corporación de Investigación, Estudio y Desarrollo de la Seguridad Social, 1995, p.19.

Este incentivo a la evasión se veía acrecentado por el hecho que al computar sólo los últimos años de imposiciones para determinar el monto de la jubilación, el trabajador imponía sólo el mínimo exigido y por el salario mínimo vigente con el objeto de obtener una remuneración líquida mayor, con menores descuentos previsionales, tomando en cuenta que son las cotizaciones las que sostenían el sistema, después al llegar al periodo donde se empieza a computar los años que en definitiva dentro de ese sistema determinaban el monto de la pensión se cotizaba sobre una renta mayor a la efectiva, lo que era claramente un fraude al sistema y que lo llevo a su destrucción, por que ese desequilibrio lo asumió el Estado. Lo señalado a este respecto se daba con mayor frecuencia en los sectores de ingresos mas altos por la sencilla razón que quienes poseían ingresos mas bajos ya se encontraban en el piso mínimo exigido de cotizaciones durante la mayor parte de su vida laboral, y al llegar al periodo en que se computaba su remuneración para el calculo de la pensión no poseían una capacidad económica para efectuar imposiciones superiores a la de su renta efectiva.

El antiguo sistema (anterior al DL3500), aunque poseía una vasta legislación se convierte en extremadamente desigual principalmente por ser un sistema notoriamente regresivo, ya que llego a configurar un esquema en el cual los sectores que poseían menores ingresos dentro de la sociedad, realizaban un mayor aporte al sistema y obteniendo como contrapartida menores beneficios y debiendo cumplir estrictos requisitos para pensionarse en comparación a otros grupos de la sociedad que poseían mayores ingresos.

Pero todo lo señalado, podemos decir, a grandes rasgos, que la administración del antiguo sistema poseía los siguientes defectos: a) multiplicidad de organismos previsionales, que eran altamente dispares entre sí, b) falta de relación directa entre lo cotizado por cada trabajador y la pensión que este recibía al pensionarse, c) la existencia de una gran burocracia, con una sobrecarga de trabajo en las instituciones de previsión, d) un alto costo para el Fisco, que debía realizar altas transferencias de fondos al sistema para cubrir el alto déficit que poseía.

Cabe señalar que ya en el gobierno de Eduardo Frei Montalva, se envió al Congreso Nacional de la época un proyecto de ley que poseía normas para modificar el sistema imperante de previsión, el cual no fue aprobado, pero que ya

contenía en su mensaje una denuncia del porque se malograba el esfuerzo del sistema de proteger a los necesitados, señalando entre las principales causas:

- a) Los elevados gastos de administración;
- b) El pago, en forma de beneficios previsionales, de privilegios irritantes;
- c) Pago, en forma de beneficios previsionales, cuando no existen verdaderos estados de necesidad que atender, como es el caso de las miles de pensiones prematuras que se han otorgado:
- d) Se ha permitido la selección de grupos, normalmente de más altos ingresos, los que se han reunido o permanecen reunidos, justamente para repartirse entre ellos mejores beneficios previsionales, con graves detrimentos o perjuicio de la solidaridad nacional y de las efectivas necesidades de los más desvalidos y pobres;
- e) Por la injusta distribución de los recursos del sistema.

En cuanto a las bases del sistema que proponía el Ex Presidente Frei Montalva, éste se sustentaba en un régimen único y uniforme que permitía gozar de pensión de vejez a los 65 años de edad en el caso de los hombres y a los 60 años de edad en el caso de las mujeres, con posibilidad de efectuar rebajas por trabajos pesados o labores en ambientes tóxicos. Bases que fueron recogidas en el DL 3500.

Todo lo señalado llevo a que fuera estrictamente necesaria una reforma previsional y que se fundara en nuevos principios, esta reforma se plasmo en el ya mencionado DL3500, el nuevo sistema según sus creadores tendría su base en la libertad de opción, según el mismo José PIÑERA, “iba a basarse en la capitalización individual: libertad para entrar o no al nuevo sistema y libertad para elegir en forma soberana la institución donde canalizar los ahorros previsionales de cada trabajador”², de estas palabras deducimos claramente los tres puntales básicos del sistema consagrado en el DL3500, a saber:

- 1) capitalización individual,
- 2) mas de una institución de ahorro previsional, y
- 3) libertad de elección del trabajador para determinar en cual de estas instituciones ahorraría.

² PIÑERA José, *El cascabel al gato, la batalla por la reforma Previsional*, Santiago, Editora Zig-Zag, 1991, p.23.

Claramente el nuevo sistema pretendía relacionar en forma directa las cotizaciones de cada trabajador con sus beneficios al pensionarse, para evitar el fraude que existía en el antiguo sistema y que lo llevo a su destrucción. Por todo esto llegamos a la existencia del nuevo sistema de previsión, que analizaremos a continuación.

1.2 Principios formadores y legislación.

El DL3500 es el cuerpo legal base del nuevo sistema de previsión en Chile, como ya se ha dicho, posee una serie de principios formadores algunos que se ven ya propuestos en el proyecto de reforma previsional del gobierno del Presidente Frei Montalva, y otros agregados por el proyecto definitivo de la reforma previsional de principios de la década de los ochenta, con una fuerte inspiración neoliberal, entregando a los privados la administración de los fondos de ahorro para financiar las pensiones de los trabajadores, que serian individuales de cada trabajador, es decir cada trabajador ahorraría en una cuenta personal, para financiar su propia pensión al momento de dejar su vida laboral activa. Por lo cual podemos señalar que los principios formadores del sistema son los siguientes: Capitalización individual, Universalidad, Libertad y administración Privada. Explicaremos a continuación cada uno de estos principios.

Capitalización Individual.

Una de las principales características o principios formadores del sistema es la Capitalización individual de los trabajadores para financiar su pensión, es decir que el sistema se financia a través del ahorro individual que realiza cada trabajador en una cuenta propia, generando una relación directa entre el aporte y beneficio, situación que desalienta la evasión por parte de los trabajadores, que fue uno de los grandes problemas que socavo el antiguo sistema de pensiones. Así lo señala, José Piñera, al señalar “El Sistema de Capitalización individual es el único que relaciona los beneficios que el sistema proporciona con los esfuerzos que realicen los trabajadores durante su vida laboral activa”³. Cabe señalar que este sistema de capitalización individual se complementa con un seguro que posee el fin de financiar

³ PIÑERA José, Ob .Cit, p.73.

las pensiones de aquellos trabajadores que por distintas razones de la vida queden en estado de invalidez o bien fallezcan prematuramente, no alcanzando a poseer fondos suficientes en su cuenta individual para financiar su pensión o la de su familia sobreviviente. De esta manera podemos señalar que la Cotización es la principal obligación que tiene el trabajador afiliado al nuevo sistema de pensiones y que se aplican sobre la remuneración en el caso de los trabajadores dependientes y sobre la renta declarada en el caso de los trabajadores que ejercen de manera independiente. Asimismo se puede señalar que dicha cotización es de cargo del Trabajador, por ser descontada de su remuneración, y que se pueden dividir en cotizaciones obligatorias y cotizaciones voluntarias.

Las cotizaciones obligatorias son las cotizaciones de la cuenta individual y la cotización adicional. La Cotización individual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del DL3500, es aquella que le corresponde realizar a los trabajadores afiliados al sistema que sean menores de 65 años en el caso de los hombres y 60 en el caso de las mujeres, los cuales se encuentran en la obligación a cotizar un 10 % de sus remuneraciones (o rentas imponibles en el caso de los independientes)⁴, las que van a la cuenta de capitalización individual que cada trabajador posee en una administradora. La Cotización Adicional, es aquella que de acuerdo con el inciso segundo del mismo artículo 17 del DL3500, todo trabajador se encuentra obligado a pagar en un porcentaje de su remuneración o renta imponible, a la administradora para cubrir su financiamiento y el pago de la prima de seguro que las administradoras deben contratar para cubrir el aporte adicional que estas deben realizar para concurrir al financiamiento de las pensiones de invalidez o de sobrevivencia cuando sea el caso otorgarlas. Esta cotización Adicional es determinada libremente por cada administradora.

Las Cotizaciones voluntarias, son aquellas que el trabajador puede cotizar voluntariamente hasta el 20 % de la remuneración o renta imponible, para ser ingresadas a su cuenta de capitalización individual, con el fin de aumentar la cantidad de fondos ahorrados al momento de jubilar y que son de importancia en

⁴ Cabe señalar a este respecto, que en el caso de los trabajadores independientes no es obligatorio la cotización, esto mayormente por que atendido que son su propio agente retenedor y obligado a declarar, si este no declara no es posible conocer el monto de sus rentas.

ese momento para realizar el calculo de la pensión, que como se ha dicho esta íntimamente ligada al monto ahorrado.

Universalidad.

Como ya se ha señalado en el antiguo sistema, existían diferentes condiciones para distintos grupos de trabajadores, que mediante los grupos de presión consiguieron rebajas de edad, disminuciones de cotizaciones, aumentos de pensiones, etc. Todo lo produjo la coexistencia de distintos regímenes que se traducían en injusticias e ineficiencia. Para terminar con esta situación y no volver a cometer el mismo error, el nuevo sistema consagra que se aplicara a todos los trabajadores del país, y que sean estos los que en caso de poseer necesidades especiales ajusten su pensión a estas a través de su esfuerzo personal, en gran medida realizando cotizaciones voluntarias. Cabe señalar en este punto que la Fuerzas Armadas se encuentran fuera de este sistema y no por razones de discriminación arbitraria o privilegios especiales a estos funcionarios públicos, si no por razones de gran peso, ya que no es conveniente para el País y su seguridad nacional dada la posición geopolítica que posee, que datos de contingentes y funcionarios estén en manos de privados que son los que administran el sistema, además de cumplir funciones distintas a las de los civiles, en condiciones diferentes y bajo una cadena de mando alejada de la vida civil, esto es mencionado por José Piñera, "Es cierto que la previsión de los uniformados plantea requerimientos singulares. No es conveniente, según se me decía, que entidades previsionales privadas manejen información sobre contingentes y dotaciones de tropa en los distintos cuarteles del País. No es lo mismo un seguro de invalidez y sobrevivencia para empleados civiles que para los soldados en tiempos de guerra. No era lo mismo la jubilación anticipada de los uniformados por razones de servicio que la practica viciosa de las jubilaciones prematuras del antiguo sistema previsional, obtenidas por medio de privilegios."⁵, al comentar la negativa de los Generales encargados de la previsión de las fuerzas armadas, en que los miembros de estas instituciones pudieran ser incluidos en el nuevo sistema que incluía la administración por parte de privados que incluso pueden no ser nacionales. Además, Piñera en el mismo libro citado, señala que esos mismos generales le hicieron presente que La

⁵ PIÑERA José, Ob. Cit. p.31.

Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA), no dependía de su cartera (ministerio del Trabajo) si no del ministerio de defensa, por lo cual, no correspondía tratarlo dentro de la reforma.

Esta universalidad obligo a que se creara un sistema de transición al nuevo modelo previsional, comenzando con el DL N° 1448 de 1979, el cual disponía que las pensiones de los diferentes estatutos serían consideradas de antigüedad, excluyendo sólo aquellas por invalidez, disponiendo además, sistemas transitorios de cumplimientos de edad y años de servicio para los afiliados que al momento de su dictación, se encontraban próximos a pensionarse por años de servicios. Asimismo posteriormente al entrar en vigencia el nuevo sistema se estableció en el DL 3502 artículo 1 inciso final, que el INP asumirá también la administración de los regímenes de prestaciones de las instituciones previsionales que se fusionen en el futuro, la fusión de las entidades que componían el antiguo sistema en el INP, se logro en definitiva con la dictación de la ley N° 18698 de 1988, que señala que el INP será para todos los efectos legales la continuadora de las cajas de previsión fusionadas y, por consecuencia, sus bienes pasan a formar parte del Patrimonio del INP, y se incluye además la norma que señala que toda referencia legal o reglamentaria que se realice a las cajas fusionadas se entendera que se hace al INP.

Libertad

Como sabemos los sistemas previsionales deben atender las necesidades de las personas cuando estas pierden su fuente de ingresos ya sea por vejez, invalidez o muerte, y en el nuevo sistema de pensiones, se exige la cotización obligatoria a todos los trabajadores (tema ya tratado), pero reconoce que las necesidades de las personas son disimiles entre unas y otras, por ello la ley consagra la libertad a los trabajadores para tomar determinadas decisiones en el tema previsional. Por lo cual, podemos indicar que si bien el sistema posee una serie de normas que limitan la libertad, como son la existencia de cotización obligatoria y el que todo trabajador debe estar incorporado al sistema, esto es por una razón netamente de procurar que en el futuro esos trabajadores no sean una carga para el Estado y por ende una carga para la sociedad toda.

Así, podemos señalar que el nuevo sistema establece muchas normas que demuestran esta libertad, entre ellas podemos mencionar, la existencia de una cotización mínima del 10 %, pero da la posibilidad de que los trabajadores puedan realizar cotizaciones voluntarias por un porcentaje mayor, con un límite predeterminado, y con beneficios especiales, como ya se ha señalado al tratar el tema de la cotización individual. Poseen además, libertad en cuanto a la elección de la administradora de fondos de pensiones que guardara sus ahorros, el monto de la pensión, como ya sabemos depende en gran medida de la buena administración de los fondos ahorrados por los cotizantes, por lo cual es de justa razón que los trabajadores puedan elegir aquella administradora que estime más adecuada para este fin, tomando en cuenta que el sistema fue creado para que existan muchas administradoras de modo que sea el mercado quien regule mediante la competencia lo que cada una ofrece al trabajador, pudiendo este cambiarse de administradora si lo estima conveniente. Asimismo, el trabajador posee libertad para elegir una modalidad de pensión, según sus necesidades, ya sea que los fondos ahorrados en la administradora, los ocupe para obtener una pensión de vejez normal, obtener una pensión anticipada, ocupar dichos fondos para comprar una renta vitalicia, entre otras posibilidades que permite el sistema y que se explicaran más adelante. Por último cabe señalar que al comenzar a regir el sistema se dio la libertad a los trabajadores que ya estaban en el antiguo sistema de incorporarse o no al nuevo sistema. Por todo esto se indica que la libertad es uno de los principios básicos y fundamentales del nuevo sistema.

Todo lo anterior nos muestra que la libertad es una base del sistema establecido por el DL3500, pero que cuenta con los límites a esa misma libertad para que todo trabajador tenga ahorros para poder cubrir sus necesidades previsionales en su justo momento, más cuando en nuestra sociedad no existen hábitos de ahorro privado lo suficientemente importantes para entregar esta libertad en forma absoluta a las personas.

Administración Privada.

Como ya se ha mencionado, una de las características principales del nuevo sistema de pensiones es la administración privada de los fondos ingresados al

sistema por los trabajadores, y la ley entrega a un tipo especial de sociedad Anónima esta misión, estas son las Administradoras de Fondos de Pensiones, o también conocidas bajo la sigla AFP.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones son “sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar fondos de pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”⁶, otros textos definen a estas instituciones como “instituciones que, constituidas jurídicamente como sociedades anónimas, tienen por objeto exclusivo la administración de un fondo llamado fondo de pensiones, y otorgar las diversas prestaciones que dispone la ley, recaudando las cotizaciones previsionales correspondientes, las que deben abonar a las cuentas de capitalización individual de cada afiliado, e invirtiendo los recursos que generan, posteriormente, las pensiones que contempla el sistema”.⁷

Siguiendo la tendencia neoliberal de la época en que se creó el nuevo sistema previsional, consagrado en el DL3500, se cambió radicalmente el criterio de la administración de estos fondos a sociedades que persiguen fines de lucro, ya que si bien, existían en la legislación chilena antecedentes de administración privada de regímenes previsionales, como es el caso de las Mutuales de Empleadores de la ley N°16.744, estas son instituciones que no persiguen fines de lucro, es por ello que es estrictamente necesario que estas instituciones privadas con fines de lucro, estén estrictamente normadas y fiscalizadas por el Estado. Por esto, es que de los distintos tipos de sociedades que existen en la legislación se eligió la Sociedad Anónima, pero con un carácter especial, ya que su exclusivo giro debe ser la administración de un fondo de pensiones.

La ley establece además, un organismo fiscalizador especial para estas sociedades anónimas, este organismo es La Superintendencia de Pensiones (ex - Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones), que es una “entidad autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, que se relaciona con el gobierno por intermedio del Ministerio del Trabajo

⁶ DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 23.

⁷ BUSTAMANTE JERALDO Julio, Funcionamiento del nuevo sistema de Pensiones, Santiago Instituto Chileno de Administración de Empresas ICARE, 1988. P.36.

y Previsión Social. Le compete la supervigilancia y control de las administradoras de fondos de pensiones.⁸

Además en cuanto a su condición de sociedad anónima, la administradora de fondo de pensiones esta obligada a inscribirse en el registro de valores que lleva la superintendencia de valores y seguros, lo que unido al control que ejerce la Superintendencia de Pensiones, trae como consecuencia un doble control, por una parte, un control especializado por su condición de administradora de fondo de pensiones y otro que rige a todas las sociedades anónimas, en su calidad de tal.

Otra de las grandes garantías que se contemplan en el actual sistema previsional chileno, para resguardar la seguridad de los fondos previsionales, es la separación patrimonial entre los fondos de pensiones y el patrimonio de la sociedad administradora. El fondo, como ya se ha dicho, está constituido por los recursos acumulados por los afiliados en sus cuentas de capitalización individual y de ahorro voluntario, como resultado de las cotizaciones efectuadas por los trabajadores y la rentabilidad obtenida por las inversiones de estos fondos. Por otro lado estan los fondos de la sociedad propiamente tal, que provienen de la comisión que cobran estas sociedades anónimas por administrar el fondo de pensiones y otorgar las prestaciones que establece la ley. Esta separación tiene como fin fundamental, el evitar que los recursos de los trabajadores sean arriesgados en otros negocios o usados para otros fines que los establecidos por la ley. Por lo cual, la Administradora de fondo de pensiones, solo puede girar recursos del fondo para ser invertidos de la forma establecida en la ley o bien para pagar los beneficios que correspondan.

Dentro de las características de las administradoras de fondos de pensiones, podemos mencionar: Son sociedades Anónimas, como ya se ha dicho, estas instituciones legalmente deben constituirse como sociedades anónimas, por lo que se rigen en su formación y estatutos por las normas que rigen este tipo de sociedades, pero además, requieren que La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones autorice su existencia y apruebe sus estatutos, en consecuencia, para que se constituya una Administradora de Fondos de Pensiones,

⁸ ARTHUR ERRAZURIZ Guillermo, Régimen Legal del nuevo sistema de pensiones. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p.351.

es necesario otorgar escritura pública de sociedad, inscribir en el registro de comercio del conservador de bienes raíces (como toda sociedad anónima) y publicar en el diario oficial, la resolución de La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, que de acuerdo con la ley debe contener un extracto de los estatutos. Su razón social debe comprender la frase “Administradoras de Fondos de Pensiones” o la sigla “AFP”, no puede incluir nombres o siglas de personas naturales o jurídicas existentes o nombres de fantasía que, a juicio de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, puedan conducir a equívocos respecto a la responsabilidad patrimonial o administrativa de ellas. Como ya se ha recalado su objeto es único, Administrar un Fondo de Pensiones. En cuanto a su capital y patrimonio, el capital mínimo para la formación de una Administradoras de Fondos de Pensiones, es equivalente a UF 5000, el que debe estar suscrito y pagado al momento de otorgarse la escritura social.

1.3 Funcionamiento y financiamiento.

En 1980, con la dictación del DL3500, se da inicio a este nuevo sistema previsional que es, como ya se ha dicho, diametralmente opuesto al sistema anterior, se da inicio a un sistema que se basa en la capitalización individual y a la administración privada de pensiones. A grandes rasgos estos puntos básicos del nuevo sistema sirven para explicar su funcionamiento y financiamiento, en síntesis se trata de un sistema en el cual la pensión que obtiene el trabajador al pasar a ser parte de la población pasiva, es el resultado de los aportes que este efectuó durante el periodo activo laboral, y del cometido o rentabilidad que su inversión haya obtenido por la Administradora de Fondo de Pensiones, al cual se encontraba afiliado.

1.3.1 Cotización obligatoria

Como ya se ha señalado, los afiliados al sistema son los trabajadores, sean estos trabajadores dependientes o independientes, entendiéndose como trabajadores lo señalado en el artículo 3 letra b) del código del trabajo, es decir “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo” para los dependientes, y

aplicando lo señalado en el mismo artículo citado pero en su letra c) para los trabajadores independientes “aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo dependencia”; cabe señalar que el mismo artículo 3 señala que el empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales.

Los afiliados son los que durante su vida laboral pagan sus cotizaciones previsionales, encontrándose obligados a cotizar los trabajadores dependientes en su cuenta individual, esta obligación está consagrada en el artículo 17 del DL 3500, que señala “Los trabajadores afiliados al sistema, menores de 65 años de edad si son hombre, y menores de 60 años de edad si son mujeres, están obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles.”, agrega que “deberán efectuar una cotización adicional en la misma cuenta y calculada sobre la misma base que será determinada por cada administradora y que estará destinada a su financiamiento, incluido el pago de la prima de seguro a que se refiere el artículo 59.” Existen además otras cotizaciones que se pueden o deben realizar en la cuenta de capitalización individual como la del artículo 17 bis.

Se ha entregado como fundamento a esta obligación que en la sociedad no existen hábitos de ahorro privado importantes como para permitir que sean los propios trabajadores en ejercicio de su libertad en forma absoluta quienes se preocupen del ahorro para la vejez⁹.

Por ello cada trabajador tiene la propiedad de los dineros que se encuentran ahorrados en la administradora, el cual debidamente administrado crece según la rentabilidad, a fin de que al llegar a la época pasiva el trabajador posea las condiciones necesarias para obtener una pensión acorde con los ingresos del tiempo en que se encontraba activo. Esto es importante por cuanto el monto de dinero que en definitiva sea pagado como pensión de vejez tendrá directa relación con la cantidad de dinero que contenga la cuenta previsional, producto de los aportes que cada trabajador haga más la rentabilidad que estos dineros han

⁹ Página Web Superintendencia de Pensiones, ex superintendencia administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP). www.safp.cl

obtenido durante el tiempo de ahorro e inversión realizada por parte de la administradora.

Con el fin de dar una mayor eficiencia al sistema, el DL 3500 señala que las cotizaciones previsionales, deben ser declaradas y pagadas por: a) el empleador, b) el trabajador independiente, o c) la entidad pagadora de subsidios, según corresponda; por mandato del artículo 19 del DL 3500.

Como ya se ha dicho las cotizaciones son de cargo del trabajador, por ende se deducen de su remuneración, entregando el artículo 14 del DL 3500, la definición de remuneración a la señalada en el artículo 41 del Código del Trabajo, es decir “se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo” sin embargo, el trabajador podrá efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización, según lo expresado en el inciso 3 del artículo 20 del DL 3500.

En el caso de los trabajadores independientes, como ya se dijo, la obligación de cotizar es sobre sus rentas imponibles, definiendo renta en el artículo 15 del DL 3500, como “ la cantidad de dinero que declara un afiliado independiente como base de calculo de su cotización”, lo cual se realiza según las normas que están establecidas en el artículo 89 y siguiente; declarando y enterando el mismo su cotización, por lo cual en este trabajo no posee mayor relevancia, y no se tratara con detenimiento.

Distinto es el caso de los trabajadores dependientes, ya que se establece que si bien la cotización es de cargo del trabajador, exige que sean los empleadores quienes tienen la obligación de retenerlas de la remuneración del trabajador, para posteriormente declararlas y enterarlas en la respectiva administradora de fondos de pensiones a la que el trabajador este afiliado, este tema, por la importancia que reviste para este trabajo, se analizara con mayor detenimiento a continuación.

1.3.2 Retención por parte del Empleador.

La justificación de la obligación del trabajador de ahorrar para su vejez, como ya se dijo, es que no existe la cultura de ahorro por parte de la población para precaver que en el futuro no poseerá las condiciones para procurarse los medios de

subsistencias iguales a los que posee durante su vida laboral, por esto uno de los problemas es lograr que los trabajadores enteren lo que corresponde en sus cuentas de capitalización individual, pensando en su futuro, en contraposición a poder disponer en la actualidad de ese dinero, cotizando menos de lo que corresponde afectando su ahorro para el futuro, esta es la principal razón por la que perteneciendo al trabajador los dineros de la cotización individual, no sea este el que entera al sistema directamente esos dineros.

De esto, nacen obligaciones para el empleador, las cuales son retener, declarar y enterar (pagar) los dineros de la cotización en la administradora de fondos de pensiones:

A) Retención

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 incisos 1º y 2º del DL 3500, el empleador está obligado a deducir las cotizaciones previsionales, de cargo del trabajador, de las remuneraciones del mismo y pagarlas en la administradora de fondos de pensiones correspondientes.

“Artículo 19º Las cotizaciones establecidas en este Título deberán ser declaradas y pagadas por el empleador, el trabajador independiente o la entidad pagadora de subsidios, según corresponda, en la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el trabajador, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones y rentas afectas a aquéllas, o aquel en que se autorizó la licencia médica por la entidad correspondiente, en su caso, término que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo.

Para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador y pagará las que sean de su cargo. Ambas cotizaciones se encontrarán afectas a lo dispuesto en el presente artículo.”(incisos 1º y 2º)

A lo ya señalado, es concordante con lo establecido en el artículo 58 del Código del Trabajo, que señala entre los ítems que debe deducir de las remuneraciones el empleador a las cotizaciones de seguridad social.

“Artículo 58. El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación respectiva y las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos. Igualmente, a solicitud escrita del trabajador, el empleador deberá descontar de las remuneraciones las cuotas correspondientes a dividendos hipotecarios por adquisición de viviendas y las cantidades que el trabajador haya indicado para que sean depositadas en una cuenta de ahorro para la vivienda abierta a su nombre en una institución financiera o en una cooperativa de vivienda. Estas últimas no podrán exceder de un monto equivalente al 30% de la remuneración total del trabajador.”

A mayor abundamiento, en esta materia, el artículo 3 inciso 2 de la ley 17.322, sobre cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, señala “Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere ese mismo artículo, por el solo hecho de haberse pagado total o parcialmente las respectivas remuneraciones a los trabajadores. Si se hubiere omitido practicar dichos descuentos, será de cargo del empleador el pago de las sumas que por tal concepto se adeuden.”, lo que refuerza la obligación que pesa sobre el empleador de retener de la remuneración del trabajador las cotizaciones previsionales.

En consecuencia, de lo señalado en las normas citadas en los párrafos anteriores, se desprende que, una de las características de las cotizaciones previsionales es que éstas deben ser descontadas de la remuneración por el empleador, el cual está obligado a enterarlas en la institución de previsión.

El hecho de que sea el empleador quien retenga dineros que le pertenecen al trabajador, y que esos dineros no salen materialmente del patrimonio del empleador, pero si jurídicamente, tiene gran importancia, el empleador sólo es un mero tenedor de estos dineros, siendo la ley quien lo legitima para quedarse en forma temporal con parte de la remuneración del trabajador por un periodo determinado, pero nunca adquiere la posesión de estos dineros, ya que no puede comportarse como señor y dueño, lo que tiene mucha importancia, por ejemplo, por el delito de apropiación indebida, el cual trataremos con mayor detención posteriormente.

Cabe preguntarse ¿cuáles son los montos que debe retener el empleador?, a este respecto, la ley establece, que los trabajadores están obligados a cotizar el 10% de las remuneraciones (en el caso de las dependientes) y renta imponible (trabajadores independientes), debiendo efectuar además, efectuar una cotización adicional en la misma cuenta, que estará destinada a financiar los gastos de administración y el seguro de invalidez que deben contratar las administradoras para el caso de invalidez o muerte del trabajador. Y en determinados casos, esta puede ser mayor, en relación con el tipo de trabajo que realice el afiliado, como es el caso de los trabajadores que realizan trabajos pesados, regulada en el artículo 17 bis, del DL 3500. A estas también deben agregarse las posibles cotizaciones voluntarias que el trabajador decida realizar, ya sea, en su cuenta de capitalización individual, o en otro fondo o depósito de los mencionados en el artículo 20 del DL 3500. Asimismo, también deben ser descontadas de la remuneración del trabajador, el monto destinado a las prestaciones de salud, las que equivaldrán, como mínimo a un 7%, pudiendo ser mayor si se encuentra afiliado a una Isapre. Además en los casos que proceda retendrá los dineros necesarios para contribuir al financiamiento del seguro del desempleo. Todas estas deducciones tienen un límite de 60 unidades de Fomento del último día del mes anterior al pago, según lo ordena el artículo 16 del DL 3500.

B) Pago a la administradora.

Una vez que el empleador ha realizado la retención de las cotizaciones previsionales y que fueron deducidas de su remuneración, se da más fuerza a la obligación de enterarlas en la Administradora de fondos de Pensiones que corresponda, por que se trata de dineros que pertenecen a otro y no son propios del empleador.

La declaración y pago de las cotizaciones previsionales, que fueron retenidas por el empleador de la remuneración del trabajador, debe efectuarse en la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentra afiliado el trabajador, dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones (para los dependientes) y rentas o aquel en que se aprobó la licencia médica por la entidad correspondiente (en caso de trabajador independiente o en caso de ser la entidad pagadora de subsidios quien entera las cotizaciones).

En caso de que dicho plazo expire en sábado, domingo o festivo, se prorroga hasta el día hábil siguiente. según lo señalado en el artículo 19 del DL 3500.

Las cotizaciones deben pagarse en la administradora de fondos de pensiones en la que se encuentra afiliado el trabajador. Sin embargo, las administradoras pueden celebrar convenios con instituciones bancarias y cajas de compensación de asignación familiar o con otras entidades que autorice la superintendencia, para la recepción de las declaraciones y la recaudación de cotizaciones y depósitos, los que deben ser enterados efectivamente en la administradora o depositados en las cuantas corrientes de ésta, a más tardar 24 horas después de recibidos. Entendiéndose que las cotizaciones son pagadas en la fecha en que sean recibidas por las entidades recaudadoras.

C) Declaración y no pago.

Cuando se creó el sistema, se trató de precaver que una situación económicamente adversa y transitoria que afecte al empleador afecte las cotizaciones previsionales, para ello se contempla un beneficio para el empleador, llamado declaración y No pago, como señala su nombre, consiste en que el empleador puede declarar las cotizaciones y no pagarlas en ese momento, si no que deferir el pago para el futuro, esa declaración debe hacerse en el mismo plazo previsto para el pago, debe contener el nombre, rut, domicilio y el nombre del representante legal del que hace la declaración; el nombre y rut de los trabajadores o beneficiarios de subsidios, el monto de las remuneraciones imponibles que se están declarando.

Otros de los fundamentos a la existencia de esta posibilidad de declarar y no pagar lo retenido a los trabajadores, es evitar trabas a la economía de mercado que pudieran generar a las pequeñas y medianas empresas una obligación, tan estricta como lo es el cumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales, y como una manera de que sean las propias empresas las que cuenten con un mayor tiempo para enterar esos fondos a fin de evitar una falta de liquidez momentánea, a nuestro parecer esta argumentación se enmarca dentro de la justificación economista de la redacción de la norma, como se explicara posteriormente al ver las críticas a esta facilidad entregada a los empleadores.

El pago de las cotizaciones declaradas y no pagadas deberá efectuarse dentro de los 180 días siguientes a la fecha de la declaración. Dentro de ese plazo, la administradora debe iniciar las gestiones de cobro, tema que se tratara mas adelante en este trabajo.

Para realizar la declaración y no pago se ocupa un formulario especial diseñado por la Superintendencia de Administradoras de fondos de pensiones, hoy superintendencia de pensiones, denominado “Planilla de Declaración y No pago de Cotizaciones Previsionales” o también denominado “planilla de declaración”.

Dentro de las criticas que se pueden realizar a la existencia de la declaración y no pago, esta que su fundamento es evitar una situación económica del empleador afecte al trabajador, específicamente a sus cotizaciones previsionales, lo que no se condice con los principios del sistema y la legislación, que expresa en forma clara que “para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador”¹⁰, por lo que en estricto rigor, al trabajador no se le pago en forma integra su remuneración, ya que la parte de ella que debía ingresarse en un fondo de ahorro que le pertenece al trabajador, y siendo solo el empleador un medio para que esos dineros lleguen a dicho fondo, no estaría pagando toda la remuneración. En contrapartida a esta critica, se puede señalar que desde el punto de vista económico, que la cotización sea del cargo del trabajador o del empleador, es un tema meramente de texto y con fines de percepción psicológica, por que las partes negocian una remuneración liquida, y la ley y el sistema en sí estableció que se dedujera de la remuneración, como una manera de vincular el ahorro para la vejez con el beneficio previsional, para evitar la desconexión entre el ahorro y la pensión que fue una de las causas del quiebre del antiguo sistema.

Cabe señalar, que si el empleador o la entidad pagadora no realiza el pago dentro de los 10 primeros días del mes siguiente al que se devengaron las remuneración, pero que fueron declaradas, realizando la llamada “declaración y no pago” esos montos se reajustaran entre el último día del plazo en que debió realizarse el pago y el día en que efectivamente se realice, señala la norma, que se aumentaran considerando la variación diaria del IPC mensual del periodo

¹⁰ DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 19 inciso 2.

comprendido entre el mes que antecede al mes anterior a aquel en que debió efectuarse el pago y el mes que antecede al mes anterior a aquel en que efectivamente se realice. A lo señalado por la norma, se suma el 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 18.010, aumentado en un 50%. Todo estas normas de reajustabilidad e interés penal tiene como fin el desincentivar la declaración y no pago, y que el mantener en su poder los dineros del trabajador no le sea eficiente en términos económicos al empleador.

Cabe mencionar que con el devenir de los años, la utilización de este mecanismo de diferir el pago de lo retenido de las remuneraciones de los trabajadores, que en su formulación y justificación era excepcional, se convirtió en una practica común, lo que no es extraño atendido la gran mano de obra que ocupa la pequeña y mediana empresa en nuestro país, como asimismo los constantes ciclos de recesión y bonanza propios del sistema de mercado.

1.3.3 Las Administradoras de Fondos de Pensiones y la rentabilidad.

Una de las grandes preguntas que genera el sistema, en la mayoría de las personas, es que hace la administradora con los dineros que cada cotizante ingresa en sus cuentas, por que estos dineros no quedan guardados inmóviles, el sistema esta ideado con la finalidad que dichos dineros se transformen en capital de inversión y son las propias administradoras quienes invierten ese capital, con la finalidad simple de incentivar la economía bajo el efecto multiplicador de la inversión, lo que es de toda lógica, ya que el país requiere recursos para mover la economía y mantener la gran cantidad de dineros sin circulación significa un grave daño económico al país.

Cabe mencionar que el artículo 33 del DL3500, en su inciso segundo señala que cada fondo de pensiones estará constituido por las cotizaciones y aportes de los afiliados, el bono de reconocimiento y sus complementos (para los trabajadores que provienen del antiguo sistema), sus inversiones y las rentabilidades de estas, deducidas las comisiones de la administradora; de lo señalado en la norma se desprende que las inversiones y rentabilidades de estas inversiones son parte del

fondo de pensiones de cada trabajador, definiendo la ley lo que es rentabilidad en su artículo 36 de la misma norma legal, para lo cual se toma como medida la cuota dado que el valor de cada uno de los fondos de pensiones se expresara en cuotas, que son iguales entre si, dentro del mismo fondo, según lo señala el artículo 35 del DL3500,

El artículo 36 DL3500, señala que la rentabilidad nominal mensual de un fondo de pensiones, es entendida como el porcentaje de variación del valor promedio de la cuota de un mes del fondo de que se trate, respecto del valor promedio mensual de la cuota del mes anterior. En calculo matemático simple, y con el solo afán didáctico, podemos señalar lo siguiente: si el fondo del trabajador el mes A es 1000, y lo dividimos en 10 cuotas, cada cuota tiene el valor de 100, si producto de las inversiones realizadas por la administradora, el mes B el fondo del trabajador es 1050, y dividida por cuotas cada cuota es de 105, podemos señalar que la rentabilidad nominal fue de 5; siguiendo con el ejemplo, si el fondo de otro trabajador el mes A es 2000, y posee la misma rentabilidad del trabajador anterior, el mes B su fondo será 2100.

En el ejemplo anterior, esta uno de los problemas de la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, ya que el calculo de la cuota se realiza de acuerdo al monto que posee cada mes el fondo, y si bien la rentabilidad es igual para todos, los fondos no enterados en la cuenta no dan rentabilidad, y el perjudicado es el trabajador, lo que queda patente al ver la forma en que se calculan las distintas modalidades de pensión, que serán tratadas posteriormente en este trabajo.

Establecido que los dineros de los trabajadores son invertidos por las administradoras, la pregunta que nace, es como los invierten, quien regula estas inversiones y que grado de participación poseen los trabajadores en las decisiones de inversión.

Comenzaremos respondiendo esta última pregunta, ¿qué participación posee el trabajador en las decisiones de inversión de sus fondos?, para ello analizaremos los llamados “Multifondos”

Los Multifondos:

Al principio de este capítulo tratábamos los principios del actual sistema de pensiones, en el cual basa gran parte de su estructura en la libertad, uno de sus puntos más emblemáticos, y una de sus manifestaciones son los multifondos que si bien la creación de los multifondos es posterior a la entrada en vigencia del DL3500, entrega la posibilidad a los trabajadores de elegir entre 5 opciones en las cuales invertir sus ahorros previsionales dentro de cada Administradora.

Como ya se señaló, los multifondos, está constituido por 5 fondos, llamados A,B,C,D y E; cada uno de ellos corresponde a una combinación diferente de inversiones con distinto riesgo y, por lo tanto, dan como resultado una distinta rentabilidad (en donde el trabajador entra en el juego de las inversiones, con la máxima de a más rentabilidad esperada, mayor riesgo). Es así, que el fondo A, posee una inversión en renta variable (más riesgosa) hasta un 80 %, porcentaje que va bajando en los fondos B,C y D hasta llegar al fondo E en el que no permite inversión en renta variable y posee un 100 % de inversión en renta fija (menos riesgosa).

Los multifondos exigen que exista una gran cantidad de información respecto a las variantes de inversiones, los instrumentos de estas y el riesgo de cada uno, lo que ha quedado demostrado con los acontecimientos bursátiles de los últimos años, es que no es una decisión menor, y que la elección incide directamente en la vejez del trabajador, para evitar la desinformación son las propias administradoras las que se han preocupado de informar a su público objetivo, lo que no ha sido fácil dado lo técnico que puede ser el tema de la inversión de fondos, para simplificar la entrega de información y decisión por parte del trabajador, consideran una serie de Items a tomar en cuenta al momento de elegir el fondo de inversión, estos son:

- HORIZONTE DE AHORRO: esto es cuantos años le falta para pensionarse, lo que es de toda lógica, ya que ante una crisis económica las personas jóvenes poseerán mayor tiempo para recuperarse de posibles pérdidas, y las personas de mayor edad y a corto tiempo de jubilarse deberían mantener sus ahorros a mayor recaudo y menos riesgo.
- INGRESOS FUTUROS. Entendiendo que estas son inversiones a futuro, y que el trabajador este planificando o consolidando alguna otra fuente de ingresos para la vejez.

- **DISPOSICIÓN A ASUMIR EL RIESGO:** en este punto la consigna es básica, el invertir en fondos más riesgoso da la posibilidad que la rentabilidad sea mayor, pero así también la contrapartida a ello, es un riesgo más alto que las inversiones que entregan rentabilidad comparativamente menores.

Analicemos cada uno de los fondos con sus características más importantes:

FONDO A:

En este fondo el objetivo de inversión es obtener en un horizonte de tiempo razonablemente largo, una rentabilidad mayor a la que se puede obtener en el resto de los fondos, considerando un mayor riesgo asociado. Se estima que el perfil del ahorrante de este fondo son personas con una clara disposición a asumir riesgos en sus inversiones, y que se encuentren dispuestos a aceptar pérdidas en el corto plazo, con tal de obtener a largo plazo retornos superiores al que pueden lograr fondos con mayor componentes de instrumentos de renta fija, por ello se estima que es ideal que sean personas con un horizonte de ahorro superior a 20 años, que posean la información y preocupación constante de la rentabilidad de las inversiones y la economía, y que posean experiencia en inversiones personales de acciones.

El fondo A, posee una política de inversión con un fuerte componente en instrumentos de renta variable tanto nacional como extranjera, con especial énfasis en acciones de empresas, cercano al máximo legal del 80 % del valor de la cartera de este fondo, posee una alta diversificación, para minimizar el alto riesgo asociado a la renta variable. Y como es de toda lógica la inversión en instrumentos de renta fija es menor. Así es que el máximo permitido para inversiones en instrumentos de renta variable es de un 80 % , siendo el límite mínimo obligatorio de un 40 % de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO B:

En este fondo el objetivo de inversión es invertir los ahorros con un porcentaje importante de renta variable buscando obtener mayores rentabilidades, pero asumiendo también un mayor riesgo. Se estima que el perfil del ahorrante es una persona con disposición favorable al riesgo que persigan

obtener un nivel de rentabilidad alto, con capacidad de aceptar pérdidas a corto plazo y que posean un horizonte de ahorro de mediano y largo plazo.

El fondo B, posee una política de inversión basada en una estructura de inversiones fuerte en acciones respecto de la proporción invertida en instrumentos de renta fija, aunque en menor medida que el fondo A. Posee una adecuada diversificación que permite minimizar el mayor riesgo que implica un componente importante de renta variable. Posee límites de inversión de renta variable con un máximo permitido de un 60 % y un mínimo obligatorio de un 25 %, de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO C:

En este fondo el objetivo de inversión es constituirse en la alternativa de continuidad, es decir, permite invertir los ahorros en una cartera cuya composición y relación rentabilidad esperada y el nivel de riesgo asociado será similar a la observada por los fondos de pensiones antes de la creación de los multifondos, es el fondo por defecto, en caso de la falta de manifestación de voluntad del trabajador respecto al fondo en que debe tener sus ahorros. Se estima que el perfil del ahorrante es ser un fondo orientado a personas conservadoras, con tolerancia intermedia al riesgo, con un horizonte de ahorro medianamente largo, satisfechos con la relación rentabilidad y riesgo obtenida por el sistema en forma histórica.

El fondo C, posee una política de inversiones, con un tenor de inversiones balanceado en términos de rentabilidad - riesgo por su composición de instrumentos de renta fija y variable mas cercana a la que históricamente han tenido los fondos de pensiones desde la creación del sistema. Esto se ve reflejado en cuanto el máximo permitido de inversión en renta variable es de un 40 % y el mínimo obligatorio es de un 15 %, de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO D:

En este fondo el objetivo de inversión es invertir los ahorros de los trabajadores en un fondo de pensiones de mayor seguridad, que permita en menor medida, aprovechar las eventuales mayores rentabilidades que puedan entregar los instrumentos de renta variable. Se estima que el perfil del ahorrante,

es el de trabajadores con un grado de aversión al riesgo importante, que poseen un horizonte de ahorro de mediano plazo, estimando que es ideal para afiliados que se pensionaran en los próximos 10 años, dispuestos a tomar algún riesgo para intentar mejorar su pensión.

El fondo D, posee una política de inversiones mucho mas seguro que los anteriores, invierte principalmente en instrumentos de renta fija nacional e internacional, y solo una pequeña proporción de renta variable, todo ello apunta a que el objetivo de este fondo es obtener rentabilidades superiores a los que pueden obtener los instrumentos de renta fija. Sus limites de inversión están dados por permitir como máximo un 20 % de inversión de renta variable y con un piso obligatorio de un 5 %, de la cartera de inversión de este fondo.

FONDO E:

En Este fondo el objetivo de inversión es ser la alternativa para el afiliado que le permita invertir sus ahorros previsionales en los instrumentos financieros más seguros a nivel nacional e internacional, los que garantizan una inversión con una rentabilidad más estable asumiendo un riesgo mínimo. El perfil del ahorrante en este grupo es muy claro, esta orientado a personas con clara aversión o rechazo al riesgo, con horizonte de ahorro a corto plazo, es ideal para personas que están próximas a pensionarse y donde la pensión representa la principal fuente de ingresos para su vejez.

El fondo E posee una política de inversiones muy acorde a su objetivo de inversión y al perfil de su ahorrante, puesto que invertirá principalmente en instrumentos de renta fija de mediano y largo plazo, con las mejores clasificaciones de riesgo, que si bien son seguros, variaciones en las tasas de interés, pueden llevar a algún grado de variabilidad en la rentabilidad de la cuota. Sus limites de inversión en renta variable son nulos, ya que su inversión es de un 100% en instrumentos de renta fija.

Cabe preguntarse en que se invierten estos fondos en especifico, ya se ha mencionado que se invierten en instrumentos de renta fija y variable, pero en especifico, el artículo 46 del DL3500 nos señala que la administradora mantendrá cuentas corrientes destinadas exclusivamente a los recursos de cada uno de los

fondos de pensiones, que en dichas cuentas se depositara la totalidad de las cotizaciones de los afiliados y que sólo podran girarse dineros para la adquisición de títulos para el fondo, para cumplir con lo señalado en el artículo 45 del DL3500, en cuanto a la inversión de los fondos, la administradora debe invertir los fondos en:

- a) Títulos emitidos por la Tesorería General de la República o por el Banco Central de Chile; letras de crédito emitidas por los Servicios Regionales y Metropolitano de Vivienda y Urbanización; Bonos de Reconocimiento emitidos por el Instituto de Normalización Previsional u otras Instituciones de Previsión, y otros títulos emitidos o garantizados por el Estado de Chile;
- b) Depósitos a plazo; bonos, y otros títulos representativos de captaciones, emitidos por instituciones financieras;
- c) Títulos garantizados por instituciones financieras;
- d) Letras de crédito emitidas por instituciones financieras;
- e) Bonos de empresas públicas y privadas;
- f) Bonos de empresas públicas y privadas canjeables por acciones, a que se refiere el artículo 121 de la Ley N° 18.045;
- g) Acciones de sociedades anónimas abiertas;
- h) Cuotas de fondos de inversión a que se refiere la ley N° 18.815 y cuotas de fondos mutuos regidos por el decreto ley N° 1.328, de 1976;
- i) Efectos de comercio emitidos por empresas públicas y privadas;
- j) Títulos de crédito, valores o efectos de comercio, emitidos o garantizados por Estados extranjeros, bancos centrales o entidades bancarias extranjeras o internacionales; acciones y bonos emitidos por empresas extranjeras y cuotas de participación emitidas por Fondos Mutuos y Fondos de Inversión extranjeros, que se transen habitualmente en los mercados internacionales y que cumplan a lo menos con las características que señale el Régimen de Inversión de los Fondos de Pensiones a que se refiere el inciso vigésimo cuarto. A su vez, para efectos de la inversión extranjera, las Administradoras, con los recursos de los Fondos de Pensiones, podrán invertir en títulos representativos de índices de instrumentos financieros, depósitos de corto plazo y en valores extranjeros del título XXIV de la ley N° 18.045 que se transen en un mercado secundario formal nacional; y celebrar contratos de

préstamos de activos; todo lo cual se efectuará en conformidad a las condiciones que señale el citado Régimen. Asimismo, para los efectos antes señalados, podrán invertir en otros valores e instrumentos financieros, realizar operaciones y celebrar contratos de carácter financiero, que autorice la Superintendencia, previo informe del Banco Central de Chile, y bajo las condiciones que establezca el Régimen de Inversión;

- k) Otros instrumentos de oferta pública, cuyos emisores sean fiscalizados por la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según corresponda, que autorice la Superintendencia de Pensiones, previo informe del Banco Central de Chile;
- l) Operaciones con instrumentos derivados que cumplan con las características señaladas en el inciso duodécimo de este artículo y en el Régimen de Inversión;
- m) Operaciones o contratos que tengan como objeto el préstamo o mutuo de instrumentos financieros de emisores nacionales, pertenecientes al Fondo de Pensiones, y que cumplan con las características señaladas mediante norma de carácter general, que dictará la Superintendencia¹¹.

Ya hemos dilucidado someramente, cual es la real participación del trabajador en la decisión de las inversiones de sus fondos y en que invierte la administradora, ahora la pregunta es si existe algún organismo de control de esas inversiones, estas preguntas son de suma importancia en relación al volumen de los recursos previsionales, la propiedad que poseen los afiliados de sus fondos pero al mismo tiempo las limitaciones de disponibilidad de ellos hace que el sistema exija un fuerte control sobre la variables de seguridad y rentabilidad de la inversión, no hay que olvidar que las administradoras toman decisiones de inversión sobre dineros ajenos, y que mas o menos exacto es decir que el dinero de la vejez de todos los trabajadores esta en sus manos, por ello la idea del legislador es crear un marco jurídico que garantice razonablemente la mantención y buen funcionamiento

¹¹ DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 45.

del sistema, trataremos de señalar someramente esta materia, con el solo fin de dar un marco al tema principal que nos convoca.

El nivel de riesgo del ahorro e inversión de los recursos previsionales, por parte de las administradoras, esta determinado en primer lugar en la misma ley, puesto que define los instrumentos de inversión susceptibles de ser adquiridos con recursos de los fondos de pensiones, para posteriormente establecer los limites de inversión, bajo una serie de parámetros, por ejemplo, estableciendo limites de inversión por instrumentos, por grupos de instrumentos o sectores, por emisor, y limites de emisores relacionadas con la administradora. A todo ello se suma una serie de normas que reglamentan la transparencia y probidad debida y ejecutar un fuerte control y fiscalización preventiva.

Respecto a las instituciones que ejercen control sobre las administradoras y su actuar podemos mencionar, la Superintendencia de pensiones (ex Superintendencia de administradoras de fondos de pensiones) y la comisión clasificadora de riesgo.

LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (EX SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES)

La Superintendencia de pensiones (ex Superintendencia de administradoras de fondos de pensiones), es una entidad autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, cuya misión es la supervigilancia y control de las sociedades administradoras de fondo de pensiones, posee un estatuto orgánico especial y se relaciona con el poder ejecutivo por intermedio del ministerio del trabajo y previsión social. Según se desprende del artículo 93 del DL3500.

El artículo 94 del mismo cuerpo legal establece cuales son sus funciones generales:

1.- Autorizar la constitución de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, de las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23, la adquisición de acciones de una Administradora de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República, de las sociedades

administradoras de cartera de recursos previsionales, y llevar un Registro de estas entidades.

2.- Fiscalizar el funcionamiento de las Administradoras y el otorgamiento de las prestaciones que éstas otorguen a sus afiliados, y el funcionamiento de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales.

3.- Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del Sistema, con carácter obligatorio para las Administradoras, las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23 y las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y dictar normas generales para su aplicación.

4.- Fiscalizar la constitución, mantenimiento, operación y aplicación del "Encaje".

5.- Fiscalizar la inversión de los recursos de los Fondos de Pensiones y la composición de la cartera de inversiones.

6.- Establecer las normas que regulen los contratos de seguro destinados a constituir las prestaciones que establece esta ley, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros, y fiscalizar la observancia de dichas normas y el cumplimiento de las obligaciones que emanen de los contratos.

7.- Efectuar la liquidación de las Administradoras, la de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y la de los Fondos de Pensiones.

8. Aplicar sanciones y disponer la revocación de la autorización de existencia de conformidad a la ley, de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de sus sociedades filiales y de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales. Asimismo, podrá disponer la enajenación de las inversiones efectuadas en o a través de las sociedades filiales establecidas en el artículo 23, cuando no cumplan con lo establecido en el inciso duodécimo de dicho artículo. Para estos efectos y en forma previa, la Superintendencia oficiará a las sociedades administradoras antes mencionadas con el objeto de poner en su conocimiento los hechos que se le imputan como constitutivos de infracción, a fin de que éstas, dentro del plazo de diez días hábiles contados desde la recepción del respectivo oficio, procedan a formular sus descargos y acompañen las probanzas en que fundamentan sus alegaciones. ejercicio de estas atribuciones y funciones deberá

efectuarse mediante resoluciones fundadas, las que se notificarán por un ministro de fe. En contra de dichas resoluciones la Administradora afectada o sus sociedades filiales y las sociedades administradoras de carteras de recursos previsionales podrán reclamar, dentro de los quince días siguientes a su notificación, ante la Corte de Apelaciones que corresponda, la que deberá pronunciarse en cuenta si el reclamo es admisible y si ha sido interpuesto dentro del término legal. Admitido el reclamo, la Corte dará traslado por quince días a la Superintendencia. Evacuado el traslado o acusada la rebeldía, la Corte ordenará traer los autos en relación, agregándose la causa en forma extraordinaria a la tabla del siguiente día, previo sorteo de Sala cuando corresponda. El tribunal dictará sentencia dentro del plazo de treinta días. Para reclamar de una multa impuesta por la Superintendencia, el reclamante deberá efectuar una consignación equivalente al 25% de su monto, en dicho organismo.

La consignación será devuelta si se acogiere el reclamo.

Las resoluciones constituirán títulos ejecutivos y producirán sus efectos transcurridos quince días desde su notificación, si no se hubiere reclamado de ella, o una vez firme la sentencia que resuelva sobre el reclamo.

Los funcionarios de la Superintendencia prestarán declaraciones ante los Tribunales, en las reclamaciones a que se refiere este número, mediante informes escritos, los que constituirán presunciones legales acerca de los hechos por ellos personalmente constatados, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de citarlos a declarar verbalmente como medida para mejor resolver.

La Superintendencia estará exenta de la obligación de efectuar consignaciones judiciales.

Los directores y apoderados de una Administradora, de sus filiales o de una sociedad administradora de cartera de recursos previsionales, serán solidariamente responsables de las multas que se les impongan, respectivamente si se hubieren originado en hechos o contravenciones producidas por su culpa o negligencia. La resolución respectiva deberá así declararlo y los afectados podrán reclamar de ella en la misma forma y plazo que puede hacerlo la Administradora.

9.- Velar por el cumplimiento de las normas que establecen los requisitos necesarios para que opere la garantía estatal a que se refiere el Título VII.

10. Efectuar los estudios técnicos necesarios para el desarrollo y fortalecimiento del Sistema de Pensiones y para evaluar la calidad de las pensiones que obtienen los afiliados y beneficiarios del Sistema. Para efectuar los mencionados estudios, la Superintendencia de Valores y Seguros deberá proporcionar a la Superintendencia de Pensiones la información sobre los pensionados por la modalidad de renta vitalicia y sus beneficiarios, que ésta le solicite.

11.- Fiscalizar los mercados primarios y secundarios en lo que se refiere a la participación de los Fondos de Pensiones, las Administradoras y las personas que, en razón de su cargo o posición, tengan acceso a información de las inversiones del Fondo, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia de Valores y Seguros.

12. Informar a los afiliados respecto de sus derechos y obligaciones en relación con el sistema de pensiones, utilizando medios propios o a través de otras entidades, con el objeto de dar cobertura nacional a este servicio.

13.- Requerir que las personas naturales o jurídicas que, personalmente o en conjunto, sean controladoras de una Administradora conforme al artículo 97 de la ley N° 18.045, o posean individualmente más del diez por ciento de sus acciones, envíen a la Superintendencia información fidedigna acerca de su situación financiera. La Superintendencia, mediante normas generales, determinará la periodicidad y contenido de esta información, que no podrá exceder de la que exige la Superintendencia de Valores y Seguros a las sociedades anónimas abiertas.

14.- Instruir, por resolución fundada, a una Administradora, que se abstenga de efectuar con recursos de los Fondos de Pensiones, las transacciones que específicamente determine con o a través de personas relacionadas a ella, hasta por un plazo de tres meses renovable por igual período, cuando la situación financiera, ya sea de la Administradora o de sus personas relacionadas, ponga en riesgo la seguridad de los Fondos de Pensiones.

15.- Instruir, por resolución fundada, a una Administradora, que se abstenga de efectuar con recursos de los Fondos de Pensiones, las transacciones que específicamente determine con sus personas relacionadas o a través de ellas, hasta por un plazo de tres meses renovable por igual período, cuando las personas

relacionadas a la Administradora hubieran sido sancionadas por incumplimiento, en forma reiterada o grave, de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que les sean aplicables conforme a su objeto social, siempre que tal situación ponga en riesgo la seguridad de los Fondos de Pensiones.

16. Fiscalizar, con el objeto de resguardar la seguridad de los Fondos de Pensiones, el funcionamiento de los servicios que una Administradora hubiere subcontratado, cuando éstos sean relacionados con su giro. Para efectos de lo anterior, la Superintendencia podrá requerir el envío de información y documentación sustentatoria o bien tener acceso directamente a las dependencias y archivos del prestador de servicios.

17. Supervisar administrativamente las Comisiones Médicas Regionales y Central e impartir las normas operativas que se requieran para calificar la invalidez.

Asimismo, controlar que las Comisiones Médicas den debido cumplimiento a las funciones que les correspondan, pudiendo siempre determinar el número de Comisiones que debe funcionar en cada Región, impartir instrucciones acerca de su equipamiento y requerir a dichas Comisiones la información necesaria para su adecuada fiscalización.

18. Designar mediante resolución fundada a uno de sus funcionarios como inspector delegado en una Administradora, con el objeto de resguardar la seguridad de los Fondos de Pensiones¹².

LA COMISIÓN CLASIFICADORA DEL RIESGO

Es un organismo con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya función es determinar, analizar y aprobar las inversiones que pueden realizar las administradoras de fondos de pensiones con los ahorros previsionales que administran.

El artículo 99 del DL3500, no solo crea esta comisión, si no que además detalla cuales son sus funciones, señalando que la comisión clasificadora tendrá las siguientes funciones:

¹² DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 94.

- a) Aprobar o rechazar cuotas emitidas por fondos de inversión y cuotas emitidas por fondos mutuos a que se refiere la letra h); instrumentos representativos de capital de la letra j) y, a solicitud de la Superintendencia, los títulos de la letra k), todas del inciso segundo del artículo 45. Asimismo, aprobar o rechazar las contrapartes para efectos de las operaciones con instrumentos derivados de la letra l) del citado artículo;
- b) Rechazar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 105, las clasificaciones practicadas por clasificadoras de riesgo en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.045, a los instrumentos de deuda señalados en las letras b), c), d), e), f), i) y k), todas del inciso segundo del artículo 45, respecto de los instrumentos cuyas dos clasificaciones de mayor riesgo sean iguales o superiores a BBB o N-3;
- c) Establecer los procedimientos específicos de aprobación de cuotas de fondos de inversión y de cuotas de fondos mutuos de la letra h), de instrumentos representativos de capital de la letra j), de instrumentos contemplados en la letra k) y de las entidades contrapartes de operaciones con instrumentos derivados a que se refiere la letra l), todas del inciso segundo del artículo 45;
- d) Establecer las equivalencias entre las clasificaciones de los títulos de deuda señalados en la letra j) del inciso segundo del artículo 45, realizadas por entidades clasificadoras internacionalmente reconocidas, y las categorías de riesgo definidas en el artículo 105, y
- e) Establecer, no obstante lo señalado en la letra c) anterior, los procedimientos específicos de aprobación de los instrumentos representativos de capital incluidos en la letra j) del inciso segundo del artículo 45, que se transen en los mercados formales nacionales¹³.

¹³ DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980. Artículo 99.

Como se puede deducir de la enumeración realizada por la ley en cuanto a sus funciones, se aprecia que la comisión clasificadora realiza su acción sobre los instrumentos señalados en el artículo 45 del DL3500, que otorga el mandato que las inversiones que se efectúen con recursos de un fondo de pensiones tendrá como único objetivo la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad, en otras palabras la misión de la comisión Clasificadora de riesgos, es velar por que la inversiones de los fondos previsionales sea en exclusivo beneficio y atendiendo los intereses de los afiliados.

Por ultimo cabe señalar que la comisión clasificadora esta integrada por

- a) Un funcionario de la Superintendencia de Pensiones designado por el Superintendente de ésta;
- b) Un funcionario de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras designado por el Superintendente de ésta;
- c) Un funcionario de la Superintendencia de Valores y Seguros designado por el Superintendente de ésta, y.
- d) Cuatro representantes de las Administradoras de Fondos de Pensiones, elegidos por éstas.

Las Modalidades de Pensión.

Como ya se dijo, los aportes previsionales están destinados a financiar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, de acuerdo a las normas aplicables.

Respecto a la pensión de vejez, es la que tiene por objeto el cumplir las necesidades de la persona y su grupo familiar al momento de dejar de ser parte de la población activa, se debe cumplir con los requisitos de edad, que como ya se dijo es a los 65 y 60 años para hombres y mujeres respectivamente.

Lo anterior no obsta a que el afiliado opte por la llamada pensión anticipada, no cumpliendo con el requisito de edad, pero para ello debe reunir un capital que le permita obtener una pensión igual o superior al 70% del promedio de sus remuneraciones imponibles percibidas o rentas declaradas, durante los últimos 120 meses y que sea igual o superior al 150% de la pensión mínima señalada en el

artículo 73 del DL3500 y vigente a la fecha de obtención de la pensión.¹⁴ En este caso atendido que para optar por la pensión anticipada, se toma en cuenta el capital acumulado, es mas palpable la importancia que tiene los casos de incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, que afectan directamente los fondos reunidos y corresponden al capital.

Los afiliados que se encuentran en la situación de obtener una pensión por alguna de las vías referidas, pueden hacer uso de sus fondos y optar por alguna de las siguientes modalidades establecidas la ley:

1. Retiro programado. En este sistema los recursos del fondo se mantienen en la administradora, quien calcula el monto anual de la pensión pagada en duodécimos y el saldo lo mantiene invertidos, de la misma forma en que se invertían en la etapa activa del trabajador. El calculo se realiza anualmente y es un sistema esencialmente revocable, por lo que el afiliado ya pensionado puede optar por otro de las modalidades. Es el sistema obligatorio para quienes tienen fondos que no les permiten que su pensión autofinanciada sea superior a la pensión máxima con aporte solidario (PMAS), o que o que el afiliado no cumpla con los requisitos para acceder al sistema de pensiones solidarias.
2. Renta vitalicia inmediata. Esta modalidad corresponde a un pacto entre el afiliado y una compañía de seguros, en el cual, el afiliado le entrega la totalidad de sus fondos o parte de ellos a la compañía de seguros, con el objeto de obtener de por vida una renta vitalicia para él y eventualmente para sus beneficiarios, en caso de producirse su muerte. Es un sistema irrevocable y la pensión se calcula en unidades de fomento por lo que se mantiene constante. Cabe señalar que la compañía de seguros, calcula el monto de los fondos del afiliado para ofrecer el monto de la pensión al afiliado, y tomando en cuenta la expectativa de vida de este.

¹⁴ El artículo 73 del DL3500, actualmente se encuentra derogado, en él se regulaba la pensión mínima garantizada por el Estado, con la creación del pilar solidario dicha norma fue derogada, existiendo un problema claro de técnica legislativa, y solo queda entender que actualmente se refiere al monto de la pensión máxima con aporte solidario.

3. Renta temporal con renta Vitalicia diferida. Este es un sistema combinado ya que una renta es basada en la modalidad de retiro programado y a partir de la fecha indicada en el contrato que se celebra con la compañía de seguros, empieza a operar la modalidad de renta vitalicia. En la administradora se mantienen los fondos suficientes para financiar la renta temporal y el resto de los fondos se traspasa a la compañía de seguros para financiar la renta vitalicia.
4. Renta vitalicia inmediata con retiro programado. Este es un sistema complementario dado que los dos pactos operan al mismo tiempo. Una parte de la pensión se obtiene mediante la modalidad de renta vitalicia, pactada con una compañía de seguros y otra parte de la pensión se obtiene de los fondos dejados en la administradora para obtener una pensión bajo la modalidad de retiro programado. Esta modalidad es para afiliados que pueden obtener una renta vitalicia inmediata que sea igual o mayor que la pensión mínima de vejez garantizada por el estado.

Como queda en claro en los párrafos anteriores, en todas las modalidades el monto de los fondos de pensiones tiene gran importancia al momento de, por una parte, tener la posibilidad de optar por una pensión anticipada, y por otra parte, al momento de realizar los cálculos para cualquiera de ellas. Así con montos menores en los fondos del afiliado, en el sistema de retiro programado, su monto anual de la pensión será menor. En el sistema de renta vitalicia, es posible que ante fondos pequeños que posea un afiliado, ninguna compañía de seguros económicamente le convendría pactar con él una renta vitalicia con un monto que realmente acomodara a ambas partes. Esto último se extrapola a los sistemas combinados de Renta temporal con renta Vitalicia diferida y Renta vitalicia inmediata con retiro programado.

Ahora que poseemos una imagen mas global del sistema, podemos ingresar al tema de la cobranza de cotizaciones previsionales, y ver cual es la directa relación con el tema principal de este trabajo.

CAPITULO II

2.- EL SISTEMA DE COBRANZA PREVISIONAL

De lo tratado en el primer capítulo de este trabajo, queda claro que el sistema se basa en que cada uno de los intervinientes debe cumplir con su misión dentro de él, cada uno de los sujetos participantes posee derechos y deberes, de ello no escapa el empleador quien posee dentro de sus obligaciones el retener y enterar en la administradora de fondos de pensiones los dineros del trabajador, para que esta las ingrese en sus cuentas individuales. Al mismo tiempo, como ya se ha explicado, el empleador tiene la posibilidad de declarar lo retenido, y no enterarlo en forma inmediata, bajo la modalidad de la “Declaración y no pago”, o bien cabe la posibilidad de un actuar ilegal, como es que se haya retenido y derechamente no declarado lo retenido al trabajador.

2.1 Principios generales y Procedimiento.

Las reformas en el ámbito procesal laboral y de seguridad social que comenzaron el año 2005 y continuaron en los años siguientes, han modificado en forma sustancial la justicia especializada del trabajo y la seguridad social, por ello es que la legislación actual posee no solo un procedimiento de cobro de cotizaciones previsionales establecido en la ley 17322, además existen tribunales especiales para su cobro, establecidos por la ley 20022, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, cuya competencia este señalada en el artículo 421 de Código de Trabajo “Serán de competencia de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional los juicios en que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social otorguen mérito ejecutivo; y, especialmente, la ejecución de todos los títulos ejecutivos regidos por la ley N° 17.322, relativa a la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas en los institutos de previsión. Con todo, el conocimiento de las materias señaladas en el inciso anterior, sólo corresponderá a los Juzgados de Letras del

Trabajo en aquellos territorios jurisdiccionales en que no existan Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.”¹⁵

La ley 20022 creo los tribunales de cobranza laboral, fue publicada en el diario oficial el 30 de mayo de 2005, esta misma ley modifico el código del trabajo incluyendo estos nuevos tribunales, modificando el libro V de ese cuerpo legal. Hasta antes de la creación de los Juzgados de cobranza laboral y previsional, los llamados a conocer de los juicios ejecutivos, eran los Juzgados del Trabajo, lo que provoco graves dificultades y distorsiones en el desempeño de estos tribunales, atendida la gran cantidad de causas de cobranza previsional, restando recursos y esfuerzos a la tramitación de causa laborales declarativas, atentando contra celeridad que requieren este tipo de causas. El mensaje de la ley 20022, señala “el alto número de causas ejecutivas para cobrar deudas laborales y previsionales, impide a los jueces laborales concentrarse en asuntos declarativos, obligando a distraer recursos judiciales en procedimientos de condena para cobrar obligaciones laborales o, previsionales o de seguridad social.”¹⁶

El artículo 416 del código del trabajo nos señala en que lugares existirá Juzgado de Cobranza laboral y previsional, y su competencia territorial, agrega el artículo 417 del mismo cuerpo normativo, que dichos juzgados son tribunales especiales integrantes del poder judicial, teniendo sus magistrados la categoría de jueces de letras y que por lo tanto se encuentran regidos por el Código Orgánico de tribunales. Administrativamente se equiparan al funcionamiento y normas establecidas para los juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal.

Como ya se dijo, el artículo 421 del Código del Trabajo, establece la competencia en cuanto a su materia, señalando que la competencia de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, es todos los juicios en que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social otorguen mérito ejecutivo; y, especialmente, la ejecución de todos los títulos ejecutivos regidos por la ley N° 17.322, relativa a la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas en los

¹⁵ Artículo 421 del Código del Trabajo.

¹⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica a la Honorable Cámara de Diputados, N° 3-350 de fecha 22 de Septiembre de 2003.

institutos de previsión, ley que analizaremos a continuación al tratar el procedimiento de cobro.

Procedimiento ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales.

La Ley 17322, establece las normas de cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, las normas establecidas en la ley 17322 se aplican a la cobranza de las cotizaciones de seguridad social o instituciones de previsión social adeudadas por los empleadores a dichas instituciones, este cobro puede ser iniciado por las propias instituciones o por el trabajador, según lo establece el artículo 1 de dicha ley, que se tramita en los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

El procedimiento ejecutivo de la ley N° 17322 se diferencia de otros no sólo en la materia, además por las atribuciones que establece respecto del Juez y fundamentalmente por la actuación del deudor ejecutado que se encuentra ampliamente limitado, todo ello sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas contenidas en el título I del libro II del Código de Procedimiento Civil, relativo al juicio ejecutivo de las obligaciones de dar, las que siempre deben ser concordantes con la naturaleza del juicio ejecutivo de cotizaciones previsionales, a fin de no alterar la especialidad y naturaleza de las normas de la ley 17322, atendido la importancia pública de la materia de que trata.

Intervinientes en el proceso.

Don Juan Colombo Campbell, reconocido profesor de derecho procesal de la Universidad de Chile, en su cátedra ocupaba un ejemplo muy sencillo para explicar la diferencia entre proceso y procedimiento, señalaba que el procedimiento era como las vías del tren y el proceso era el tren, el proceso que avanzaba por esas vías, a lo que me atrevo a agregar que los intervinientes son los pasajeros de ese tren que actúan en él, siguiendo este pedagógico ejemplo, a continuación analizaremos quienes son los que actúan en este proceso siguiendo la línea trazada por el procedimiento.

En este procedimiento lo primero que se debe tener en cuenta es quienes son los intervinientes en él, para poder tener claridad cual es su participación y obligaciones en cuanto se actuar, básicamente son:

En primer lugar esta la Institución de seguridad social, representada por su Jefe de servicio, director nacional o gerente general, según corresponda al tipo de institución, los cuales pueden actuar personalmente o delegar sus atribuciones en funcionarios de la respectiva región o provincia.

En segundo lugar esta, el empleador que no ha enterado las cotizaciones previsionales deducidas y retenidas desde la remuneración del trabajador por él.

En último lugar esta el trabajador quien podrá ser representado por el sindicato o asociación gremial a que se encuentra afiliado.

El actuar de cada uno de estos intervinientes, esta claramente establecido en la ley en comento, y analizaremos a continuación, para después comentar en específico el actuar de la administradora y del trabajador, para continuar en la línea de este trabajo.

Inicio y tramitación del procedimiento.

Cabe señalar que esté es en primer lugar un juicio ejecutivo, entendiendo por tal, aquel procedimiento contencioso especial, que tiene por objeto obtener, por vía de apremio, el cumplimiento de una obligación convenida o declarada fehacientemente, que el deudor no cumplió en su oportunidad, y que se encuentre contenido en un título ejecutivo.

El profesor Mario Casarino Viterbo, define el juicio ejecutivo de la siguiente manera “es un procedimiento contencioso de aplicación general o especial, según el caso, y de tramitación extraordinaria, por cuyo medio se persigue el cumplimiento forzado de una obligación que consta en un título fehaciente e indubitado”¹⁷, de esta definición se pueden apreciar las siguientes características generales de este procedimiento ejecutivo:

- a) Es un procedimiento de aplicación general o especial, atendido que es ciertas ocasiones se aplica para lograr el cumplimiento de cualquier

¹⁷ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo V, 6º edición, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 2007, p.43

obligación, y en otras para debe sujetarse a la naturaleza de la obligación de que se trate. En virtud de esto podemos señalar que en el caso del procedimiento de cobranza judicial de cotizaciones, nos encontramos frente a un juicio ejecutivo de aplicación especial, con reglas especiales e incluso cuyo título es un documento especial establecido por ley, y que solo se aplica para este juicio ejecutivo especial en virtud de la naturaleza de la obligación de la cual se persigue el cumplimiento.

- b) Es un procedimiento extraordinario, que difiere del procedimiento declarativo.
- c) Es un procedimiento compulsivo o de apremio, atendido que se inicia para forzar el cumplimiento de una obligación, que el deudor ha dejado de cumplir voluntariamente estando obligado ha hacerlo.
- d) Es un procedimiento que tiene como fundamento una obligación cuya existencia es indubitada. A este respecto cabe señalar que se requiere un título ejecutivo, en el caso del procedimiento de cobranza judicial de cotizaciones, son las resoluciones que dicta el jefe de servicio, el director Nacional o el gerente general de la institución de seguridad social, en virtud del artículo 2 de la ley 17.322, ya que ese mismo artículo les otorga el mérito ejecutivo para su cobro.
- e) Es un procedimiento que protege los intereses del acreedor y que parte con una presunción en contra del deudor.

Por lo anterior el primer interviniente en el proceso es la institución o instituciones de seguridad social representadas por quien se señalo anteriormente, el Jefe de servicio, director nacional o gerente general, según corresponda al tipo de institución, o en quien haya delegado su función en esta materia, mediante resolución fundada y según corresponda debe determinar el monto de las cotizaciones adeudadas por los empleadores y que no han sido enteradas en las institución respectiva debiendo hacerlo según se explico en el capítulo anterior, cabe recordar que esta deuda puede provenir de cotizaciones que nunca se declararon debiendo hacerlo, o bien, de cotizaciones que el empleador declaró y no pago, ocupando la facilidad denominada declaración y no pago establecida en el DL 3500, y que no pago en el plazo establecido para ello.

Cabe repetir la norma de presunción que existe a este respecto en el artículo 3 inciso 2 de la ley 17.322, “Se presumirá de derecho que se han efectuado los descuentos a que se refiere este mismo artículo” en referencia a las cotizaciones que no fueron enteradas por el empleador, por lo cual se adeudan las que se descontaron o debieron descontarse de las remuneraciones de los trabajadores.

Además debe determinar el monto de los aportes legales a las que se encuentra obligada o que deban hacer otras personas pero que se descuentan a los trabajadores, y por último debe aplicar multas en que incurran los empleadores por infracciones de las leyes sobre previsión social.

Las resoluciones mencionadas son las que poseen el merito ejecutivo, siendo estas las mencionadas en el artículo 434 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil, es decir, posee la fuerza inmediata e indispensable para ser el antecedente de la ejecución, y de ellas se originan juicios ejecutivos de acuerdo al procedimiento especial establecido en la ley 17322, las que supletoriamente se rigen por las normas del título I del libro III del Código de Procedimiento Civil, artículos 434 y siguientes.

Cabe mencionar que este título habilita a la administradora para hacer cumplir la obligación incumplida, y utilizar el procedimiento ejecutivo establecido para ello, que como se dijo en el caso de las cobranza de cotizaciones es especial, a fin de que se cumpla con el presupuesto procesal “nulla executio sine titulo”, siendo el título ejecutivo, según señala Colombo Campbell comentando a Michelli “el billete de viaje al juicio ejecutivo o la entrada para asistir a la ejecución”¹⁸.

El legislador en consideración a la gran cantidad de estas resoluciones, se ha puesto al nivel de los nuevos tiempos y la tecnología existente permitiendo que estas resoluciones, que son el documento cabeza de proceso de este juicio ejecutivo, de ahí su importancia, pueda ser firmada en forma mecanizada o electrónica avanzada, regidos en cuanto a procedimiento y formalidades por un reglamento que la norma, teniendo el mismo valor legal esa reproducción de forma que si se hubiera firmado de puño y letra por la persona cuya rubrica fue reproducida.

¹⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan y Otros, *Juicio Ejecutivo Panorama Actual*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p 1.

La resolución en comento, debe cumplir con una serie de formalidades establecidas por la ley, ellas deben contener:

1. Individualización de los trabajadores a los cuales se les adeuda las cotizaciones, aportes y por los cuales se cursan las multas respectivas.
2. la o las faenas, obras, industrias, negocios o explotaciones a que ellas se refieren.
3. los periodos de cotizaciones que se adeudan y a los cuales se refiere la resolución, y
4. Los montos de las remuneraciones por los cuales se adeudan esas cotizaciones.

Con este titulo con merito ejecutivo, la institución de seguridad social inicia el proceso ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional o el juzgado de letras del trabajo competente, teniendo una competencia en cuanto a materia según lo explicado anteriormente y una competencia en base al territorio, siendo competente el Juez del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante, no pudiendo ser prorrogada expresamente por las partes, y existiendo norma especial para el caso en que el trabajador haya debido trasladar su residencia por motivo de la relación laboral y constando en el instrumento respectivo pudiendo demandar en el domicilio del demandante, según lo establecido en el artículo 423 del Código del Trabajo.

Cabe mencionar que la institución puede ser forzada a iniciar la acción, lo que se vera al tratar el actuar del trabajador, por ello, si bien la acción de cobro la deba iniciar la institución de seguridad social la norma de competencia territorial en el último caso mencionado en el artículo 423 del código del trabajo, toma importancia.

Ya se han mencionado cuales son los contenidos que debe poseer el titulo ejecutivo que habilita a la administradora para iniciar el juicio ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales, ahora corresponde analizar los requisitos de la demanda ejecutiva, esta debe presentarse conforme a las disposiciones supletorias que se encuentran reguladas en el artículo 254 del código de procedimiento civil, que se aplica en forma supletoria en virtud del artículo 3 del mismo código, toda vez que ni la ley 17322 ni el titulo I del Libro II del código de procedimiento civil, regulan el

contenido del libelo. Atendido lo anterior podemos señalar que la demanda ejecutiva de cobro de cotizaciones previsionales, debe contener:

- a) Los requisitos comunes a todo escrito, esto es, debe incluir en la suma, la firma del demandante y tantas copias como partes haya de notificar.
- b) Los requisitos de la ley de comparecencia en juicio, lo que se refiere a la constitución de patrocinio y poder, lo cual es necesario en la primera gestión.
- c) Los requisitos establecido en el artículo 254 del Código de procedimiento civil, que señala:

“Art. 254 (251). La demanda debe contener:

- 1.º La designación del tribunal ante quien se entabla;
- 2.º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación;
- 3.º El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado;
- 4.º La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y
- 5.º La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.”

Es menester mencionar, que dentro de los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de procedimiento civil, es de gran importancia en el juicio ejecutivo el numeral 5º y la redacción que se da está, puesto que delimita la competencia del tribunal para fallar la causa, lo que el profesor Colombo denomina “Competencia específica del Tribunal”, como señala el profesor Mario Casarino Viterbo “Dentro de estos requisitos específicos, cobra especial relieve en la demanda ejecutiva la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del Tribunal; las que en nuestra opinión deben consistir en solicitar que, desde luego, se despache mandamiento de ejecución y embargo en contra del deudor por la obligación de que se trate, y que, en definitiva, se acoja la demanda y se rechacen las excepciones, en caso de oposición, disponiéndose, al mismo tiempo, seguir adelantela ejecución hasta hacer entero paga al acreedor de su crédito.”¹⁹

¹⁹ CASARINO VITERBO, Mario. Ob. Cit., p.63

Asimismo el actor debe presentar con su demanda los instrumentos en que funde su acción, en virtud de lo señalado en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil, esta obligación tiene gran importancia en el juicio ejecutivo la que debe ir aparejada del título ejecutivo, por ser requisito esencial que el juez debe tomar en cuenta para admitirla a tramitación, y que en caso del juicio ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales es la resolución fundada de la institución o instituciones de seguridad social representadas por el Jefe de servicio, director nacional o gerente general, según corresponda al tipo de institución, o en quien haya delegado su función en esta materia, que determina el monto de las cotizaciones adeudadas por los empleadores y que no han sido enteradas en las institución respectiva.

Una vez que ha sido presentada la demanda ejecutiva el tribunal debe proveerla, para lo cual, analizará si cumple con lo requisitos ya mencionados, a lo cual puede resolver acceder o no, a despachar el mandamiento de ejecución y embargo solicitado.

Una vez deducida la acción por la institución de previsión y seguridad social, y si ha cumplido con los requisitos legales, el tribunal ordenará despachar mandamiento de ejecución y embargo, ordenado además que dentro del plazo de 15 días se notifique el requerimiento de pago y mandamiento de ejecución y embargo al empleador que no ha enterado las cotizaciones. En el punto de la notificación del requerimiento de pago, que parece tan de mero trámite, debemos detenernos someramente para ser abordado con mayor profundidad en el próximo capítulo, por cuanto el acto procesal de la notificación es de suma importancia para la continuación del juicio y su resultado, sin notificación no se interrumpe la prescripción, sin notificación no se pueden aplicar los apercibimientos establecidos en la ley al empleador que adeuda cotizaciones previsionales; sin perjuicio que nacen una serie de interrogantes por ejemplo respecto a la obligación y responsabilidad de la institución para ubicar al deudor no habido, entre otras interrogantes que serán tratadas y es una de las bases de este trabajo.

Dentro de las normas procedimentales establecidas en la ley 17.322, cabe mencionar las relativas al impulso procesal, puesto que existe norma expresa en el artículo 4 bis de ese cuerpo legal, estableciendo que el impulso procesal

corresponde al tribunal, y responsabilidad de este es la continuidad de las actuaciones procesales, no requiriendo el impulso de las partes, y agrega en el inciso 2 de ese mismo artículo que no es posible alegar por ninguna de las partes el abandono de procedimiento.

Cabe señalar que una vez que se ha practicado la notificación de la demanda ejecutiva, y del requerimiento de pago y mandamiento, el procedimiento puede tomar dos caminos, una de ellas es la solución de la obligación o obligaciones por las cuales se le ejecuta, o bien se produce la controversia, dependiendo de la actuación del ejecutado, en este momento y continuando con el curso lógico de este procedimiento, aparece el segundo interviniente en el proceso “el empleador-deudor”, si esté es habido y validamente notificado, posee el derecho a oponerse a la acción, para lo cual el empleador-deudor, ejecutado de autos, puede interponer las siguientes excepciones:

1. Inexistencia de la prestación de servicios; la que claramente solo es aplicable a los casos en que no ha declarado las cotizaciones cobradas, por cuanto el empleador que declara y no paga esta reconociendo la existencia de relación laboral y por lo tanto la prestación de los servicios. Esta excepción se utiliza “para que se rechace la demanda, toda vez que carece de causa la obligación y resulta entonces improcedente el fundamento mismo del Título ejecutivo de la demanda, pues si no ha existido vínculo laboral, no han podido nacer las obligaciones previsionales que causan la ejecución”²⁰, por ello es importante la obligación que el respectivo título posea la individualización del o de los trabajadores respecto de cuyas remuneraciones se originó la causa de cobro previsional de cotizaciones.
2. No ser imponibles, total o parcialmente, los estipendios pagados, o existir error de hecho en el cálculo de las cotizaciones adeudadas; en este numeral existen dos motivos de oposición, por un lado la oposición en cuanto a la calificación de imponible o no imponible del estipendio pagado, para lo cual es necesario tener en cuenta las reglas relativas a las remuneraciones

²⁰ ACADEMIA JUDICIAL. *Manual de la cobranza ejecutiva laboral y previsional. Los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y el procedimiento ejecutivo*. Santiago, Academia Judicial, 2006. p 119-120.

establecidas en los artículo 41 y siguientes del Código del trabajo, en relación al artículo 16 y siguientes del DL 3500, y por el otro lado la existencia de errores en el calculo, meramente aritmético, de las cotizaciones que se adeudan, pero en ambos casos estamos frente a una oposición a la determinación de los montos adeudados, que se asemeja mas a una objeción de liquidación que a una excepción propiamente tal.

3. Errada calificación de las funciones desempeñadas por el trabajador, esta excepción dice relación con la calificación de las funciones del antiguo régimen previsional, especialmente lo dispuesto en el artículo 15 y demás disposiciones del DL 3501, en cuanto a las prestaciones que se establecían en cada una de las antiguas instituciones de previsión, para lo cual se debe tener en cuenta que estas se encuentran refundidas en el INP según lo establecido en el DL 3502.
4. Compensación económica en conformidad al artículo 32 de la ley N° 7295 o al artículo 6ª del DFL n° 245, de 1953. Esta excepción trata de “ aquella que resulta procedente oponer respecto de los pagos de asignaciones familiares y maternas que haya realizado el empleador, con cargo a las sumas a enterar correspondientes a cotizaciones previsionales, de acuerdo a la facultad que dicha disposición legal reconoce”²¹ Según esta normativa los empleadores deben pagar a sus trabajadores las asignaciones familiares y maternas mensualmente, este pago se debe realizar conjuntamente con la remuneración, previo reconocimiento y autorización de dichas cargas por la administradora que corresponda al trabajador; y la asignación maternal, le corresponde a la trabajadora por todo el periodo de embarazo, desde el quinto mes de embarazo, siendo exigible a contar del quinto mes y equivale al monto de la asignación familiar.
5. Las de los números 1º, 3º, 9º, 11, 17 y 18 del artículo 464 del código de Procedimiento Civil. Estas son:
 - a) La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda, comprende tanto la incompetencia absoluta como

²¹ ACADEMIA JUDICIAL. Ob. Cit. p 121.

- relativa, para lo cual es de suma importancia las normas de competencia establecidas en el artículo 423 del Código del trabajo;
- b) La litis-pendencia ante tribunal competente, siempre que el juicio que le da origen haya sido promovido por el mismo acreedor, sea por vía de demanda o de reconvención, ya que no es posible iniciar un proceso respecto del cual ya se ha iniciado otro que se encuentra en tramitación, para ello los requisitos son la triple identidad y un proceso pendiente;
 - c) El pago de la deuda, el que puede ser total o parcial, entendiéndose por tal, el haber enterado en la institución correspondiente las cotizaciones previsionales retenidas por el empleador, más sus reajustes, intereses y multas que correspondan, o partes de ellas, en este caso sólo podrá ser declarada admisible cuando se funden en un principio de prueba por escrito; en caso de ser total, éste extingue la acción toda vez que se cumplido con la prestación de lo debido de acuerdo con el artículo 1568 del Código civil y por lo tanto no existe cobro que realizar, en cambio si el pago fue parcial, la ejecución queda extinguida con respecto a la cantidad cubierta con éste y subsiste en todo lo demás, hasta que el acreedor obtenga el pago total de la obligación previsional por la que demanda, por lo que se continúa con la ejecución hasta obtener el pago del saldo insoluto;
 - d) La concesión de esperas o la prórroga del plazo, como podría ser un acuerdo de pago que hubiera hecho el empleador-deudor con la institución de seguridad social que demanda el cobro, pero en este caso sólo podrá ser declarada admisible cuando se funden en un principio de prueba por escrito; cabe señalar que en dicho caso, la obligación no sería actualmente exigible y, por lo tanto, es improcedente su cumplimiento forzado. Asimismo se debe señalar en este punto lo establecido en los artículos 25 y 26 de la ley 17322 en cuanto se encuentre vigente un convenio, se encuentra

suspendido el procedimiento, pero se mantiene los embargos, para el caso de incumplimiento, se continúan estos procedimientos.

- e) La prescripción de la deuda o sólo de la acción ejecutiva, por no hacerse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales, debiendo tener en cuenta lo señalado en el artículo 19 del DL3500, que señala “La prescripción que extingue las acciones para el cobro de cotizaciones previsionales, multas, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios”; y el artículo Artículo 31° BIS de la ley 17322, que señala “La prescripción que extingue las acciones para el cobro de las cotizaciones de seguridad social, multas, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios”, en este caso la prueba que debe rendir el ejecutado debe ir dirigida a acreditar que existió un término de los servicios y cuando se produjo.
- f) La cosa juzgada, entendiéndose por tal, la autoridad que adquiere una sentencia cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y que por lo tal se entiende que el conflicto de relevancia jurídica se encuentra resuelto, la sentencia en el juicio ejecutivo, produce cosa juzgada plena, respecto de ese procedimiento como de otro que verse sobre la misma materia.

Asimismo, existe un plazo para presentar la oposición, la que debe ser fundada y debe ofrecer en ella los medios de prueba dentro de los 5 días contados desde que se produjo el requerimiento de pago. Dicha oposición se tramitará por cuerda separada, sin que se suspenda la ejecución respecto de aquellas resoluciones en las que no se opusieron excepciones o estas ya fueron rechazadas.

Como ya se dijo al tratar el pago de la deuda y la concesión de esperas y prorrogas, estas excepciones caso sólo podrán ser declaradas admisibles cuando se funden en un principio de prueba por escrito. Se debe señalar que se ha producido distintas opiniones doctrinarias respecto a la interpretación de este artículo, “se ha entendido como cumplida la norma cuando se acompaña la prueba

documental pertinente al pago o a la concesión de esperas o prorrogas, Respecto de esta doctrina, se ha sostenido que la ley ha establecido un requisito mayor para declarar la admisibilidad en el caso de aquellas excepciones, y que tratándose de una norma especial, debe entonces entenderse que no basta el simple señalamiento de los bienes de prueba, exigencia que es común para todas las defensas. De otra parte, se ha estimado que se satisface la exigencia legal con la sola referencia del ejecutado en cuanto se valdrá de la prueba documental que habrá de rendir en el probatorio, toda vez que la norma sólo se refiere a que la excepción debe fundarse en un principio de prueba por escrito, esto es, en cuanto a que se apoya en éste, sin que se requiera de la producción de la prueba en la oportunidad procesal de la oposición.”²² En nuestra opinión, para resolver este conflicto de interpretación, se debe ocupar los principios de la ley 17322, y de los procedimientos ejecutivos en general, esto es, que existe una presunción en contra del deudor, y que se pretende evitar las gestiones eminentemente dilatorias que pueda ejercer este, por lo cual, la presentación de los documentos escritos en que se funde la excepción es un requisito de admisibilidad de la excepción y por la cual se puede seguir su tramitación, en caso de aceptar la interpretación contraria, se estaría burlando la idea del legislador de evitar las dilaciones innecesarias en el procedimiento.

Si el demandado no se opone a la ejecución, se omite la sentencia definitiva y bastará el mandamiento de ejecución y embargo para seguir adelante la ejecución hasta el entero pago de la obligación.

La ley en comento, en el artículo 5 bis, señala que una vez requerido el deudor en conformidad al artículo 6, la institución ejecutante podrá ampliar la demanda, incluyendo resoluciones de cobranza que se dicten respecto del mismo ejecutado que sean posteriores a las de la demanda primigenia, como asimismo en el caso de la excepción contemplada en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 17.322, esto es, no ser imponibles, total o parcialmente, los estipendios pagados, o existir error de hecho en el calculo de las cotizaciones adeudadas, corregir atendido la interposición de dicha excepción, en ambos casos el nuevo requerimiento de pago se notificará por cédula o por otro medio que las partes designen.

²² ACADEMIA JUDICIAL. Ob. Cit. p 122-123

Respecto a las notificaciones, el artículo 6 de la ley 17322, establece que las notificaciones en este procedimiento se regirá por las normas establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil. El requerimiento de pago podrá efectuarse personalmente o por cédula. Al respecto caben los siguiente comentarios, el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, establece “En toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacerseles personalmente, entregándoseles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, cuando sea escrita.”, por lo que debemos entender que el requerimiento de pago debe ser personal, salvo en el caso establecido en el artículo 5º bis de la ley 17322, en donde dicho requerimiento se autoriza realizar por cédula, lo cual tiene gran importancia atendido que solo realizado el requerimiento pueden imponerse los medios de apremios en contra del empleador-deudor establecidos por la ley, lo que será tratado con mayor profundidad en el próximo capítulo por ser uno de los temas que inspiran este trabajo.

Es menester mencionar que ley 17322, establece quienes son los ministros de fe facultados para realizar este requerimiento, estos son un empleado del mismo tribunal o por un receptor judicial, y excepcionalmente y solo para el caso de localidades rurales de difícil acceso para los ministros de fe mencionados, por Carabineros de Chile.

Respecto a los recursos, la apelación sólo procederá en contra en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, de la resolución que declare la negligencia en el cobro señalado en el artículo 4º bis, y de la resolución que se pronuncie sobre la medida cautelar del artículo 25 bis (retención de devolución de impuestos a la renta que correspondería devolver al empleador deudor por parte de Tesorería), recurso que se conocerá en cuenta salvo que ambas partes de común acuerdo soliciten alegatos.

Una vez que se ha notificado la demanda y requerido de pago al empleador-deudor, y que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores, además de los reajustes e intereses penales que correspondan y que se encuentran establecidos en el DL 3500, dentro de los 15 días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si es que no opone las

excepciones que establece la ley, o bien desde la notificación de la sentencia de primera instancia que haya negado lugar a ellas, será apremiado con arresto hasta por 15 días, apremio que podrá repetirse hasta lograr el pago de las sumas adeudadas. Este apremio debe ser solicitado por la parte, en este caso la institución de previsión y seguridad social, al mismo tribunal que esta conociendo de la ejecución, y solo requiere el certificado del secretario que acredite que el plazo para realizar el pago se encuentra vencido y no se ha efectuado dicha consignación, dicha resolución es inapelable.

En el caso de que el empleador-deudor sea una persona jurídica de derecho privado, una comunidad, sociedad o asociación de hecho, el apremio de arresto, según lo establecido en el artículo 14 de la ley 17322, se hará efectivo sobre sus gerentes, administradores o presidentes, en su calidad de representantes del empleador, y que deberá ser declarado ante las instituciones previsionales a que estén afiliados sus dependientes, bajo pena de multa de no ser hecho, o de no ser actualizado ante modificaciones en la persona que los represente, según lo establecido en el artículo 18 de la ley 17322.

Cabe mencionar, que el apremio establecido en el artículo 12 de la Ley 17322, ha sido largamente cuestionado en virtud de lo establecido en el artículo 7 n° 7 del pacto de San José de Costa Rica, que proscribió la prisión por deuda, que sería el caso de la ley en comento atendido que el Pacto de San José de Costa Rica, tiene una jerarquía superior a la Ley 17322, al ser de rango constitucional, aduciendo además los detractores de la norma legal, que habiendo sido publicada en el diario oficial la Ley 17322 en 1970 y el pacto en 1991, este último habría derogado la norma que establece la prisión por no haber enterado las cotizaciones previsionales retenidas de las remuneraciones del trabajador. Existido jurisprudencia que avala esta posición²³.

Asimismo, a favor de la aplicación de la norma, cabe mencionar, que efectivamente, el Pacto de San José de costa Rica en su artículo 7 n° 7 dispone que nadie puede ser detenido por deuda, pero, indudablemente, dicha Convención

²³ ALBORNOZ, Judith, CAMPOS R., Ricardo, VENEGAS, Natalia, El empleador frente al sistema previsional Chileno (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006, p.247.

Internacional pretende impedir que por acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, este último pueda ser privado de libertad, cuestión que no se produce tratándose de la retención y pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores, que esta establecido por ley que debe realizar el empleador, en virtud que dichos montos nunca han ingresado al patrimonio del empleador, si no que simplemente esté ha tenido la calidad de diputado para el pago, y esos dineros han permanecido en su poder en calidad de depositario, por lo tanto, la distracción de fondos, mas que significar una prisión por deuda con los trabajadores constituye un ilícito penal, previsto en el artículo 19 inciso final del DL 3500²⁴. Respecto a esta posición, existe variada jurisprudencia además de la ya señalada²⁵. A lo que en contrapartida se ha esgrimido que de ser la privación de libertad una medida de la esencia del derecho penal, es extraño encontrarla establecida en legislación laboral, aunado a la existencia del delito establecido para el hecho de no pagar lo retenido, de apropiación indebida, aplicado según lo establecido en el artículo 13 de la ley 17322.

Claramente, en nuestra opinión, el tema es altamente discutible, y la propia jurisprudencia no ha logrado uniformarla, pero claramente la aplicación del apremio de arresto, establecido en el artículo 12 de la ley 17322, se encuentra en entredicho, por lo que si se adoptara uniformemente la posición de que atendida la legislación actual no es procedente, la ley 17322, no contaría con un apremio eficaz para coaccionar al empleador-deudor y lograr el pago del las cotizaciones adeudadas, causando un perjuicio grave al trabajador y al sistema.

Por otro lado, el artículo 25 bis de la ley 17322, establece una medida cautelar, que puede ser solicitada, desde que se ha interpuesto la demanda de cobranza judicial de cotizaciones de seguridad social, por el trabajador o por la institución de previsión o seguridad social que esta realizando el cobro. Esta medida cautelar, consiste en la orden que da el tribunal a la Tesorería General de la Republica, a fin de que retenga de la devolución de impuestos a la renta que le corresponde al empleador-deudor los montos que se encontraren impagos señalados en el titulo ejecutivo que sirve de base a la demanda ejecutiva de cobro

²⁴ GACETA JURÍDICA, Santiago, Chile (297), Marzo, 2005.

²⁵ ALBORNOZ, Judith, CAMPOS R., Ricardo, VENEGAS, Natalia, , Ob. Cit., p. 264.

de cotizaciones. Esta como ya se dijo, es una medida cautelar, es apelable. La crítica que se le puede realizar a esta norma se encuentra en que señala que esta medida cautelar puede ser solicitada por el trabajador, y atendido como esta diseñado el procedimiento es posible que el trabajador no posea conocimiento de la existencia del juicio de cobranza, sobre todo en los casos en que este no se inicio por requerimiento del trabajador.

Continuando con el procedimiento de cobranza ejecutivo de cotizaciones previsionales, en caso de que el empleador-deudor se allane o bien no oponga excepciones dentro del plazo señalado, o bien habiéndose opuesto estas han sido resueltas desechándolas, se procede a la liquidación del crédito y a la realización de los bienes. “El procedimiento de realización de bienes embargados se caracteriza por el llamado que se hace del remate previa designación del martillero, del retiro y deposito de los bienes, de la celebración del respectivo acto de remate y del cumplimiento de las formalidades, tanto previas como posteriores al mismo, hasta el cumplido pago de las deudas respectivas”²⁶

La traba del embargo, tiene por objeto asegurar el resultado de la acción y del proceso, y en su caso, la realización de los bienes sobre que recae, para con su producto proceder al pago de los créditos de seguridad social, esta definido como “una actuación judicial que consiste en la aprehensión de uno o más bienes del deudor, previa orden de autoridad competente, ejecutada por un ministro de fe, con el objeto de pagar con esos bienes al acreedor; o de realizarlos y, en seguida, pagar con su producido a este último”²⁷.

Cabe señalar, que el artículo 11 de la ley 17322, señala que los créditos de seguridad social, se encuentran regidos por las normas especiales aplicables a la quiebra, en caso de haber sido declarada, sin perjuicio que en el inciso 2^a de la misma norma se señala en calidad de norma excepcional, que los bienes no comprendidos en el desasimiento pueden ser objeto de embargo, caso en el cual rige plenamente el procedimiento establecido en la ley 17322.

Al igual que en otros juicios ejecutivos, la resolución que ordena su realización, se deben designar los bienes sujetos a embargo, y corresponde al

²⁶ ACADEMIA JUDICIAL. Ob. Cit. p 102.

²⁷ CASARINO VITERBO, Mario, Ob. Cit., p.67

propio acreedor, señalar los bienes para la traba, esto puede hacerlo en su demanda o al momento de realizarse la diligencia según lo establecido en el artículo 447 del Código de Procedimiento Civil, los que deben ser en cantidad suficiente para cubrir la obligación. En caso de que el acreedor no señale bienes, se practica en aquellos bienes presente el deudor, siempre que sean suficientes para cubrir la obligación, en concepto del ministro de fe que realiza la traba del embargo, o si no siéndolo no existen otros conocidos. Por último no habiendo designado bienes el acreedor ni el deudor, es el ministro de fe quien deberá realizar el embargo siguiendo el orden establecido en el artículo 449 del Código de procedimiento Civil, esto es Dinero, otros bienes muebles, bienes raíces, y salarios y pensiones cuando estos sean embargables.

La forma de realizar el embargo materialmente se rige por un principio fundamental, el cual se encuentra establecido en el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil, esto es “El embargo se entenderá hecho por la entrega real o simbólica de los bienes al depositario que se designe, aunque éste deje la especie en poder del mismo deudor. A falta de depositario designado por el juez, hará las veces de tal el propio deudor hasta tanto se designe un depositario distinto”. El ministro de fe, al practicar el embargo, debe levantar un acta de la diligencia, señalando hora y lugar en que se realizó la traba, realizando una mención detallada de los bienes embargados, debe indicar si fue o no necesario el auxilio de la fuerza pública, en caso de haber sido necesario debe individualizar los funcionarios que intervinieron en la diligencia. En dicha acta además debe dejar constancia de toda alegación que haga un tercero, invocando la calidad de dueño o de poseedor del bien embargado. El acta debe suscribirla el ministro de fe que práctico la diligencia y el depositario, acreedor o deudor que concurra al acto y que desee firmar. En caso que el embargo recaiga sobre bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, no producirá efecto legal alguno respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro del conservador de bienes raíces que corresponda. El ministro de fe debe enviar carta certificada al ejecutado comunicándole la circunstancia de haberse practicado el embargo, dentro de los 2 días siguientes de la fecha de realizado el embargo.

Es menester señalar cuales son lo efectos del embargo, estos son esencialmente dos:

- a) El deudor pierde la libre disposición de los bienes embargados, los que pasan a ser inenajenables, salen del comercio humano, y su enajenación adolece de objeto ilícito en virtud del artículo 1464 n° 3 del código civil, a menos que medie previa autorización del Juez que lo decreto o el acreedor consienta el ello.

“Art. 1464. Hay un objeto ilícito en la enajenación:

3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello.”

- b) El deudor pierde la administración de los bienes embargados, la que en ese momento pasa al depositario, salvo en el caso que el empleador deudor se trate de una industria o empresa, caso en que el depositario sólo tiene el carácter de interventor judicial, caso que es lo común en el caso del embargo por cobro de cotizaciones previsionales. Un caso especial de explicar sucede cuando es designado el propio ejecutado como depositario, por que en este caso la administración que realiza de los bienes lo hace en calidad de depositario y por lo cual posee las obligaciones de tal cargo, y no administra como ejecutado si no como depositario, por lo que técnicamente si se cumple este efecto aunque en la practica sea la misma persona.

En el juicio ejecutivo de cobranza previsional, es posible la intervención de terceros conforme a las reglas generales. Es el caso de la interposición de tercerías, toda vez que puede darse que el resultado del proceso afecte los intereses o derechos patrimoniales de terceros.

Se entiende por tercería al “procedimiento por medio del cual interviene un extraño al pleito, cualquiera que sea su naturaleza”²⁸, es menester que para que las tercerías sean admitidas a tramitación el tercerista debe invocar un derecho incompatible con el de las partes, independiente con el interés de las mismas o bien concordante al de alguna de ellas, según sea el caso, de ello nace la clasificación de los terceros que las interponen en tercero coadyuvante, cuando su interés es

²⁸ CASARINO VITERBO, Mario, *Ob. Cit.*, p.107

congruente con el de una de las partes, tercero excluyente cuando sostiene un derecho propio e incompatible con el de las partes, y tercero Independiente cuando sostiene un derecho propio compatible con alguna de las partes.

Las tercerías del juicio ejecutivo, están taxativamente establecidas, sin que resulten admisibles otras, según lo establece el artículo 518 del Código de Procedimiento Civil, el que señala:

“Art. 518. En el juicio ejecutivo sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante pretende:

- 1.º Dominio de los bienes embargados;
- 2.º Posesión de los bienes embargados;
- 3.º Derecho para ser pagado preferentemente; o
- 4.º Derecho para concurrir en el pago a falta de otros bienes.

En el primer caso la tercería se llama de dominio, en el segundo de posesión, en el tercero de prelación y en el cuarto de pago.” Cabe señalar que las tercerías se tramitan por ramo separado.

A continuación analizaremos someramente cada una de ellas, realizando algunos comentarios sobre las tercerías y su relación con el tema principal de este trabajo:

Tercería de Dominio. En este caso el tercero pretende se le reconozca tal calidad sobre el bien embargado, por lo cual el interés que posee es incompatible con el de las partes, se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario, con excepción de los tramites de réplica y duplica, en esta demanda son demandados tanto el ejecutado como el ejecutante, las resoluciones se rigen por las reglas generales de la apelación. Puede ser interpuesta desde el embargo y hasta el remate, realizando una interpretación del artículo 523 del Código de procedimiento Civil, ya que producido el remate se extingue la posibilidad de intentarla. Su interposición no suspende el apremio y la realización de los bienes embargados, salvo que se cumplan con dos requisitos establecidos copulativamente, estos son: que se apoye en un instrumento público y que éste haya sido otorgado con anterioridad a la presentación de la demanda ejecutiva.

Tercería de posesión. Esta tercería se encuentra establecida en el artículo 521 del Código de procedimiento Civil, se tramita incidentalmente y por cuerda

separada, y puede suspender el apremio cuando el tercerista acompaña antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave de la posesión que se invoca, en esta tercería, el tercero, por vía incidental pretende se alce el embargo, por que al momento de realizarse esté, los bienes embargados se encontraban en su posición y por lo cual se presume su dominio, en virtud del artículo 700 inciso segundo del Código Civil, que señala: “El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.” La resolución que se pronuncia de esta tercería es una sentencia interlocutoria, toda vez que recae en un incidente cuya resolución tiene tal naturaleza, esta tercería se puede intentar desde el embargo hasta la realización del bien. El solo hecho de interponer la tercería de posesión no suspende la tramitación del procedimiento ejecutivo, sin embargo, si se acompañan antecedentes que constituyan presunción grave de la posesión que se invoca, el procedimiento de apremio se suspenderá. En esta demanda son demandados tanto el ejecutado como el ejecutante, y las pretensiones del tercerista son incompatibles con las pretensiones de las partes.

Tercería de prelación. Esta tercería tiene lugar cuando en el juicio ejecutivo un extraño pretende intervenir alegando poseer un derecho para ser pagado preferentemente, el tercerista pretende pagarse preferentemente frente a determinados bienes que se realicen, como ocurre con el acreedor prendario del bien embargado. Esta tercería se puede intentar desde el embargo hasta el pago al respectivo acreedor, posee tramitación incidental, en cuando a sus efectos, sin perjuicio de la realización del bien, el pago queda en suspenso hasta que la tercería sea resuelta por sentencia ejecutoria.

Tercería de pago. Esta tercería tiene lugar cuando un tercero se presenta en un juicio ejecutivo pretendiendo un derecho a concurrir con el ejecutante en el pago a falta de otros bienes del deudor, su pretensión es concurrir con su crédito al igual que el ejecutante que tiene la misma calidad que la del crédito del tercerista. La pretensión del tercerista es concurrir a prorrata, en virtud del artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual del producto de la realización de los bienes del ejecutado en la proporción correspondiente. La tercería de pago se puede interponer desde el embargo hasta el pago de la respectiva obligación. Su tramitación es conforme a las reglas de los incidentes, y la resolución que se pronuncia sobre ellas

es una sentencia interlocutoria y la apelación se concede en el solo efecto devolutivo. En cuanto a sus efectos, no suspende la realización de los bienes pero si el pago hasta que se resuelva el incidente con la sentencia firme de la tercería.

Si bien se ha señalado que el interés del tercerista de dominio y del tercerista de posesión son incompatibles con los intereses de las partes, ello no obsta a que todo sea una colusión entre el ejecutante y el tercerista, con el único objeto de sustraer u ocultar bienes para su realización, entorpeciendo o privando de la ejecución al ejecutante. En términos estrictamente patrimoniales, la parte obligada debe responder con sus bienes, pero es común en la actualidad las estructuras societarias que hacen difusos los límites de los patrimonios como es el caso de los llamados Holding o grupos de empresas, es muy común que la empresa empleadora sea distinta de la empresa que es dueña de los bienes, siendo esta última una sociedad de inversiones de los mismos dueños de la sociedad empleadora y que funciona en el mismo domicilio de esta, por lo cual cuando se realiza el embargo de los bienes de la sociedad empleador-deudor de cotizaciones previsionales, la sociedad de inversiones que es dueña o poseedora de los bienes interpone la tercería correspondiente, ante ello es importante mencionar la norma establecida en el artículo 478 incisos segundo y terceros del Código del Trabajo, anterior a las modificaciones establecidas en la ley 20087, y que posteriormente a esta ley se encuentra en el artículo 507 del Código del Trabajo, que señala:

“El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este Libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u

otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente”

Claramente estos subterfugios también son utilizados por los empleadores a fin de evitar la ejecución de los bienes, por lo que el Juez al fallar la tercería de dominio o la tercería de posesión, debe tener muy en cuenta la propiedad de las sociedades que actúan como tercerista y de la empresa ejecutada, y apreciar desde la perspectiva actual societaria y el fin máximo del Derecho del Trabajo que es proteger al Trabajador. Asimismo la administradora de fondos de pensiones debe realizar una muy buena defensa en los juicios de tercerías, investigando y aportando la información necesaria al juez para que conozca la verdadera propiedad de ambas empresas, la existencia de Holding o grupos de empresas y posibles empresas coligadas o que solo existan con el fin de limitar los patrimonios sobre los cuales hacer valer los créditos. A esto cabe mencionar lo siguiente “una causa en que se demandó por despido injustificado, condenándose al pago de diversas prestaciones de origen laboral y, en la etapa de cumplimiento del fallo se embargaron bienes ubicados en el domicilio de la demandada, compareciendo entonces en calidad de tercero poseedor un tercero, que fundo su posesión en facturas de compra de las maquinas que habían sido embargadas, y en un contrato de arrendamiento sobre la propiedad que se tenía como domicilio de la demandada principal, firmado ante notario y otorgado con fecha anterior al embargo. Se rechazo la tercería pues el Tribunal dio por sentado que en el certificado de cotizaciones del Trabajador y en el contrato de arrendamiento, se repetía el nombre de quien aparecía en el primer documento como empleador, y en el segundo como representante de la tercerista, lo que llevo a concluir que entre las sociedades sib-lite existía una vinculación tal que las hacía compartir domicilio, giro y gestión del negocio.”²⁹ La decisión judicial transcrita fue una decisión muy acertada del sentenciador, que es posible que se de en muchos mas casos respecto de cobro de cotizaciones previsionales, pero que no existiendo norma expresa, para desechar posibles tercerías presentadas ocupando subterfugios como las mencionadas en la norma anterior, respecto a este tipo de simulaciones no

²⁹ ACADEMIA JUDICIAL.Ob. Cit.. p 138.

siempre se aplica al fallar las tercerías, y ante esta situación solo correspondería multar al empleador que las realice.

Respecto a la tercería de prelación es posible que ocupando la misma figura explicada en los párrafos anteriores, es decir ocupando personas jurídicas pertenecientes a los mismos dueños de las empresas ejecutadas, simulen contratos de prendas o hipotecas, con el fin de que al ser demandados por las administradoras estas empresas posean privilegio sobre la deuda previsional, que si bien se encuentran dentro de las preferencias del numeral 6 del artículo 2472 del código civil, pueden tener un fin netamente dilatorio dentro del juicio de cobranza previsional, entorpeciendo la ejecución.

Respecto de la tercería de pago, atendida la libertad que poseen los trabajadores para elegir la administradora que deseen, es posible que un mismo empleador no pague las cotizaciones en mas de una administradora, en cuyo caso es extremadamente importante este tipo de tercería, y es importante asimismo, que exista información y preocupación suficiente de las administradoras, para conocer la existencia de otros juicios de cobranza incoados en contra del mismo empleador-ejecutado. Además respecto a los fondos de los trabajadores, es posible que si siendo los únicos bienes los embargados y realizados, y concurriendo las administradoras a prorrata y en proporción de sus respectivas acreencias, no se alcancen a pagar estas por completo, por lo cual no serian enterados todas las cotizaciones retenidas al trabajador, con el inminente perjuicio para éste.

Ya habiendo hecho mención de la actividad de terceros dentro del juicio ejecutivo de cobranza previsional, y cual es la actividad que debe realizar la administradora ante tercerías interpuestas, continuaremos con el orden lógico de la tramitación posterior al embargo, esto es la realización de los bienes embargados.

Las sentencias en los juicios ejecutivos se clasifican en absolutorias y condenatorias, las primeras corresponden cuando se han aceptado las excepciones interpuestas a la ejecución y declaran improcedente el cobro, y por el contrario las segundas corresponden cuando dichas excepciones han sido desestimadas por el sentenciador. Las sentencias Condenatorias, por su parte, se clasifican en de pago

y de remate, y en ellas se ordena seguir con la ejecución. De acuerdo con la naturaleza de los bienes embargados, la sentencia condenatoria puede ser:

1. De pago, cuando lo embargado corresponde a dinero; o
2. De remate, cuando los bienes embargados no consisten en dinero o la especie o cuerpo cierto sino que otro tipo de bienes, y se requiere la realización de esos bienes, de modo de que con el resultado de dicha realización se pague en dinero el crédito adeudado.

Respecto de la sentencia de pago, atendido las características propias del procedimiento establecido en la ley 17322, y las pocas veces que en la practica se da el caso del embargo de dineros, salvo el caso de la cautelar establecida en el artículo 25 bis de la ley 17322, atendido que en ella se retienen dineros, los que le tribunal ordenará imputar al pago de las cotizaciones previsionales adeudadas y girar a favor de la administradora los montos retenidos, o bien, si se han embargado dineros, lo que en la practica es poco probable, se realizara una liquidación por parte del tribunal y se ordenará el pago a la administradora con los dineros embargados.

Respecto a la sentencia de remate, como ya se dijo, acepta la demanda ejecutiva y rechaza las oposiciones deducidas por el deudor, y ordena realizar los bienes embargados, y con su producido, hacer pago a la administradora, a fin de que ingrese dichos fondos a la(s) cuenta(s) del trabajador(es).

El artículo 482 del Código de procedimiento Civil, que debe aplicarse en virtud de la referencia hecha por el artículo 2 inciso cuarto de la ley 17322, señala que la realización debe realizarse al martillo, disponiendo lo siguiente:

Art. 482 (504). Los bienes muebles embargados se venderán en martillo, siempre que sea posible, sin necesidad de tasación. La venta se hará por el martillero designado por el tribunal que corresponda.

Atendido lo señalado en la norma transcrita, la regla general es la realización al martillo de los bienes muebles, y señalando los artículos siguientes, artículo 483 y 484 del Código de procedimiento Civil, los casos excepcionales en que debe hacerse venta forzada directa, disponiendo dichas normas lo siguiente:

Art. 483 (505). Venderá el depositario en la forma más conveniente, sin previa tasación, pero con autorización judicial, los bienes muebles sujetos a corrupción, o

susceptibles de próximo deterioro, o cuya conservación sea difícil o muy dispendiosa.

Art. 484 (506). Los efectos de comercio realizables en el acto, se venderán sin previa tasación, por un corredor nombrado en la forma que establece el artículo 414.

La venta en remate público, posee una serie de características que mencionaremos a continuación:

1. Es judicial, porque se efectúa ante y por intermedio del ministerio de la justicia.
2. Es forzosa, porque se efectúa aun en contra de la voluntad del deudor.
3. Es pública, porque pueden concurrir a ella los interesados que deseen, sin discriminación alguna; y
4. Es al mejor postor, porque se entenderá celebrada con el interesado que ofrezca la mayor suma.³⁰

Asimismo el procedimiento de venta forzada de los bienes muebles que se encuentran embargados, se encuentra regulada en una serie de normas, siendo la mas importante la ley 18118, que se encuentra modificada por la ley 18735 y por el decreto N° 132, del 11 de mayo de 1982 del ministerio de economía, que aprueba el reglamento de la ley 18118, en estas normas, se incluyen además la normativa orgánicas que rigen a los martilleros públicos, son estos quienes realizan materialmente la subasta de remate, los martilleros públicos figuran en un registro especial elaborado por la I. Corte de Apelaciones respectiva, de la cual los jueces deben designar en cada causa el martillero que llevara a cabo el remate, según lo preceptuado en el artículo 19 de la ley 18118, dichos nombramientos deben realizarse por orden correlativo de las inscripciones del registro, a fin de que todo martillero inscrito sea designado en su oportunidad, según el artículo 20 de la ley 18118, asimismo, cabe señalar que una vez designado el martillero no puede eximirse de practicar el remate sin manifestar una causa justificada, en caso de esgrimir una causa, la solicitud será resuelta por el Juez de la causa.

Como ya se señaló, el bien embargado queda en poder del depositario, asimismo se señaló que es común que al realizarse el embargo se designe como

³⁰ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Quinta edición, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1998, p.91.

depositario provisional al ejecutado, por lo cual, para realizar la venta forzada se debe previamente realizar el retiro de las especies embargadas que se encuentran en poder del depositario provisional, y hacerlas llegar al martillero designado, este retiro de especies se realiza por receptor judicial, el cual, en caso de constatar oposición para realizar el retiro, debe consignarlo e informarlo al Tribunal a fin de que el Juez ordene el auxilio de la fuerza pública a fin de proceder al retiro de las especies embargadas. En caso de que el receptor constate que el ejecutado que poseía los bienes embargados en calidad de depositario, las ha ocultado y se niega a hacer entrega de ellas incurrirá en la sanción prevista en el numeral 1 del artículo 471 del Código Penal, según lo establecido en el artículo 444 inciso 3 parte final del Código de Procedimiento Civil, debiendo el Juez de la Causa hacer la denuncia respectiva a Fiscalía.

Una vez que el Receptor ha realizado el retiro de los bienes embargados, estos deben ser puestos de inmediato en poder del martillero designado para el remate, el artículo 19 inciso 4 de la ley 18118, impone al martillero la obligación de levantar acta de recepción de las especies, con las mismas menciones del acta de embargo que se encuentran establecidas en el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil, en lo que fueren pertinente, especialmente en cuanto a la individualización de los bienes y su estado actual, dicha acta debe ser suscrita por el martillero y el ministro de fe que realizó el retiro de las especies y que se las entrega al martillero, debiendo ser puesta en conocimiento del tribunal a la brevedad posible. A ello se le suma que el artículo 25 de la ley 18118, obliga al martillero a entregar un recibo detallado de las especies recibidas y le asigna la calidad de depositario de las mismas.

Existen bienes que requieren tasación previa a fin de su realización, entre ellos se encuentran los bienes raíces, los bienes muebles incorporales, entre otros. La realización de estos bienes posee algunos tramites extra, como son la tasación que normalmente es la que figure en el rol de avalúos que este vigente para efectos de contribuciones, realizada la tasación, se procede a fijar las bases del remate, por medio de las cuales se efectuará la correspondiente venta del bien embargado, “en especial, las bases del remate público se refieren a la forma de pago, al mínimo para las posturas y a las cauciones que deben otorgar los interesados, y en general,

a si la venta se efectúa ad corpus o en relación de la cabida, a la fecha en que se hará entrega material del inmueble vendido, y a quien corresponde el pago de los impuestos, a si la venta está libre de gravámenes o no, y a cualquier otra condición o circunstancia que tienda a una mejor y más expedita realización de la subasta.”³¹ En la teoría, el tribunal debe citar a una audiencia verbal a fin de determinar y fijar las bases del remate, en la practica, no se procede de esa manera, es el propio ejecutante quien en un escrito presenta las bases del remate, y el tribunal lo provee ordenando que se tenga como tales las propuestas con citación, si no hay oposición se tienen por aprobadas, si se opone se genera un incidente que el tribunal resuelve de plano, además se debe citar a los acreedores hipotecarios, si los hubiere. Una vez establecidas las bases, y realizados los demás tramites se sigue con la tramitación normal, con la diferencia de que el remate lo realiza el propio Tribunal.

Previo al remate se señalará el día y hora del remate, como asimismo el lugar en que se debe verificar, y además se deben exhibir los bienes del remate, sucediendo normalmente en la practica en el local del martillero. En cuanto al señalamiento de la fecha y lugar del remate, es una medida de publicidad necesaria, que se cumple por medio de a lo menos dos avisos publicados en uno de los dos periódicos de mayor circulación de la región en que se realice, siendo el último de esos avisos publicado el día anterior al remate.

Habiéndose realizado conforme a ley, todos los pasos anteriores llega el momento de efectuar el remate, en la fecha, lugar y hora previstos para su realización, el martillero debe pregonar cada lote expresando su número, describiendo su contenido y no puede hacer recomendaciones que alteren la esencia de la especie que se subasta, estos se encuentra regulado en el artículo 7º del reglamento, asimismo, señala obligaciones a los postores en cuanto a la forma de realizar sus ofertas, las sanciones a las infracción de dichas normas y las facultades del martillero en cuanto a mantener el orden durante el remate.

Los martilleros deben rendir cuenta de su gestión, es decir de la subasta, ante el Tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de realizado este. Esta cuenta debe especificar detalladamente, las especies rematadas, el estado en

³¹ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit., p.92

que estas se encontraban al momento de realizarse la subasta y el precio obtenido por ella. En esta cuenta debe acompañar copia del acta de recepción de las especies, fotocopias de los avisos publicados, fotocopias de las boletas y facturas entregadas al subastador y el comprobante de depósito en la cuenta corriente del tribunal por el valor obtenido en la subasta. Habiendo deducido del producto de la subasta el impuesto al valor agregado, si lo hubiera, y el costo de los avisos de remate, si los realizó él.

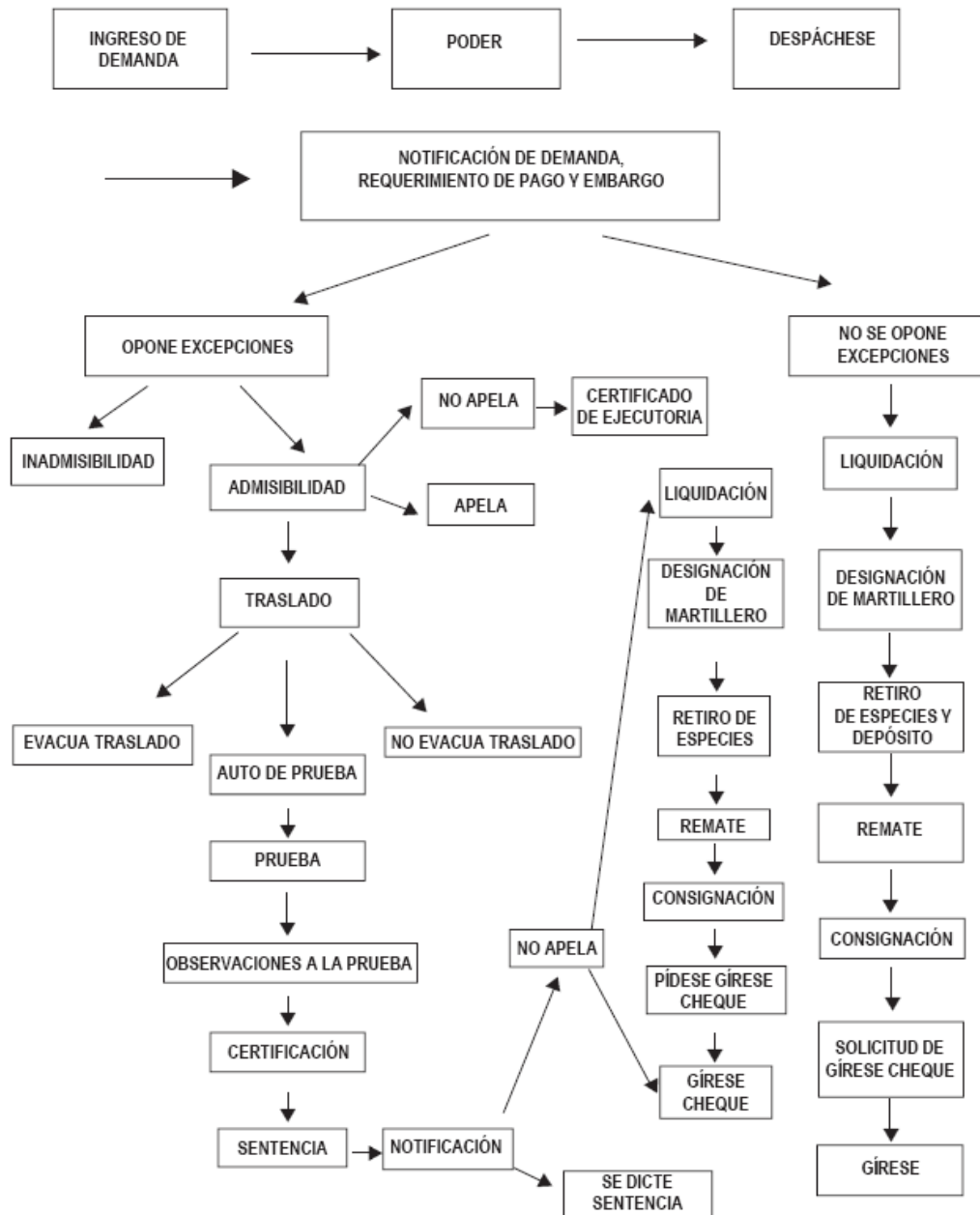
Como ya se dijo la venta de los bienes embargados que son muebles, no requiere de previa tasación, en este caso el precio debe pagarse al contado. Los fondos resultantes del mismo se deben consignar a la orden del tribunal, si no hay recurso pendiente se procede a la liquidación del crédito y al pago a la administradora-ejecutante. Si existe recurso de apelación pendiente, no se puede hacer paga al ejecutante según el artículo 509 del Código de procedimiento Civil.

El pago al ejecutante, se realiza mediante cheque girado por el Tribunal a nombre de la administradora, a fin de que administrativamente esta ingrese los fondos correspondientes a las cuentas de los trabajadores a los cuales se les adeudan las cotizaciones previsionales.

Por último, el Artículo 19 del DL 3500 dispone que las Administradoras de Fondos de pensiones se encuentran obligadas a seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones adeudadas y sus reajustes e intereses, aun cuando el afiliado se hubiere cambiado de ella, lo que sumado al artículo 4º bis de la ley 17322, que fue incluidas con las modificaciones de la ley 20023, del 31 de mayo de 2005, ha limitado en gran forma la incobrabilidad de cotizaciones previsionales, con la explícita mención de que la institución de seguridad social puede actuar negligentemente en el cobro de dichas cotizaciones, y haciéndola responsable de enterar dichos fondos de ser así, tema que trataremos con mayor detenimiento posteriormente.

A continuación, y para finalizar el tema del procedimiento, se presenta un cuadro explicativo del procedimiento de cobranza de cotizaciones, aportes y multas, para un mejor entendimiento de éste.³²

³² ACADEMIA JUDICIAL. *Ob. Cit.* p 145.



2.2 Actividad del Trabajador

El análisis del tercer y último interviniente, esto es el trabajador, lo hemos dejado para un tratamiento aparte, atendido que su intervención es mas bien tangencial, y tiene gran importancia para el inicio del juicio de cobranza previsional, pero no es relevante en la tramitación propiamente del proceso.

El artículo 4 inciso 1 de la ley 17322, establecido por la modificaciones de la ley 20023 artículo 1 N° 5, señala que “El trabajador o el sindicato o asociación gremial a que se encuentre afiliado, a requerimiento de aquel, podrá reclamar el ejercicio de las acciones de cobro de las cotizaciones de previsión o seguridad social por parte de las instituciones respectivas, sin perjuicio de las demás acciones judiciales o legales que correspondan”.

Del inciso anteriormente señalado, se deduce, que el trabajador, o bien representado y a petición de este, el sindicato o asociación gremial al que pertenece el trabajador, puede reclamar ante sede judicial, a fin de que la administradora o institución previsional respectiva ejerza la acción de cobro de cotizaciones previsionales o de seguridad social adeudadas, por lo que claramente queda de manifiesto que el trabajador no es parte en este juicio y solo posee la posibilidad por si o representado de exigir que se inicie la acción correspondiente por quien legalmente posee dicha acción, que es la administradora o institución de seguridad social respectiva. Cabe aclarar que el trabajador no es parte, porque parte son los intervinientes entre los cuales “se produce y agita la contienda jurídica; ... reciben el nombre de demandante y demandado”³³, y en este caso el trabajador solo posee la posibilidad de exigir el ejercicio de la acción por un tercero y no puede ejercerla el directamente; sin perjuicio que al realizarse la discusión parlamentaria, en la comisión de trabajo y previsión social de la H. Cámara de Diputados, erróneamente esta señala “sostiene la comisión que esta norma constituye un punto de mayor relevancia en la propuesta del ejecutivo. En efecto, el sistema implica que tanto el trabajador como la institución de seguridad social tienen acción contra el empleador deudor, bajo diferentes modalidades que no implican un mayor costo para el trabajador”³⁴, lo que claramente es un error atendido el claro tenor de la norma. Este error queda de manifiesto en la redacción que se dio al artículo 25 bis que consagra la precautoria especial ya mencionada en este trabajo, que indica que tal medida puede impetrarse interpuesta que sea “la demanda de cobranza judicial de

³³ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit., p.40.

³⁴ BRAVO SOTO, José Andrés. Los nuevos Juzgados de Cobranza laboral. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

cotizaciones de seguridad social, y a petición del trabajador³⁵, con lo que parece entender que la reclamación es una demanda y no un mero requerimiento previo, a fin de que la institución de previsión o seguridad social ejerza en contra del empleador-deudor la acción que posee únicamente esta, en virtud del artículo 19 del DL 3500, en cuanto son las Administradoras de Fondos de Pensiones quienes se encuentran obligadas al cobro de las cotizaciones y demás aportes adeudados, aun cuando el trabajador afectado con la morosidad se hubiere desafiliado. Lo que si es dable decir, es que, el trabajador posee una acción de requerimiento en contra de la administradora o institución de seguridad social, para que esta cumpla con el mandato legal del DL 3500, así lo entiende la Academia Judicial, al señalar “Si bien la disposición hace referencia a una reclamación, dado su objeto cual es que la institución de previsión proceda al cobro de los débitos previsionales, se puede estimar que se trata de un requerimiento ante el Tribunal, para que se deduzca la demanda con tal objeto. Se trata de una obligación de hacer que se requiere judicialmente, debidamente fundada en los títulos que la ley establece, pues de lo que se trata es provocar precisamente el ejercicio de la acción de parte de la institución previsional (demanda ejecutiva), lo que le obliga a constituirse como demandante y continuar las acciones ejecutivas establecidas en la presente ley, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 4³⁶, y la base de dicha acción es que el incumplimiento por parte de la administradora en el cobro de las cotizaciones previsionales le acarrearía un directo perjuicio al trabajador, y es por ello que no cumplir con esa obligación o realizarla en forma deficiente, acarrea sanciones para la administradora o institución de seguridad social, la que posee una obligación de hacer, que es realizar el cobro, obligación consagrada en el DL 3500 y la ley 17322. También ayuda a la confusión respecto a la naturaleza de este requerimiento, el artículo 1 de la ley 17322, ya que señala “Las normas establecidas en esta ley se aplicarán a la cobranza de las cotizaciones de seguridad social adeudadas por los empleadores a las instituciones de ese carácter, sea que el cobro judicial lo inicien

³⁵ LEY N° 17.322. CHILE. Normas para la cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social. Santiago. Chile, Agosto de 1970. Artículo 25 bis.

³⁶ ACADEMIA JUDICIAL. *Ob. Cit.* p 98.

éstas o el propio trabajador”³⁷, a nuestro parecer el sentido e interpretación que se debe dar a este artículo es que al señalar “o el propio trabajador” se refiere al caso en que el trabajador reclame para que la administradora promueva la acción de cobro, y esto se realiza por la acción de reclamo, que es distinta de la acción de cobro de las cotizaciones, lo que es de toda lógica, al saber que la acción de cobro es únicamente de la administradora y el trabajador solo puede requerir al titular de la acción para que la ejerza, atendido que no ejercerla provoca perjuicio al trabajador.

Para que el trabajador, o quien lo represente, pueda reclamar el ejercicio de la acción por quien es titular de ella, debe cumplir con una serie de requisitos:

- a) Debe tratarse de cotizaciones descontadas de las remuneraciones sólo a contar del mes de marzo de 2006 en adelante. Esto puesto que el Artículo 1º Transitorio de la ley 20023, publicada el 31 de mayo de 2005, dispuso que la modificación introducida entrará en vigencia conjuntamente con el inicio del funcionamiento de los Juzgados de Cobranza laboral y Previsional, esto es, 9 meses después de la publicación de la ley 20022, efectuada el 30 de mayo de 2005.
- b) Presentar Cédula Nacional de Identidad en original y fotocopia simple de la misma para acompañar el reclamo. Si bien este requisito no se encuentra en la ley, en la práctica, los Juzgados de Cobranza laboral y Previsional, lo exigen a fin de corroborar que es el trabajador reclamante, coincidiendo con el trabajador mencionado en el título ejecutivo o documentación que presenta, además de facilitar a la requerida de iniciar la acción la identificación de la acción a ejercer y contra quien.
- c) Acompañar entre otros, alguno de los siguientes títulos:
 - Actas, firmadas por las partes y autorizadas por los inspectores del trabajo, que den constancia de acuerdos producidos ante éstos o que contengan el reconocimiento de una obligación laboral o de cotizaciones de seguridad social, o sus copias certificadas por la respectiva Inspección del trabajo.
 - Sentencia firme dictada en un juicio laboral que ordene el pago de cotizaciones de seguridad social.

³⁷ LEY N° 17.322. CHILE. Normas para la cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social. Santiago. Chile, Agosto de 1970. Artículo 1

- Liquidaciones de remuneraciones pagadas en la que conste la retención de las cotizaciones y certificado de la institución previsional correspondiente que establezca su no pago oportuno por el mismo período.
- d) Acompañar certificado de la institución Previsional que corresponda, el que debe solicitarse en la misma institución en donde conste los periodos de cotizaciones impagas.
- e) Si el reclamante es un organismo sindical o asociación gremial, debe acompañar además:
 - Certificado del Secretario del Respectivo organismo en el cual conste su calidad de dirigente sindical.
 - Certificado del secretario del respectivo organismo en que conste que el trabajador objeto del reclamo es miembro del sindicato.

Si bien este requisito no se encuentra en la ley, en la práctica, los Juzgados de Cobranza laboral y Previsional, lo exigen a fin de corroborar que quien reclama a nombre del trabajador, está facultado por ley para ello.

Una vez deducido el reclamo según los requisitos señalados el Juez, ordena notificar a la institución de previsión o seguridad social a la cual está requiriendo el trabajador, la que posee un plazo de 30 días hábiles para constituirse como demandante y continuar las acciones establecidos para el cobro de Cotizaciones previsionales adeudadas por el empleador, este plazo tiene gran importancia a fin de determinar la posible negligencia de la institución de previsión o seguridad social.

Esta norma en su base tiene un solo fin y que es claramente explicado por la Academia Judicial de Chile, en su manual de la cobranza ejecutiva laboral y previsional, señalando “La acción de requerimiento o de reclamación tiene por objeto optimizar la cobranza previsional al ampliar la iniciación de la acción de parte por lo propios trabajadores afectados por la deuda, como a la vez, otorga a determinados instrumentos que hasta la reforma no tenían tal calidad, de los atributos del título ejecutivo. La posibilidad que sea el propio trabajador y sus organizaciones quienes promuevan el cumplimiento de las leyes de seguridad social, abre un espacio de cumplimiento del derecho a través de una acción que

coloca a las instituciones de seguridad social en la necesidad de proceder al cobro de las mismas”³⁸

Por lo anterior, si la institución requerida de iniciar la acción de cobro no dedujere la demanda respectiva dentro del plazo señalado, el Tribunal notificará de ello al trabajador o al sindicato o asociación que haya formulado el reclamo, tema que se tratará en el siguiente punto de este trabajo.

Esta modificación que consagra el requerimiento que puede realizar a la institución previsional a fin de que está ejerza la acción de cobro, fue introducida por la ley 20023 en su artículo 1 numeral 5, publicada en el diario oficial el 31 de mayo de 2005, pero que en su artículo 1º transitorio dispuso que este artículo entrará en vigencia conjuntamente con el inicio del funcionamiento de los Juzgados de Cobranza laboral y previsional, esto es, 9 meses después de la publicación de la ley 20022, efectuada el 30 de mayo de 2005, por lo cual esta norma comenzó a regir el 1 de marzo de 2006. De esto nace la siguiente pregunta: ¿este requerimiento solo puede ser respecto a cotizaciones descontadas por el empleador después de la entrada en vigencia de esta norma, o bien sobre toda cotización previsional que se adeude, sin importar la fecha de la remuneración desde la que fue descontada?, a nuestro parecer la solución mas lógica, que debió establecer la norma, aplicando el principio pro Trabajador que inspira la legislación laboral, es que este requerimiento del trabajador a la institución previsional, puede ser ejercido por cotizaciones que incluso se adeuden con fecha anterior a la entrada en vigencia de la norma que establece el requerimiento, esto tendría su base legal en la ley de efecto retroactivo de las leyes, por cuanto este establece que las normas de derecho procesal rigen in actum, para los procesos que no se han iniciado, y siendo este un requerimiento a fin de que se inicie un proceso, debería aplicarse a toda deuda previsional, al respecto cabe recordar que según se establece en el artículo 19 de DL 3500 la prescripción que extingue las acciones para el cobro de cotizaciones previsionales, multas, reajustes e intereses, será de 5 años y se contará desde el termino de los servicios, por lo que justamente podría pensarse que el plazo de prescripción de la acción cobro es el limite para requerir su inicio, pero debiendo ser alegada y declarada judicialmente la prescripción, es perfectamente posible que el trabajador

³⁸ ACADEMIA JUDICIAL. *Ob. Cit.* p 98-99.

requiera a la administradora a fin de que ejerza la acción y la prescripción no sea alegada y por el contrario el empleador-deudor, ejecutado en el juicio de cobro pague lo que había enterado en la administradora, no produciendo perjuicio a los fondos previsionales del trabajador. A todo lo anterior se suma que el artículo 3º transitorio de la ley 20023, prescribe que las causas que se encuentren en tramitación a la entrada en vigencia de esta ley modificatoria, se regirán por el procedimiento vigente al momento de la notificación de la demanda, produciéndose una contradicción entre ambas normas, por lo que estimamos que no fue acertada la redacción de este artículo, y claramente el legislador pretendió señalar que correspondía a las demandas que se encuentren presentadas, y aún no notificadas, y por lo tanto no trabada la litis, esto hace ver a los artículos 1º y 3º ambos transitorios de la ley 20.023, como contradictorios entre sí y contradictorios con el principio del derecho laboral de protección de los trabajadores.

2.3. Negligencia por parte de la AFP

Como ya se señaló, la única que puede ejercer la acción de cobro de cotizaciones previsionales es la institución de seguridad social donde el empleador debió enterar dichas cotizaciones, y el trabajador solo puede requerir a dicha institución a fin de que ejerza la acción de cobro. Por esto y por el principio de actuación de oficio que pesa sobre el Tribunal, en el procedimiento de cobranza laboral y previsional, la ley 20023 que modificó la ley 17322, incorporó dentro de la normativa el concepto de actuar negligente en el cobro judicial de las cotizaciones previsionales o de seguridad social por parte de la institución de previsión o seguridad social, este consiste en que si el juez constata y califica que la institución actuó en forma negligente en el cobro judicial de las cotizaciones previsionales o de seguridad social, ordenará que sea la propia institución de actuar negligente quien entere las cotizaciones, haciendo esta responsable de su propia negligencia, dichas cotizaciones debe enterarlas de su propio patrimonio, incluyendo el monto total de la deuda que se dejó de cobrar con sus reajustes e intereses asociados, sin perjuicio que la institución puede repetir en contra del empleador-deudor.

La resolución que declara la negligencia exige como presupuesto que la actuación negligente provoque un perjuicio previsional directo al trabajador, e impone al juez la exigencia de calificar el hecho en forma incidental en el proceso y resolver fundadamente.

Cabe señalar, que el legislador establece que se entiende por actuar negligente de la institución de seguridad social, siendo cuando se constaten alguno de los siguientes casos:

- a) Cuando no entabla demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas; o cuando no continúa las acciones ejecutivas que el trabajador le requirió entablar según lo señalado en el artículo 4 de la ley 17322.
- b) Cuando no solicita la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la ley 17322, y ello genera directo perjuicio al trabajador.
- c) Cuando no interpone los recursos legales pertinentes que franquea la ley y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador.

Es menester detenerse en el concepto de “perjuicio previsional directo al trabajador”, que utiliza el legislador en la norma del artículo 4 bis de la ley 17322, puesto que como ya se ha dicho en este trabajo, el perjuicio existe siempre y es directo en cuanto a la merma en los fondos del afiliado, desde que no son enteradas las cotizaciones que fueron retenidas por el empleador y que son parte de la remuneración, y no se encuentran en el fondo del trabajador, además que atendido el diseño del sistema previsional del DL 3500, el real perjuicio solo será palpable al momento de querer pensionarse el trabajador, puesto que como se explico al momento de analizar las modalidades de pensión, ese perjuicio se hará patente al momento del afiliado querer pensionarse anticipadamente y deba ver si cumple con un capital necesario para optar a la pensión anticipada; o al pensionarse por la modalidad de retiro programado y se realice el calculo anual de la pensión; o al momento de pactar el afiliado con una compañía de seguros una renta vitalicia, a menor fondo menor poder negociador, por lo que le será imposible al Juez constatar dicho perjuicio.

A este respecto la Academia Judicial señala “Llama la atención que el legislador, exigiendo como presupuesto de la calificación de negligencia en la norma general del inciso tercero del artículo 4 bis, al señalar los casos específicos en que se verifica la hipótesis general, requiera sólo en dos de ellos de tal forma de perjuicio. Sólo cabe pensar que las dos hipótesis primeras tendrían lógicamente aparejadas tal situación de perjuicio por el solo hecho de verificarse, lo que hace innecesario una calificación del Juez.”³⁹

Como se señaló, este artículo que consagra la responsabilidad por negligencia en el cobro de cotizaciones por parte de la institución de seguridad social, se estableció con la modificaciones introducidas por la ley 20023 en su artículo 1 numeral 6, publicada en el diario oficial el 31 de mayo de 2005, pero que en su artículo 1º transitorio dispuso que la incorporación del artículo 4 bis entrará en vigencia conjuntamente con el inicio del funcionamiento de los Juzgados de Cobranza laboral y previsional, esto es, 9 meses después de la publicación de la ley 20022, efectuada el 30 de mayo de 2005, por lo cual esta norma comenzó a regir el 1 de marzo de 2006, al igual que las modificaciones al artículo 4 de la ley 17322, que establece el requerimiento del trabajador para que la institución ejerza la acción de cobro; de ello se desprende que es aplicable la responsabilidad por negligencia desde dicha fecha, pero es menester analizar mas detenidamente este punto, lo que se realizara a continuación al analizar cada una de los casos que deben constatarse según la ley, para que se configure la negligencia por parte de la institución previsional.

1.- Cuando no entabla demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas; o cuando no continúa las acciones ejecutivas que el trabajador le requirió entablar según lo señalado en el artículo 4 de la ley 17322.

Existe descritos aquí dos casos, el primero “no entabla demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas”, y el segundo “no continúa las acciones ejecutivas que el trabajador le

³⁹ ACADEMIA JUDICIAL. *Ob. Cit.*, p 101.

requirió entablar según lo señalado en el artículo 4 de la ley 17322”, analicémoslos por separado:

- a) “no entabla demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas”; en este caso, al haber sido declaradas y no pagadas las cotizaciones previsionales, la institución previsional esta en conocimiento de la deuda, y deberá iniciar las gestiones desde los 180 días siguientes a la fecha de la declaración, si el empleador no ha pagado las cotizaciones declaradas. En este caso, basta con que se constaten por parte del Tribunal los siguientes presupuestos, primero, que corresponda a cotizaciones declaradas y no pagadas, segundo, que la administradora no haya ejercido la acción de cobro dentro del plazo de prescripción, y por último, que la prescripción haya sido declarada judicialmente, para que se configure la negligencia por parte de la administradora. La pregunta que nace de inmediato es si la responsabilidad de demandar antes de que se produzca la prescripción de la acción, es solo respecto de las cotizaciones que se declararon y no pagaron después de entrar en vigencia el artículo 4 bis de la ley 17322 o bien sobre toda cotización que a la fecha de entrada en vigencia de este artículo aún no se encontrara prescrita su acción, al respecto es menester señalar que, según lo establecido en el artículo 1º transitorio de la ley 20023, se aplicarán respecto de las cotizaciones de las remuneraciones que se devenguen a partir del 1º de marzo de 2006 y, desde luego, a las ejecuciones judiciales que se originen de éstas, señalando textualmente “Las modificaciones que esta ley introduce en la ley Nº 17.322 y en el artículo 19 del decreto ley Nº 3.500 de 1980, entrarán en vigencia conjuntamente con el inicio del funcionamiento de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional. Dichas normas se aplicarán respecto de las cotizaciones de las remuneraciones que se devenguen a partir desde esta última fecha y a las ejecuciones judiciales que se originaren de éstas.”, pero el artículo 3º transitorio de la ley 20023, prescribe que las causas que se encuentren en tramitación a la entrada en vigencia de esta ley modificatoria, se regirán por el procedimiento vigente

al momento de la notificación de la demanda, señalando textualmente “Las causas que se encuentren en tramitación a la entrada en vigencia de esta ley, se registrarán por el procedimiento vigente al momento de la notificación de la demanda.” Produciéndose una contradicción entre ambas normas, por que la frase “que se encuentren en tramitación” hace entender que estas causas se encuentran notificadas, y se encuentra trabada la litis, por lo que estimamos que no fue acertada la redacción de este artículo, y claramente el legislador pretendió señalar que correspondía a las demandas que se encuentren presentadas, y aún no notificadas, y por lo tanto no trabada la litis. Asimismo podría darse el caso que se presentaran demandas después de la vigencia de la ley 20.023, pero respecto de periodos de cotizaciones de remuneraciones devengadas en fecha anterior a su entrada en vigencia, por lo que de acuerdo a lo preescrito en el artículo 1º transitorio, ya mencionado, no corresponde aplicarles las nuevas normas, si no la ley aplicable al momento en que se devengaron dichas cotizaciones, amparado en lo preceptuado en el artículo 9 del Código Civil, en cuanto al ley solo puede disponer para el futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo. Todo esto, hace ver a los artículos 1º y 3º ambos transitorios de la ley 20.023, como contradictorios⁴⁰. A nuestro parecer, la responsabilidad de la institución que realiza el cobro, debe entenderse desde que pudiendo demandar la institución previsional el cobro por no estar preescrita la acción al momento de entrar en vigencia el artículo 4 bis de la ley, incurre en negligencia en caso de posterior a la entrada en vigencia de este artículo se declarara la prescripción de la acción, no encontrándonos de acuerdo con los artículos transitorios comentados. Asimismo, la critica que se puede realizar a la norma que señala como negligente el no entablar la demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, es que la institución previsional solo esta obligada a entablar la acción antes de que se cumpla

⁴⁰ ELGUETA Adrovez, Patricio. Análisis de la ley N° 20.023, que modifico la ley N° 17.322 sobre cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de seguridad social. Manual de Consultas Laborales y Previsionales. N° 247. Editorial Lexis Nexis. diciembre 2005. p39-52

el plazo de prescripción, pero si se interpone antes de dicho plazo, pero se notifica al ejecutado, posteriormente a que se haya cumplido el plazo de prescripción, el empleador-deudor igual puede interponer la excepción de prescripción.

- b) “no continúa las acciones ejecutivas que el trabajador le requirió entablar según lo señalado en el artículo 4 de la ley 17322”, en este caso nos encontramos en el caso que el trabajador habiendo requerido a la institución previsional según lo establecido en el artículo 4 de la ley 17322, y ya explicado en este trabajo, la administradora no haya entablado la acción de cobro correspondiente dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde que fue notificada del requerimiento del trabajador. Atendido que la administradora fue requerida, en el hecho nace la obligación de la institución previsional de informar el haber ejercido la acción de cobro por la que fue requerido, ya que fue el propio tribunal el que ordeno notificar a la institución previsional de que debía demandar, y esta no informa al tribunal el haber ejercido la acción, al tribunal solo le queda constatar la existencia de la negligencia, con las consecuencias que esta trae aparejada.

Es necesario mencionar, que en el caso que se declare el actuar negligente de la institución previsional según lo establecido en el artículo 4 bis de la ley 17322, el mismo artículo señala “sin perjuicio de la facultad de la institución de previsión o seguridad social de repetir en contra del empleador deudor”, y si dicha negligencia es declarada por el Tribunal por que la institución previsional no entabló la demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas, y una vez entablada el empleador-deudor interpone la excepción de prescripción y el tribunal falla declarando la prescripción, la norma estaría otorgando una nueva acción para que la institución previsional pueda repetir en contra del trabajador deudor por una deuda que judicialmente se declaró prescrita, y que cumplió con los requisitos de la prescripción, que como se dijo, son la inactividad por un determinado tiempo de la institución previsional negligente, premiándola con una nueva acción para repetir, lo que claramente atenta con los principios básicos

de la prescripción, y otorgando una nueva acción para el cobro que no existe en ningún caso para otro acreedor que actuó negligentemente. Al respecto el profesor Patricio Elgueta, al comentar la facultad de repetir en contra del deudor, señala “Sin embargo, estimo, esta facultad no podrá ejercerla cuando el Juez determine en resolución fundada dentro del plazo de prescripción, y como consecuencia de ello sea condenada a pagar el total de la deuda por cotizaciones, por que en este caso el empleador tendrá a su favor la excepción de cosa juzgada”⁴¹, siendo esta la posición que compartimos.

2.- Cuando no solicita la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la ley 17322, y ello genera directo perjuicio al trabajador.

Como se explico anteriormente, el artículo 25 bis de la ley 17322, consagra una medida cautelar que puede ser solicitada, por el trabajador o por la institución de previsión o seguridad social que esta realizando el cobro, desde que se ha interpuesto la demanda de cobranza judicial de cotizaciones de seguridad social. Esta medida cautelar, consiste en la orden que da el tribunal a la Tesorería General de la Republica, a fin de que retenga de la devolución de impuestos a la renta que le corresponde al empleador-deudor los montos que se encontraren impagos señalados en el titulo ejecutivo que sirve de base a la demanda ejecutiva de cobro de cotizaciones, es por lo señalado en el artículo 4 bis de la ley 17322, que el solicitar esta medida cautelar se transforma en una obligación para la institución previsional, puesto que no solicitarla la expone a que se declare negligente su actuar.

Asimismo ya se señalo, que el Juez en este caso debe constatar la existencia de un perjuicio directo al trabajador, por lo que existiendo siempre un perjuicio a los fondos previsionales, solo queda entender que el Juez debe constatar que Tesorería haya realizado devoluciones de impuestos al empleador-deudor, fondos que en caso de haberse solicitado la cautelar especial, estos hubieran servido para el pago de las cotizaciones adeudadas, por ello el tribunal al estar conociendo de la posible

⁴¹ ELGUETA Adrovez, Patricio. Ob. Cit. p39-52

negligencia de la institución previsional, debe oficiar a Tesorería para saber si se configura el perjuicio señalado.

3.- Cuando no interpone los recursos legales pertinentes que franquea la ley y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador.

En este caso, cabe primero establecer que significa “recursos legales pertinentes”, a grandes rasgos, un recurso es un acto jurídico de parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso en que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que se le ha dictado en su dictación, existen variadas definiciones de recursos así lo señala el profesor Casarino al señalar “Se han formulado diversas definiciones de los recursos procesales. Unos dicen que son los medios que establece la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial. Otros expresan que son los medios que la ley concede a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que sea modificada o dejada sin efecto. Y hay quienes sostienen que son los medios que se concede la ley al que se cree perjudicado por una resolución judicial para obtener del mismo juez que la dictó o de otro de grado superior, la reparación del error o de la injusticia cometida.”⁴² En todos ellos encontramos que ataca una resolución judicial, dictada por un tribunal, que es interpuesto por una de las partes litigantes y que busca que se dicte una nueva resolución judicial.

Dentro de los aplicables en este procedimiento podemos mencionar la apelación; el recurso de aclaración, rectificación o enmienda; y la reposición. Analizaremos cada uno de ellos someramente.

En el procedimiento sobre cobranza de cotizaciones previsionales, el recurso de apelación sólo procede en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, de la resolución que declare negligencia en el cobro señalado en el artículo 4 bis, y de la resolución que se pronuncie sobre la medida cautelar del artículo 25 bis, según lo establece el artículo 8 de la ley 17322, de esta norma desprendemos que para la determinación de negligencia por parte de la institución previsional, sólo es aplicable el no haber interpuesto apelación a una sentencia definitiva que hubiera acogido las

⁴² CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo IV, 6º edición, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 2007, p.129

excepciones interpuestas por el empleador-deudor debiendo hacerlo, y no haber apelado la resolución que negó la solicitud de cautelar especial consagrada en el artículo 25 bis y que el tribunal esta obligada a otorgar a solicitud de la institución o del trabajador, ya que el segundo caso por lógica no se aplica, lo que hace que en cuanto al recurso de apelación los motivos por lo cuales la institución previsional puede actuar negligentemente son muy limitados; cabe hacer mención que el recurso de apelación es solo una clase de recurso, la norma del artículo 4 bis no solo se refiere al recurso de apelación, pero es el único mencionado en forma expresa en la ley 17322.

El recurso de Aclaración, Rectificación o enmienda, es aquel recurso en que las partes solicitan al mismo tribunal que dicto una resolución, que aclare los puntos oscuros o dudosos, salve omisiones, rectifique errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que ella contiene, por lo cual los motivos que podrían llevar a un actuar negligente de la institución previsional son realmente pocos.

El recurso de reposición, es aquel recurso en que las partes solicitan la modificación o dejar sin efecto un auto o decreto, y excepcionalmente de ciertas sentencias interlocutorias, es resuelto por el mismo tribunal que dicto la resolución, estadísticamente es el recurso mas utilizado, y procede durante toda la tramitación del procedimiento, pero atendido el tipo de resoluciones que ataca, es difícil que su no interposición provoque tal perjuicio directo al trabajador como para verificar negligencia por parte de la institución previsional.

Por todo lo anterior, a nuestro parecer la frase “recursos legales pertinentes” se refiere a todo tipo de actuar que puede ejercer o solicitar al tribunal el ejecutante para lograr el cobro de las cotizaciones adeudadas, y no al uso legal de la palabra recurso, atendida su definición es que estimamos que fue desafortunado el uso de la frase “interpone recurso” por lo que mas amplio y exacto seria ocupar el termino “realiza gestiones”, un claro ejemplo de ello podría ser el caso de que interpuesta la demanda ejecutiva ante tribunal competente, ministro de fe constate y estampe al momento de requerir de pago que el domicilio consignado en la demanda ya no corresponde al domicilio del demandado, y como todo acreedor en esta situación, en la practica debe señalar al tribunal un nuevo domicilio del demandado a fin de requerirlo de pago, es normal que en otros juicios ejecutivos el ejecutante solicite al

tribunal que oficie a una serie de instituciones públicas y privadas a fin de que informe el domicilio registrado en ellas del deudor, por lo cual realizan gestiones necesarias a fin de proseguir con el juicio ejecutivo, no interponiendo recurso alguno, y que en el caso en estudio en este punto ampliaría la responsabilidad de la institución previsional a fin de que no se constate la negligencia de su actuar. A mayor abundamiento, existe leyes especiales que entregan al propio tribunal la obligación de oficiar a dichas instituciones a fin de conocer el domicilio del demandado, como por ejemplo la ley 14908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, tema que será tratado posteriormente.

Cabe señalar que según el artículo 4 bis de la ley 17322, la calificación de actuar negligente se realiza en forma incidental, por lo que se entiende que es dentro del mismo juicio de cobranza, por lo cual cabe preguntarse ¿quién debe promover dicho incidente?, ya hemos señalado que las únicas dos partes en el proceso son la institución previsional y el ejecutado, por lo cual, solo queda que sea un tercero quien lo promueva, esto es el trabajador por ser el único con interés en que se declare el actuar negligente, para ello cabe distinguir si existe o no requerimiento de inicio de juicio de cobranza, y si se ha iniciado o no un juicio de cobranza.

Si existió requerimiento y no se inicio el juicio de cobranza previsional, el incidente debe promoverse dentro de la tramitación del requerimiento, a fin de que se constate que se ha incurrido en negligencia por parte de la institución previsional por no continuar las acciones ejecutivas que el trabajador le requirió entablar según lo señalado en el artículo 4 de la ley 17322, por que como ya se señaló, realmente es un error del legislador el estimar que ha sido el trabajador quien inicio las acciones ejecutivas, por que en realidad el trabajador requirió a la única persona autorizada por ley para ejercerla dicha acción que es la institución previsional, y si no la ejerce, actúa negligentemente.

Si existió requerimiento y se inicio el juicio de cobranza previsional, el incidente debe promoverse dentro del juicio de cobranza, y los actuares negligentes que puede constatar el tribunal son no solicitar la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la ley 17322, o bien no interpone los recursos legales

pertinentes que franquea la ley, y en ambos casos se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador.

Si no existió requerimiento y se ha iniciado juicio de cobranza, solo puede darse en el caso de que se tratara de cotizaciones previsionales declaradas y no pagadas en que la institución previsional, haya comenzado un juicio de cobranza previsional, pero haya incurrido en su tramitación en actuar negligente y este puede ser no solicitar la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la ley 17322, o bien no interpone los recursos legales pertinentes que franquea la ley, y en ambos casos se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador; el problema que se genera, es quien promueve el incidente ya que el trabajador no esta en conocimiento necesariamente de la existencia del juicio por que no es parte, por lo que estimamos que de esta situación se deriva que el Tribunal de oficio puede declarar la negligencia por parte de la institución previsional si toma conocimiento de que la institución previsional negligentemente no solicita la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la ley 17322, porque estimar que el Tribunal estime que existe actuar negligente por no interponer los recursos legales pertinentes que franquea la ley en contra de una resolución que el mismo dicto es irrisorio; o bien se puede dar en el caso que la institución previsional haya interpuesto cumplido el plazo de prescripción, el empleador deudor haya alegado la excepción de prescripción y el tribunal haya fallado acogiendo dicha excepción, en donde debe, a nuestro parecer, el tribunal actuar de oficio declarando la negligencia.

Si no existió requerimiento y no se ha iniciado juicio de cobranza, solo puede darse respecto del actuar negligente por no entablar la demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas; el problema se genera que no existe ni requerimiento ni juicio ejecutivo donde promover el incidente, ni tribunal que se encuentre conociendo para que actúe de oficio, no existe posibilidad alguna de ejercer dicho incidente, ni tribunal que declare la negligencia en el actuar de la institución previsional.

Puede darse el caso, que el Trabajador realice el requerimiento a la institución previsional a fin de que esta ejerza la acción, y esta responda al requerimiento que ya se ha iniciado el juicio de cobro, y en dicho caso el trabajador debe promover el incidente, la pregunta es ¿en que tribunal debe promover el incidente si no es el

mismo tribunal?, ¿en el que esta conociendo del requerimiento, o en el que se esta tramitando el juicio de cobranza?, a nuestro parecer debe promoverse en el tribunal en que se esta tramitando el juicio de cobranza previsional, pero debiendo poner en conocimiento el tribunal que esta conociendo del requerimiento al tribunal que conoce del cobro de una posible negligencia por parte de la institución previsional, para evitar mayores costos al trabajador afectado por la negligencia.

Después de haber tratado el sistema de cobranza de cotizaciones previsionales, y haber esbozado someramente situaciones que pueden derivar en la incobrabilidad de cotizaciones previsionales, corresponde tratar cada una de estas situaciones a fin de dilucidar cuales son los problemas que provocan este daño a los trabajadores y al sistema en general, lo que será tratado en el próximo capítulo de este trabajo.

CAPITULO III

3.- INCOBRABILIDAD DE COTIZACIONES PREVISIONALES Y SUS EFECTOS

3.1 Antecedentes

El tema de la deuda previsional no es un tema nuevo, en el antiguo sistema previsional (anterior al DL 3500) ya existía este problema es por ello que en agosto de 1970 se promulga y publica la ley 17322, sobre cobranza de cotizaciones previsionales. Con la entrada en vigencia del nuevo sistema previsional del DL 3500, y su principio de que las cotizaciones ingresan a un fondo individual perteneciente a cada trabajador, su existencia tomo una mayor importancia ya que el no pago de las cotizaciones afectaban directamente al trabajador, además “el sistema de Seguridad Social en Chile, se financia sobre la base de las cotizaciones efectivamente enteradas, motivo por el cual el cobro de las mismas reviste el carácter de esencial y su cumplimiento es de interés público. No obstante ello, numerosos estudios realizados han demostrado la morosidad en el pago de las cotizaciones de seguridad social, hecho que podría provocar el desfinanciamiento de este sistema y, en consecuencia, la falta de protección del trabajador y su grupo familiar.”⁴³, y a toda la sociedad puesto que, esto puede derivar en el potencial “aumento de los costos y la cobertura de las pensiones mínimas y asistenciales otorgadas por el Estado, el cual debe concurrir subsidiariamente a otorgar este tipo de prestaciones a quienes cumplen los requisitos legales exigidos para estos efectos, en la medida que no exista el financiamiento contributivo suficiente para la obtención de las pensiones de régimen”⁴⁴.

Esta importancia, y el alto monto al que llego la deuda previsional que alcanzo al año 2002 ascendía a la suma de MM\$ 441.774⁴⁵, y que a esa fecha se encontraba en franco aumento de un 15% anual, llevo a que se dictara la ley 20.023 que modifico la ley 17.322 a fin de modernizar y generar los mecanismos jurídicos necesarios tendientes a precaver los efectos económicos y sociales que se desencadenarían por el alto monto de cotizaciones previsionales adeudadas, ley

⁴³ Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica, con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.322, el código del trabajo y el D.L. N° 3.500, de 1980. Santiago, 22 de septiembre de 2003.p2.

⁴⁴ Ibidem. p3.

⁴⁵ Ibidem. p3.

que actualmente rige esta materia y que es uno de los principales textos de estudio en este trabajo.

La reforma de la ley 20.023, fue un gran aporte para evitar la deuda previsional, pero como todo sistema es perfeccionable, y atendida la actual legislación, realizaremos un análisis de las situaciones que podrían provocar aún la incobrabilidad de cotizaciones previsionales.

3.2 Definición de incobrabilidad de cotizaciones previsionales.

Atendido lo tratado anteriormente en este trabajo, trataremos de definir la incobrabilidad de cotizaciones previsionales, y intentaremos dar someramente cuales son los elementos que la componen.

Por lo anterior la incobrabilidad de cotizaciones previsionales es la situación producida por el no ingreso de los montos retenidos o que debieron ser retenidos de las remuneraciones de los trabajadores por el empleador, e ingresados en las cuentas de cotizaciones previsionales de los trabajadores y por distintos motivos no han sido enterados y no existe posibilidad de que lo sean, por no existir medio coactivo para hacerlo.

De esta definición podemos señalar que los elementos constitutivos de la incobrabilidad de cotizaciones previsionales, son:

- la existencia de cotizaciones previsionales, cuyos montos fueron retenidos o debieron ser retenidos de las remuneraciones de los trabajadores por el empleador.

- que estos montos no hayan sido ingresados al fondo de pensiones del trabajador.

- que los montos enterados no posean posibilidad alguna de ser reclamos para ser ingresados al fondo de pensiones del trabajador.

Cabe señalar que el termino incobrabilidad no es ajena a la ley 17.322, mas aún se encuentra expresamente consagrado en el artículo 35 de ese cuerpo legal y señala:

Art. 35. Las instituciones de seguridad social fiscalizadas por la Superintendencia de Seguridad Social podrán declarar incobrables las cotizaciones, aportes u otras obligaciones morosas, lo que requerirá de informe previo favorable de dicha

Superintendencia y, además, de autorización del Ministerio de Hacienda tratándose de instituciones regidas por el Decreto Ley N.º 1.263, de 1975. **(Ley 17.322)**

De este artículo se desprende que las instituciones de seguridad social, poseen la facultad de declarar incobrables cotizaciones adeudadas a los trabajadores, y por lo tanto, estas nunca ingresarán a ser parte del fondo de seguridad social de que se trate.

La Superintendencia de Seguridad Social en su circular N° 946 de fecha 30 de diciembre de 1985, imparte instrucciones relativas a la confección de los estados financieros de 1985 y su presentación a esa superintendencia, teniendo como fuente legal el artículo 35 de la ley 17322, señala en dicha circular las siguientes instrucciones a fin de que las instituciones correspondientes castiguen las deudas incobrables:

1. La facultad otorgada por el artículo 35 de la ley 17322, no ha distinguido respecto de las imposiciones, aportes u otras obligaciones morosas que puedan ser declaradas como incobrables y, por lo tanto todas las partidas que se perciban por las instituciones de previsión bajo estos rubros, o se cobren por su intermedio, esto es, a favor de su propio patrimonio, de los fondos comunes de terceros o de los fondos previsionales de los imponentes, pueden incluirse en tal declaración.
2. Las imposiciones, aportes y demás obligaciones calificadas como morosas y cuya incobrabilidad se pretende declarar, deben corresponder a deudas de una antigüedad mínima de 2 años, que hayan sido oportunamente contabilizadas y la entidad previsional haya agotado todos los requerimientos formales de cobranza, entendiéndose por tales todas aquellas acciones extrajudiciales y judiciales procedentes para obtener la recuperación de las sumas adeudadas.
3. Respecto al informe favorable necesario para declarar la incobrabilidad de las deudas y emitido por la Superintendencia de Seguridad Social, las entidades previsionales deben presentar en el

requerimiento respectivo todos los antecedentes legales, administrativos y contables que fundamenten la eventual declaración de incobrabilidad y su posterior castigo contable. Dentro de estos antecedentes, existe uno de carácter obligatorio, que corresponde a un informe de la Fiscalía de la entidad previsional, sobre las acciones prejudiciales y judiciales realizada, gestiones y diligencias efectuadas en torno a embargos y garantías recibidas, resoluciones del tribunal, etc.⁴⁶

De lo señalado en la circular N° 946 de la Superintendencia de Seguridad Social, se desprende que la incobrabilidad mencionada en el artículo 35 de la ley 17322, corresponde a una declaración con efectos contables, mas aún cuando en la misma circular se señala “Complementariamente, mientras no se cumpla el plazo de prescripción de estos créditos, cinco años, o el plazo especial que la ley haya fijado al efecto, la entidad deberá considerar el posible resurgimiento económico de estos empleadores morosos en orden de replantear la cobranza extrajudicial y judicial; en especial si se tiene presente que la declaración de incobrabilidad en ningún caso implica la extinción de la obligación de pagar que tiene el empleador y que el requerimiento judicial produce la interrupción de la prescripción”⁴⁷, por lo cual, debemos entender que no corresponde estrictamente a la incobrabilidad como es tratada en este trabajo, aunque claramente derivan del mismo hecho que es que agotado todas las gestiones prejudiciales y judiciales de cobranza, la deuda no ha sido pagada, y que se trata de montos que se cobran por su intermedio, a favor de su propio patrimonio, de los fondos comunes de terceros o de los fondos previsionales de los afiliados.

Cabe agregar, que la norma del artículo 35 de la ley 17322, se refiere exclusivamente a las instituciones de seguridad social fiscalizadas por la Superintendencia de Seguridad Social, y por lo tanto los administrados de fondos de pensiones, no cuentan con esta obligación de solicitar a su ente fiscalizador (actualmente la superintendencia de pensiones, ex superintendencia de AFP) un

⁴⁶ SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL, Circular N° 946 “Imparte instrucciones relativas a la confección de los estados financieros de 1985 y su presentación a esta superintendencia”, Santiago. 30 de diciembre de 1985.

⁴⁷ Ibidem.

informe favorable a fin de declarar incobrables cotizaciones morosas, las cuales contablemente deben en algún momento declarar como tales para fines exclusivamente contables, por lo que la norma debería ser extensiva a esas instituciones, lo que sería altamente útil a fin de conocer estadísticamente el alcance real de la incobrabilidad del sistema.

En este trabajo, hemos señalado someramente las distintas situaciones por las cuales una cotización previsional puede llegar a ser incobrable, a continuación analizaremos las que hemos considerado las más importantes.

3.3 motivos de incobrabilidad de cotizaciones previsionales.

Los motivos más importantes, a nuestro parecer, de la incobrabilidad de Cotizaciones previsionales son: falta de notificación, emplazamiento y requerimiento de pago; la desvinculación de la acción penal del Art. 467 del Código Penal con el cobro de las cotizaciones; la prescripción; y la quiebra. Analizaremos cada una de ellas en particular.

3.3.1 Falta de notificación, emplazamiento y requerimiento de pago.

Como ya se señaló en este trabajo, al tratar el procedimiento, el acto procesal de la notificación es de suma importancia para la continuación del juicio y su resultado, sin notificación no se interrumpe la prescripción, sin notificación no se pueden aplicar los apercibimientos establecidos en la ley al empleador que adeuda cotizaciones previsionales; sin perjuicio que nacen una serie de interrogantes por ejemplo respecto a la obligación y responsabilidad de la institución para ubicar al deudor no habido, entre otras interrogantes que serán tratadas.

La notificación en su sentido natural y obvio significa “acción y efecto de notificar”. En su sentido etimológico, proviene del Latín “Notificare”, derivado a su vez de “Notus”, que significa conociendo, y de “facere”, que quiere decir hacer. Por lo tanto en sentido etimológico notificar (“notus facere”) significa hacer conocido o

poner en conocimiento⁴⁸, así también es mencionado por el profesor Mario Casarino, quien además define la notificación como “el acto por el cual el Tribunal pone en conocimiento de una persona, sea o no parte en el proceso, una resolución o una diligencia, con el objeto de dársela a conocer simplemente, de hacerlo comparecer en resguardo de sus intereses, o de hacerla comparecer a testificar, a confesar o a informar pericialmente, o incluso, a fin de que ejecute o deje de ejecutar algo, bajo apercibimiento legal. En términos más restringidos, notificación es la actuación que tiene por objeto poner en conocimiento de las partes o de terceros una resolución judicial”⁴⁹.

El emplazamiento es “la notificación que se hace a la parte para que dentro de un determinado plazo haga valer sus derechos, en especial para que conteste la demanda o comparezca a proseguir un determinado recurso”⁵⁰.

El requerimiento es “una especie de notificación, pero por medio de él se amonesta a una parte para que en el acto haga o no haga alguna cosa, o cumpla o no cumpla con alguna prestación”⁵¹, por lo cual el requerimiento de pago es una especie de notificación, pero por medio de él se amonesta a una parte para que cumpla la prestación adeudada, es decir pague.

Es necesario señalar que el artículo 6 de la ley 17332 establece que “La forma de notificaciones se regirán por las normas establecidas en el libro I del Código de Procedimiento Civil, y en dicho texto se señala que las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificaciones hechas con arreglo a la ley, salvo casos expresamente exceptuados por ella, según lo establece el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, asimismo el artículo 40 del mismo cuerpo legal señala “En toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacerseles personalmente, entregándoseles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, cuando sea escrita. Esta notificación se hará al actor en la forma establecida en el artículo 50”, y atendido que el artículo 4 de la ley 17322, señala “Presentada la

⁴⁸ RUBIO ESTAY, Rene, El emplazamiento, base del proceso jurisprudencial (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1978, p. 5.

⁴⁹ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit. p.212

⁵⁰ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit. p.212

⁵¹ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit. p.212

demanda por la institución de previsión o de seguridad social, el tribunal ordenará dentro del plazo de 15 días notificar el requerimiento de pago y mandamiento de ejecución y embargo al empleador”, y esta por ser la primera notificación a la parte ejecutada esta debe realizarse en forma personal, y ya sea personal propiamente tal, o bien personal subsidiario en conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, la que se realiza previa información sumaria.

La notificación personal, es “la entrega a la persona a quien se trata de notificar, copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, cuando sea escrita”⁵², si buscada en dos días distintos en su habitación o en el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo, no es habida la persona a quien debe notificarse, se procede a la notificación personal subsidiaria, que consiste que habiendo certificado el ministro de fe que busco en dos días distintos en su habitación o en el lugar donde habitualmente ejerce su industria, profesión o empleo, al demandado y no fue habido, pero informa sumariamente que por información que ha recabado de testigos singulares, que corresponde al domicilio del demandado, y solicitado al tribunal y ordenado por este, el ministro de fe que realiza la notificación entregue las copias a que se refiere el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, en la morada del demandado a cualquier persona adulta que en ella se encuentre, o fijará en la puerta un aviso que de noticia de la demanda, con las especificaciones señaladas en el artículo 44 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil.

Atendido que la ley 17322, regula un procedimiento ejecutivo especial, es que junto con la notificación se realiza el requerimiento de pago al deudor, el cual puede realizarse personalmente, debiendo realizarse de alguna de las formas descritas, o por cedula, según lo establece el artículo 6 de la ley 17322, notificación por cedula es, “la entrega de una cédula en el domicilio del notificado, la cual contiene copia íntegra de la resolución que se trata de notificar y los datos necesarios para su acertada inteligencia”⁵³, requiriéndose por la tanto que se conozca el domicilio del requerido.

⁵² CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit. p.218

⁵³ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Ob. Cit. p.228

La dificultad se produce si al momento de concurrir el ministro de fe a notificar la demanda ejecutiva y requerir de pago al empleador, constata que actualmente ese no es su domicilio y no es conocido por los actuales moradores. Esta situación detendría necesariamente gran parte del procedimiento establecido en la ley 17322.

Uno de las consecuencias de la falta de notificación y requerimiento de pago, es que no puede solicitarse el arresto consagrado en el artículo 12 de la ley 17322, puesto que la norma señala, en sus inciso primero y segundo:

Art. 12. El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de 15 días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales.

El apremio será decretado, a petición de parte, por el mismo Tribunal que esté conociendo de la ejecución y con el solo mérito del certificado del secretario que acredite el vencimiento del término correspondiente y el hecho de no haberse efectuado la consignación.

Del texto de la norma se desprende que se requiere que el empleador requerido no haya pagado dentro del término de 15 días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o contado desde que le fue notificado el fallo adverso de la excepciones interpuestas, y las excepciones solo puede interponerlas una vez que haya sido requerido de pago, por lo cual el requerimiento de pago es un requisito esencial para pedir este apremio.

Otra de las consecuencias, es que no siendo notificado, ni requerido de pago el demandado, no se interrumpe la prescripción, la como ya se menciona es de 5 años contado desde el termino de lo respectivos servicios, según lo establece el artículo 31 bis de la ley 17322, y el artículo 19 del DL 3500, tema que será tratado en concreto en el punto 3.3 de este capítulo.

Con el fin de ilustrar en la practica esta situación, se realizo una revisión al azar de causas de cobro de cotizaciones previsionales y de seguridad social, a través del sistema de consulta de causas del poder Judicial⁵⁴, tanto en juzgados de letras del trabajo, como de Juzgados de cobranza laboral, obteniendo el siguiente resultado:

En juzgados de letras del trabajo.

Caratulado AFP Próvida / Inv. Tegalda.

Tribunal 1º Juzgados de letras del trabajo de Santiago.

Rol 582-2005

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento ni gestión por parte del demandante.

Caratulado AFC / Humay.

Tribunal 2º Juzgados de letras del trabajo de Santiago.

Rol 6147-2004

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento el demandante solicito el archivo.

Caratulado AFP Summa / Humay.

Tribunal 1º Juzgados de letras del trabajo de Santiago.

Rol 5311-2004

Estado: existe notificación fallida del demandado, el demandante solicito ampliación, se dio nuevo requerimiento y mandamiento, no ha sido notificado.

Caratulado AFP Próvida / Humay.

Tribunal 8º Juzgados de letras del trabajo de Santiago.

Rol 4103-2004

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento el demandante solicito el archivo.

En Juzgados de cobranza laboral

⁵⁴ www.poderjudicial.cl

Caratulado AFP Santa Maria / Umbrales.

Tribunal Juzgados de cobranza laboral de Santiago.

Rit A-8-2006

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento.

Caratulado AFP Planvital / Concretos Ready Mix S.A.

Tribunal Juzgados de cobranza laboral de Santiago.

Rit A-88-2006

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento.

Caratulado AFP Santa Maria / Vidabal Ltda.

Tribunal Juzgados de cobranza laboral de Santiago.

Rit A-1000-2006

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento.

Caratulado AFP Capital / Cia Maria Lilian.

Tribunal Juzgados de cobranza laboral de Santiago.

Rit A-1-2009

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento.

Caratulado AFP Planvital / Ivan Bravo S.A. Ing y Construcción.

Tribunal Juzgados de cobranza laboral de Santiago.

Rit A-262-2008

Estado: existe notificación fallida del demandado, no existe mayor movimiento.

En todas las causas nombradas se observa dos constante, esto es, la primera, que una vez que se ha tratado de notificar y requerir de pago al deudor, este no es habido en el domicilio presentado en la demanda, y la otra constante, es que la ejecutante no ha realizado gestiones posteriores a fin de ubicar al demandado a fin de lograr notificarlo y requerirlo de pago, esta situaciones, perjudican en última instancia al trabajador, el cual, una vez presentada la demanda

y dándose la situaciones descritas, una vez que se haya cumplido el plazo de prescripción sin que se logre notificar y requerir de pago, sus fondos previsionales se verán afectados

Las preguntas que nacen de esta situación es ¿cual es la obligación y responsabilidad de la institución previsional que realiza el cobro para ubicar al deudor no habido? Y ¿puede el trabajador intervenir en el proceso a fin de aportar antecedentes que permitan notificar y requerir de pago al deudor?

Respecto a la primera pregunta planteada, esto es, ¿cual es la obligación y responsabilidad de la institución previsional que realiza el cobro para ubicar al deudor no habido?, cabe mencionar el artículo 4 bis que, como ya se ha dicho, trata de la responsabilidad por negligencia de parte de la institución previsional que realiza el cobro, en dicho artículo se señala que existe negligencia “Cuando no interpone los recursos legales pertinentes que franquea la ley y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador.”, el problema se plantea con el termino “recurso”, que como se explico en su oportunidad, se refiere a “los medios que establece la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial”, y como hemos señalado, a nuestro parecer fue poco afortunada la utilización del termino recurso, por que limita de manera extrema la negligencia, por cuanto, solo se interpone contra resoluciones judiciales, que no es el caso en comento, por ello planteamos que la frase “recursos legales pertinentes” se refiere en la intención del legislador, a todo tipo de actuar que puede ejercer o solicitar al tribunal el ejecutante para lograr el cobro de las cotizaciones adeudadas, y no al uso legal y doctrinario de la palabra recurso, atendida su definición, es por ello que estimamos que fue desafortunado el uso de la frase “interpone recurso” por lo que mas amplio y exacto seria ocupar el termino “realiza gestiones”. Atendido este error legislativo, es que actualmente situaciones como la descrita es decir, el no realizar las gestiones necesarias para ubicar al demandado y requerirlo de pago por parte de la institución previsional, no constituyen negligencia.

Si uno revisa la tramitación de otros juicios ejecutivos, como asimismo en algunos de juicios declarativos, la situación de que en el primer intento de notificación del demandado es fallido por no ser ya su domicilio, no es extraña, pero tampoco es extraño que los demandantes y ejecutantes, según sea el caso, soliciten

al tribunal que se envíen oficios a distintas instituciones públicas y privadas a fin de que informen el domicilio del demandado registrado en ellas, es decir realizan gestiones a fin de lograr notificar la demandado, y en los casos de juicios ejecutivos requerirlo de pago. Y claramente las instituciones previsionales no están realizando estas gestiones, para lograr ubicar al demandado y ejecutado.

No hay que olvidar que la institución previsional, esta actuando por mandato legal a favor de los intereses de los afiliados, es decir terceros, por ello es que no cabe si no exigir el máximo diligencia en su actuar, mas aun cuando dicho encargo no es gratuito, puesto que recibe una comisión por administrar dichos fondos, y es el único que posee acción para realizar su cobro, todo esto, solo nos lleva a sostener, que se encuentra obligada a realizar todas las gestiones necesarias para el cobro, es decir, es una persona jurídica que por mandato legal administra bienes de terceros, recibe remuneración por ello, y posee exclusividad de la acción para exigir su cobro, y se configura, en derecho civil, lo presupuestos para que responda de culpa leve en el cumplimiento de su encargo, según lo preceptuado en el artículo 2129 del Código Civil, tema que no será profundizado en este trabajo, por dos razones, existe norma especial de responsabilidad por negligencia, consagrada en el artículo 4 bis de la ley 17322, y el análisis de la graduación de la culpa, excede el tema de este trabajo, pero es planteado a fin de que se evalúe el alcance de la responsabilidad de la institución que realiza el cobro.

Respecto a la segunda pregunta planteada, ¿puede el trabajador intervenir en el proceso a fin de aportar antecedentes que permitan notificar y requerir de pago al deudor?, cabe analizar la situación procesal del trabajador en el juicio de cobranza previsional.

El trabajador, ante el proceso de cobranza previsional, es un tercero, entendiéndose por tal a aquellas personas que no están directamente vinculadas al conflicto promovido ante el órgano jurisdiccional, que no es parte originaria, pero que interviene para proteger intereses que pueden verse afectados en dicho juicio; claramente, el trabajador posee la calidad de tercero coadyuvante en el juicio, atendido lo señalado en el artículo 23 del Código de procedimiento Civil, puesto que su pretensión es concordante con la pretensión de la parte demandante, y en consecuencia puede actuar con procurador común. Pero para ello, debe actuar en

juicio, esto se ve altamente limitado, por que si bien, lo que se esta cobrando son dineros suyos, el no tiene ninguna vía directa para tomar conocimiento de la existencia del juicio y menos de su estado procesal, técnicamente, el trabajador podría actuar en el juicio como tercero coadyuvante, pero para ello debe poseer conocimiento que en determinado juicio se esta realizando el cobro de sus cotizaciones, lo que se ve altamente dificultado con el hecho de que en un mismo juicio se realiza el cobro de las cotizaciones de varios trabajadores del mismo empleador, y todo esto sin tomar en cuenta los costos que le significaría al trabajador el actuar en juicio.

A estas dos interrogantes, plantaremos algunas observaciones respecto a posibles soluciones en el próximo capítulo de este trabajo.

3.3.2 El delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales y el ingreso de los dineros defraudados en los fondos previsionales de los trabajadores. (Artículos 19 del DL 3500, y 13 de la ley 17.322, en relación con el Art. 467 del Código Penal, y las normas del Código Procesal Penal)

Para el caso en que el empleador no sólo haya demorado el pago, sino cuando además se presume que dicho empleador ya no tiene intención de materializarlo, porque ha hecho apropiación para sí de los dineros proveniente de las cotizaciones; entonces la legislación hace aplicación de la ley penal para sancionarlo, tipificando un delito especial de apropiación indebida, que posee una notoria identidad con la tipificación que se hace de ese ilícito en el ámbito del derecho penal general.

En términos amplios, la apropiación indebida puede ser caracterizada como un delito contra el patrimonio o contra la propiedad según algunos autores, en virtud del cual una persona se apodera de bienes muebles ajenos, que se encontraban en su poder a título de mera tenencia, y que tenía la obligación de restituir en razón de una obligación civil que servía de antecedente a su detentación material, causando

con ello perjuicio a aquel que tenía derecho a exigirle que llevara a cabo la restitución.⁵⁵

La apropiación indebida de cotizaciones previsionales como un tipo penal especial, aparece con la dictación del DL 3500, con el nuevo régimen previsional, lo que es de toda lógica, porque hasta antes del nuevo régimen previsional, los dineros recabados de los aportes previsionales retenidos de los sueldos de los trabajadores iban a parar a un fondo común, caso en el cual no corresponde hablar de apropiación indebida, por cuanto faltan elementos importantes para configurar dicho ilícito, y que ya se encuentran recogidos en la figura general del artículo 470 del Código penal.

La norma en el DL 3500, se encuentra consagrado en el artículo 19 inciso 23, que señala “Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador.” Además existe una norma similar en el artículo 13 de la ley 17322, que señala “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de esta ley, se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador.”

Como se observa de ambas normas, no existe pena específica para el delito tipificado, salvo la remisión a las penas establecidas en el artículo 467 del Código Penal, referido a la estafa.

El sujeto activo de este delito es el empleador, directamente cuando es persona natural, y las personas mencionadas en el artículo 18 de la ley 17322, en caso de ser el empleador una persona jurídica, que son quienes responden penalmente por los actos de aquellas, según lo establecido en 58 del Código Procesal Penal; El sujeto pasivo del delito es el Trabajador a quien se le ha efectuado la respectiva retención, puesto que las cotizaciones previsionales son del

⁵⁵ OLATE, Felipe; FUENZALIDA, Andrés. *Apropiación Indebida de Cotizaciones Previsionales*. Memoria (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.

trabajador, a él la ley agrega a sus derechohabientes, es decir el cónyuge, los hijos y los padres del fallecido.⁵⁶

Un tema discutido, es el momento en que configura este delito, por un lado, podría validamente pensarse, que se configura al momento de que el empleador no paga las cotizaciones, respecto a esta posición, existen una serie de razones por la que estimamos que no es así:

1. La existencia de la norma que permite la declaración y no pago, el legislador con esta norma esta reconociendo que el empleador puede no enterar en la institución previsional los fondos en el momento de descontar de las remuneraciones, no realiza el pago pero declara dichas cotizaciones, facultado expresamente por la ley, lo que hace presumir un animo de restituir, no configurándose propiamente la apropiación de dichas cotizaciones previsionales.
2. Que siendo el trabajador, o cualquier persona por ser una acción pública, quien puede denunciar el delito, si estimáramos que el delito se configura solamente con el no pago, podría darse el absurdo que el trabajador se querelle por el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales e interponga la acción civil de restitución de lo apropiado indebidamente en el juicio penal, y la institución previsional inicie el cobro ejecutivo según el procedimiento establecido en la ley 17322, para el cobro de los mismos dineros, existiendo al mismo tiempo 2 procedimientos que poseen la misma finalidad, por un lado la acción ejecutiva iniciada en el tribunal de cobranza por la institución administradora, y por otro lado la acción civil incoada en el procedimiento penal, persiguiendo ambas el recupero de las cotizaciones previsionales que no han sido enteradas.
3. Que atendido, que mientras no se declare, por ejemplo, que la acción se encuentra prescrita, y siendo requerido de pago el empleador-deudor, este puede enterar las cotizaciones, ya que como se tratará posteriormente lo que prescribe es la acción y no la obligación, por lo que se requiere de una declaración de que dicho empleador ya no tiene intención de enterar las

⁵⁶ OLATE, Felipe; FUENZALIDA, Andrés. Ob. Cit.

cotizaciones, por ejemplo, que se declare la prescripción de la acción de cobro, por haber sido alegada por el propio empleador-deudor.

Para otros autores, como Albornoz⁵⁷, establecen que el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, se configura al momento de transcurrir el plazo de 180 días, contado desde que se realizó la declaración y no pago, que se establece para enterar las cotizaciones previsionales. No podemos estar de acuerdo con esa posición atendido los siguientes argumentos:

1. Que, podría darse la misma situación ya descrita anteriormente, atendido que el trabajador, o cualquier persona puede denunciar el delito por ser una acción pública, si estimáramos que el delito se configura solamente con el no pago dentro del plazo establecido por la ley para enterar las cotizaciones declaradas y no pagadas, podría darse el absurdo que el trabajador se querelle por el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales e interponga la acción civil de restitución de lo apropiado indebidamente en el juicio penal, y la institución previsional inicie el cobro ejecutivo según el procedimiento establecido en la ley 17322 , para el cobro de los mismos dineros, existiendo al mismo tiempo dos procedimientos que poseen la misma finalidad, por un lado la acción ejecutiva iniciada en el tribunal de cobranza por la institución administradora, y por otro lado la acción civil incoada en el procedimiento penal, persiguiendo ambas el recupero de las cotizaciones previsionales que no han sido enteradas.
2. Que, atendido que según lo establecido en los artículos 19 del DL3500 y 31 bis de la ley 17322, que establecen que “La prescripción que extingue las acciones para el cobro de las cotizaciones de seguridad social, multas, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios”, podrían darse situaciones en que el trabajador posee una acción penal en contra de su empleador, puesto que es dable pensar que desde que se declaro y no pago las cotizaciones previsionales y 180 días después, el afiliado siga siendo trabajador del empleador que estaría cometiendo el delito, lo que estaría

⁵⁷ ALBORNOZ ORTEGA, Judith, *Ob. Cit.* pp. 279-280

claramente atentando contra la convivencia laboral, tema que nuestra legislación trata de evitar.

3. Que, ante la declaración y no pago, y no cumpliendo el empleador dentro del plazo legal con enterar las cotizaciones, existe para el trabajador otra herramienta legal, para solicitar el ejercicio de las acciones de cobro, como es el establecido en el artículo 4 de la ley 17322, requiriendo a la institución previsional que realice el cobro, lo que es de toda lógica atendido que es posible que el trabajador aún sea trabajador del empleador demandado.
4. Que, solo sería aplicable al caso de cotizaciones declaradas y no pagadas excluyendo las cotizaciones retenidas y no declaradas por el empleador-deudor, por lo cual solo trataría parte de la forma de cometer el delito.

Por todas estas razones, es que estimamos que el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, se configura, solamente una vez que se ha demostrado en el juicio de cobranza de cotizaciones previsionales, que están no serán enteradas en los fondos previsionales de los trabajadores, por ejemplo, con la declaración de prescripción de la acción, o en el caso de que al momento de realizar el retiro de los bienes embargados el deudor que estaba en posición de depositario provisional, se constituye en depositario alzado, configurándose dos delitos, el de depositario alzado y el de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.

Esta posición se encuentra basada, en la convicción de que por ser la apropiación indebida de cotizaciones previsionales un tipo penal especial, perfectamente puede configurarse como delito en un momento distinto del momento que se configura la apropiación indebida tipificada en el Código Penal, y como señala Olate y Fuenzalida⁵⁸ “No obstante la notoria similitud existente entre ambas figuras penales, existen también entre ellas varias diferencias, las cuales, si bien no son los suficientemente relevantes como para concluir que se trata de ilícitos diametralmente distintos, sí le dan una identidad particular a la apropiación indebida de cotizaciones previsionales, que la hacen merecedora de un tratamiento dogmático diferente.”

⁵⁸ OLATE, Felipe; FUENZALIDA, Andrés. Ob. Cit. p.118

El tema del análisis en específico de este delito, no ahondaremos más por sobrepasar el tema principal que nos convoca, sin perjuicio de recomendar el trabajo citado, de Felipe OLATE y Andrés FUENZALIDA, “Apropiación Indevida de Cotizaciones Previsionales”, el que trata en profundidad la doctrina respecto a él, en cuanto a delito propiamente tal, sin perjuicio de no compartir en algunos puntos sus conclusiones.

La acción penal derivada del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, es una acción penal pública, por lo cual puede promoverla cualquier persona que tenga conocimiento del delito, en el caso en específico puede ser denunciada por la institución previsional, a fin que el ministerio público la ejerza de oficio, o bien puede el mismo trabajador o sus derechohabientes presentar una querrela. Atendido lo específico del delito, es que la administradora es la que se encuentra en mejor posición para conocer la existencia del delito y por lo tanto debe ser ella quien denuncie el ilícito.

La defensa reiterada de los empleadores, que han sido procesados o se les a formalizados, por el delito de apropiación de indebida del artículo 13 de la ley 17322 y 19 del DL 3500, en nuestros tribunales, es señalar que dichas normas son inconstitucionales, por cuanto, en ellas se estaría consagrando un caso de prisión por deudas, explícitamente contrario a las normas internacionales de derechos humanos, específicamente el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita y ratificada por nuestro país en 1990, el Artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículo 1º del Protocolo N° 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; que señalan:

- Artículo 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica⁵⁹: *«Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios».*

⁵⁹ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica), de noviembre de 1969

- Artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶⁰: «*Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil*»
- Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹: «*Nadie puede ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.*»
- Artículo 1º del Protocolo Nº 4 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶²: «*Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual.*»

Todas las normas citadas, poseen en común que su principio básico es evitar situaciones que permitieran que personas pudieran ser sometidas a privación de libertad por incumplimiento de obligaciones civiles por falta de recursos para hacerlo, lo que ciertamente no corresponde ante el tratamiento de las cotizaciones previsionales, puesto que como ya se ha señalado reiteradamente en este trabajo, los dineros que no ha enterado el empleador fueron retenidos de las remuneraciones de los trabajadores, y la función del empleador dentro del sistema es el de depositario de ellos, con la obligación de enterarlos ante la institución previsional que ha elegido el trabajador, y esta situación no corresponde al incumplimiento de una obligación civil propiamente tal, si no a un ilícito penal, por lo que se encuentra en perfecta armonía con los tratados internacionales mencionados. Así lo han interpretado nuestros tribunales superiores, que en forma reiterada, por ejemplo se ha señalado que:

1.- «no tiene por objeto obtener la satisfacción de una obligación civil, que es lo que proscribe el artículo 7 Nº 7 de la Convención Americana de Derecho Civiles, sino que persigue lograr el cumplimiento de la obligación que afecta al empleador, en su calidad de depositario, en cuanto a enterar a la administradora que

⁶⁰ DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948

⁶¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, de 16 de diciembre de 1966.

⁶² PROTOCOLO Nº 4 AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de septiembre de 1963.

corresponda, aquellos dineros que de sus remuneraciones ha descontado a los trabajadores.»⁶³ ; o,

2.- «lo impago no es consecuencia del incumplimiento de obligaciones de índole civil cual es la previsión del artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre sino que de la omisión de enterar dineros ajenos que nunca ingresaron al patrimonio del empleador y que continúan siendo de dominio de los trabajadores, hecho que, además y porque la omisión de enterar no es deuda tal apropiación ha dado lugar al tipo penal del artículo 19 inciso final del citado D.L. 3500»⁶⁴.

3.- «en la especie no tiene aplicación el pacto de San José de Costa Rica, ya que no estamos en presencia de una prisión por deuda, sino de la comisión de delitos, de modo que dándose los presupuestos anteriores, no pugna tal situación con el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Carta Magna».⁶⁵

De lo anterior se desprenden dos hechos incuestionables, el primero que de modo alguno estas normas transgreden el pacto de san José de Costa Rica, u otro tratado Internacional sobre derechos humanos suscrito por nuestro País, y el segundo que la apropiación indebida de cotizaciones previsionales es un delito, y por ser un delito la aplicación de la pena no tiene ninguna relación con forzar que se enteren las cotizaciones previsionales que no se enteraron cuando correspondía, si no, sancionar al infractor. A lo anterior cabe agregar que se discute la situación de la declaración y no pago, por cuanto para algunos habiendo reconocido los montos no enterados, el simple retardo no es suficiente para perfeccionar la figura típica de este ilícito.⁶⁶

Cabe mencionar lo dicho por la Horvitz y López Masle en cuanto a las diferencias entre la acción Penal y la acción Civil, estos autores señalan “La realización de un hecho punible no sólo da origen a responsabilidad penal, sino que

⁶³ CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de 21 de julio de 2004, recaída en la causa rol N° 35.338, considerando 4°. Ratificado por, CORTE SUPREMA, sentencia de 2 de agosto de 2004, recaída en la causa rol N° 3.216-2004

⁶⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 14 de junio de 2004, recaída en la causa rol N°15.169-2004.

⁶⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 17 de abril de 2007, recaída en la causa rol N° 3323-2007, confirmada por la CORTE SUPREMA con fecha 8 de octubre de 2007, causa rol N° 4613-2007.

⁶⁶ OLATE, Felipe; FUENZALIDA, Andrés. Ob. Cit.

también puede dar lugar a responsabilidad civil extracontractual, cuyas finalidades son distintas. En efecto, al autor de un delito se le impone una pena, cuyos fines son fundamentalmente preventivos, esto es, de carácter prospectivo y público, orientados a la colectividad y al infractor de la norma. Con la sanción del responsable civil del hecho punible se pretende, en cambio, compensar por el daño producido con su realización, es decir, tiene carácter retrospectivo y privado, y se orienta decididamente hacia la víctima o los perjudicados con el delito, a obtener su reparación civil.”⁶⁷

Atendido la disociación que existe entre el castigo penal y el que se enteren la cotizaciones, es menester tratar el tema de las acciones civiles que existen dentro del actual proceso penal a fin de obtener los montos defraudados con el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.

La acción civil en el procedimiento penal para perseguir la mera restitución de la cosa, debe interponerse ante el Juez de garantía en el Procedimiento Penal según lo establece el artículo 59 del código procesal penal, en cuyo caso; la oportunidad procesal para interponerla es hasta 15 días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio Oral, por escrito y dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, Si quien demanda es el querellante, debe deducirla conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación.⁶⁸

La acción civil para obtener la restitución de las cosas estafadas puede ser ejercida por el dueño, en este caso la víctima de delito, según el artículo 59 del Código Procesal Penal y se considera por tal “al ofendido por el delito” según el artículo 108 del mismo cuerpo legal, en el caso de la apropiación indebida de cotizaciones previsionales, el Trabajador.

Como ya se ha señalado en este trabajo, la institución de seguridad social, posee un mandato legal para representar al trabajador, en cuanto a la administración de las cotizaciones y su cobro cuanto estas no han sido enteradas, la pregunta que nace, es si ese mandato alcanza para ejercer la acción civil dentro

⁶⁷ HORVITZ Lennon, Maria Inés. LÓPEZ Masle, Julián. Derecho Procesal penal Chileno. Tomo II, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 2005.

⁶⁸ PERRAZO Gagliardo, Pierino. “La acción en el nuevo proceso penal” Revista de Derecho Procesal N° 20 Facultad de Derecho . Universidad de Chile. 2001.

del proceso penal incoado en contra del empleador que cometió el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales. A nuestro parecer, atendido que la institución previsional es la persona jurídica que se encuentra en mejor posición para conocer y denunciar el delito, y por lo tanto dicho mandato legal no solo es suficiente para ejercer la acción civil de restitución de lo apropiado indebidamente, si no que es mandato suficiente para ejercer incluso la querrela respectiva en contra del empleador que cometió el delito que tratamos. La justificación esencial de esta postura, por una parte es el espíritu de la legislación previsional, por cuanto, es la administradora la que representa por mandato legal al trabajador en la administración, en la recepción de los fondos y en el cobro de ellos, por ser ella la que se encuentra en mejor posición para ser más eficiente estas labores, por lo que es dable entender que siguiendo el mismo orden de cosas, es la institución previsional la que se encuentra en mejor condición para representarlo en sede Penal, en defensa de todos sus intereses, más aún cuando, en la practica, el entregar sólo al trabajador el ejercicio de estas acciones, seria poco practico dado los altos costos que incluyen, y que la mayoría de los trabajadores no podría ejercer. Y por otra parte, lo señalado en cuanto quien puede ejercer la acción civil, cuando el daño recae en una cosa “son titulares de la acción tanto el dueño como el poseedor, quienes podrán ejercer su acción en el proceso penal. También podrá hacerlo el mero tenedor que haya sido víctima del delito y en ausencia del dueño, pues en tal caso se entenderá que lo hace a nombre de éste y no a título personal (art. 2315 Código Civil). También tienen acción civil los que detenten otros derechos reales sobre la cosa, como el usufructuario, el habitador o el usuario, si el hecho irroga perjuicio a sus respectivos derechos. Finalmente, están legitimados para demandar perjuicios los herederos de todas estas personas.”⁶⁹, en el caso de las cotizaciones previsionales, la institución previsional cumple con mas de una de estos requisitos para poder demandar civilmente por lo defraudado, mas tratándose de la acción restitutoria, por cuanto, tiene por objeto la restitución de la cosa, y es posible que “la acción se ejerza por persona distinta de la víctima o se dirija contra una persona distinta del imputado”⁷⁰ y “tendrá legitimación activa para plantear su pretensión

⁶⁹ HORVITZ Lennon, Maria Inés. LÓPEZ Masle, Julián. Ob Cit. p 601.

⁷⁰ HORVITZ Lennon, Maria Inés. LÓPEZ Masle, Julián. Ob. Cit. p 609

restitutoria cualquiera que ostente un derecho real, la posesión o un título de mera tenencia sobre los efectos o instrumentos del delito, o bien sobre los objetos que constituyan medios de prueba en el proceso penal⁷¹. A ello, se suma que es posible que se trate de mas de un trabajador el involucrado a esas deudas previsionales, lo que hace mas difícil el ejercer dichas acciones.

Por todo lo señalado, no entender que la institución previsional representa a los trabajadores en todo tipo de acciones, correspondería a un gran problema practico. Siguiendo el mismo orden de cosas, en la causa 48157-205 del 17 Juzgado del Crimen de Santiago, y cuya sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 17 de abril de 2007, bajo el rol N° 3323-2007, confirmada por la CORTE SUPREMA con fecha 8 de octubre de 2007, bajo el rol N° 4613-2007, quien aparece como querellante es AFP Próvida, por el delito de apropiación indebida y depositario alzado, lo que confirma nuestra postura, en cuanto a que la institución previsional puede actuar como querellante.

Una vez explicado someramente la acción penal y la acción civil en el proceso penal, corresponde tratar los problemas que poseen en cuanto a la incobrabilidad de cotizaciones previsionales.

Como se señalo, para que se produzca la restitución de lo ilícitamente apropiado por el empleador, es necesario que se ejerza la acción civil correspondiente, por lo cual el primer problema es que no se ejerza dicha acción.

Un segundo problema es que el delito se configura, cuando el empleador no sólo haya demorado el pago, sino que cuando se presume que aquel ya no va a materializarlo, por que ha hecho apropiación para sí de los dineros provenientes de las cotizaciones, y en la practica, es posible que ya los haya ocupado en el pago de otras obligaciones, más aún cuando se configura el delito, en el momento que no fue posible por los medios civiles realizar el cobro de las cotizaciones no enteradas, y posiblemente no posea bienes para responder pecuniariamente por lo apropiado indebidamente, y lo único que quede es aplicar la sanción penal, sin tener posibilidad de recuperar lo defraudado, lo que puede tener un buen efecto disuasivo

⁷¹ HORVITZ Lennon, Maria Inés. LÓPEZ Masle, Julián. Ob. Cit., Citando a ROJAS/CONTRERAS, "Las acciones civiles en el Código Procesal Penal", Documento N° 21 de Fallos del Mes N° 491, enero 2002, p. 23.

y social, pero no en lo pecuniario en el caso en concreto que se esta incoando en sede penal, manteniéndose el perjuicio previsional derivado de la incobrabilidad, para ese u esos trabajadores.

No hay que desconocer, que el efecto disuasivo de la acción penal es amplio, y es posible que incoado un proceso penal en contra del empleador o quien lo represente si es una persona jurídica, este a fin de evitar la pena, llegue a un acuerdo Reparatorio, entendiendo por tal “un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal.”⁷², este acuerdo Reparatorio consistiría en el pago de los montos que no han sido enterados mas sus intereses y multas que correspondan, el problema se mantiene en el caso ya mencionado, en que el empleador no posee patrimonio suficiente para reparar el daño, el proceso penal continuará y la acción civil será letra muerta, lo que es altamente posible en el caso de pequeños y medianos empresarios, que en la practica son los que poseen la mayor cantidad de la deuda previsional.

3.3.3 La Prescripción

La prescripción se ha definido en el artículo 2492 del Código Civil, en dicha definición se definen conjuntamente la prescripción adquisitiva y la extintiva, señalando:

“**Art. 2492.** La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.”

Atendido el tema que nos convoca, la prescripción que nos trataremos es la prescripción extintiva, la que podemos definir como “modo de extinguir derechos y

⁷² HORVITZ Lennon, Maria Inés. LÓPEZ Masle, Julián. Ob. Cit. p 568.

acciones ajenos, por no haberlos ejercitado el acreedor o titular de ellos durante cierto lapso, concurriendo los demás requisitos legales”.⁷³

Cabe mencionar que la prescripción extintiva no extingue la obligación, si no que realmente extingue la obligación civil y por lo tanto la acción para exigir el cumplimiento, pero la obligación subsiste como obligación natural.

Respecto a la obligación extintiva, existen variadas posiciones respecto a la conveniencia de su existencia, por un lado se le critica por que se señala, que con ella se ampara un despojo y en muchos casos sirve para que deudores inescrupulosos eludan el pago de deudas, pero a favor de ella, se plantea dos poderosas razones, la primera de ella es que trae estabilidad a las relaciones jurídicas, y la segunda, por que es presumible que trascurrido un tiempo prudente sin que el acreedor no exige el cobro, es por que este ha sido pagado o la obligación se ha extinguido por alguno de los medios establecidos por la ley.

La Prescripción posee dos elementos esenciales, el primero es el transcurso del tiempo, y el segundo, la inactividad del acreedor o titular de la acción.

Además debe mencionarse que ella debe ser alegada en materia civil, por lo que no puede declararse de oficio por el Juez; lo que no sucede en materia penal, ya que debe ser declarada de oficio por el tribunal, aunque no se alegue (artículo 102 del Código Penal).

Atendido que en el tema que nos tratamos en este trabajo nos encontramos frente a las acciones civiles de cobro de cotizaciones previsionales que se tramitan según lo establecido en el DL 3500 y la ley 17322; y por la acción penal de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, es menester analizar la prescripción extintiva por separado en cada caso.

3.1.3.1 La acción civil y su prescripción.

La prescripción de la acción de cobro de cotizaciones previsionales esta regulada en el artículo 19 del DL3500 y en el artículo 31 bis de la ley 17322, señalando cada una de ellas:

⁷³ ABELIUK Manasevich, Rene. LAS OBLIGACIONES. Tomo II, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1993. p 995.

Artículo 19° inc. 21 La prescripción que extingue las acciones para el cobro de cotizaciones previsionales, multas, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios. **(DL3500)**

Artículo 31° BIS La prescripción que extingue las acciones para el cobro de las cotizaciones de seguridad social, multas, reajustes e intereses, será de cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios. **(Ley 17322)**

De ambas normas se desprende que la prescripción en temas previsionales, es de cinco años desde terminados los respectivos servicios.

Como se menciona al tratar el tema de la notificación de la acción de cobro de cotizaciones previsionales, la prescripción se interrumpe con la notificación y requerimiento de pago realizado al empleador-deudor, por lo cual mientras este no sea notificado de la demanda, el tiempo para la prescripción puede cumplirse, “o sea, la demanda debe notificarse al deudor, y la notificación ha de cumplir los requisitos establecidos por ley”⁷⁴, según las normas sobre prescripción establecidas en el Código Civil, de ahí la importancia del actuar responsable en el acto de notificación por parte de quien posee la acción de cobro, es decir la institución previsional, que debe aportar los datos necesarios y actuales para realizarla.

Como se señaló anteriormente, la prescripción en materia civil debe ser alegada, por lo cual solo una vez notificado y requerido de pago, el empleador-deudor puede alegarla, según lo señalado en el artículo 2493 del Código Civil, que establece:

Art. 2493. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio. **(Código Civil)**

La forma de alegarla, como se dijo al momento de tratar las excepciones establecidas en la ley 17322, es al momento de oponer las excepciones como en todo juicio ejecutivo, y según lo establecido en el artículo 5 numeral 5 de la ley

⁷⁴ ABELIUK Manasevich, Rene. Ob. Cit. p 1018.

17322, que hace alusión al artículo 464 numeral 17 del Código de Procedimiento Civil, que señalan:

ARTICULO 5° La oposición que formule el ejecutado en este procedimiento sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes:

5° Las de los números 1, 3, 9, 11, 17 y 18 del artículo 464° del Código de Procedimiento Civil. **(ley 17322).**

ARTICULO 464. (486). La oposición del ejecutado sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones siguientes:

17a. La prescripción de la deuda o sólo de la acción ejecutiva; **(Código de Procedimiento Civil)**

Asimismo se señalo al tratar de las excepciones contempladas en la ley 17322, que la prueba que corresponde al ejecutado, es probar la fecha de termino de los servicios a fin de constatar por el tribunal que han transcurrido mas de 5 años desde ellos a la fecha de ser requerido de pago por las cotizaciones de dicho trabajador.

Por ello es dable decir que el tribunal la declarara una vez alegada y constate que se ha cumplido con los requisitos de tiempo e inactividad por parte de la institución que realiza el cobro, y una vez declarada el tribunal puede aplicar la declaración de negligencia del artículo 4 bis de la ley 17322, pero solo en el caso de que se hubiera presentado fuera de plazo de prescripción la demanda de cobro de cotizaciones previsionales, y no si esta fue presentada antes de cumplirse el plazo de cinco años desde el término de los respectivos servicios, pero notificada posterior a ese plazo, caso en que no existe negligencia de la institución previsional.

Se discute en doctrina si la prescripción extintiva puede alegarse como acción, y esto no escapa al caso de las cotizaciones previsionales, hay quienes señalan que no tendría objeto aceptar que el deudor demande la prescripción, provocando un juicio en circunstancias que el acreedor no lo hace, siendo nuestra

jurisprudencia contradictoria al respecto, el profesor Abeliuk⁷⁵, señala que no ve inconveniente para que el deudor solicite que se le declare liberado de su obligación, no nos cabe mas que concordar con el profesor Abeliuk, en cuanto en materia de deuda de cotizaciones previsionales, puede tener gran importancia el poder ejercer la prescripción como acción, atendido lo señalado en el artículo 19 inciso 24 del DL 3500 y artículo 22 e) inciso 1 de ley 17322, que señalan:

Artículo 19º inc. 24 Los empleadores que no pagaren las cotizaciones establecidas en este Título, no podrán percibir recursos provenientes de instituciones públicas o privadas, financiados con cargo a recursos fiscales de fomento productivo, sin acreditar previamente ante las instituciones que administren los instrumentos referidos, estar al día en el pago de dichas cotizaciones. Sin embargo, podrán solicitar su acceso a tales recursos, los que sólo se cursarán acreditado que sea el pago respectivo. **(DL3500)**

Artículo 22 e). Los empleadores que no pagaren las cotizaciones de seguridad social, no podrán percibir recursos provenientes de instituciones públicas o privadas, financiados con cargo a recursos fiscales de fomento productivo, sin acreditar previamente ante las instituciones que administren los instrumentos referidos, estar al día en el pago de dichas cotizaciones. Sin embargo, podrán solicitar su acceso a tales recursos, los que sólo se cursarán acreditado que sea el pago respectivo. **(ley 17322).**

En ambos artículos se señala que solo se podrá acceder a dichos recursos una vez acreditado el pago respectivo, lo que en la practica lleva a que la declaración de prescripción no sirva para acceder a estos recursos, lo que atenta claramente contra la seguridad jurídica, y las demás razones que existe en la legislación la prescripción extintiva, es el caso mencionado claramente y jurídicamente no podrían cobrarse dichos dineros, pero dicho empleador se ve sancionado de por vida a no recibir recursos fiscales, incluso si la institución previsional nunca demanda el cobro, las normas serian mas acorde con la institución de la prescripción si señalara “acreditado que sea el termino de la obligación”, con lo cual la declaración judicial de la prescripción sería un documento

⁷⁵ ABELIUK Manasevich, Rene. Ob. Cit. p 1000.

valido para ello. Por que con la redacción actual de la norma no es discutible su importancia para evitar la incobrabilidad, pero si es cuestionable respecto a la legalidad de los artículos 19 inciso 24 del DL 3500 y 22 e) inciso 1 de ley 17322, por cuanto, sancionan excesivamente al empleador-deudor, atentando contra las bases de la institución jurídica de la prescripción y la seguridad jurídica como principio general del derecho.

De todo lo señalado, se ve claramente que la prescripción es uno de los problemas de incobrabilidad, puesto que si en cinco años desde el término de los respectivos servicios, no se demanda o habiéndose demandado no se notifica antes de que se cumpla el plazo de prescripción, el empleador-deudor nunca enterará los fondos en las cuentas previsionales de los trabajadores.

Se suma a ello, como se explico anteriormente, si no existió requerimiento para que se demande el cobro de las cotizaciones y no se ha iniciado juicio de cobranza, solo puede darse la declaración de negligencia de la institución previsional respecto de su actuar negligente por no entablar la demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas, pero se genera un problema en los casos en que no existe ni requerimiento ni juicio ejecutivo donde promover el incidente que declare dicha negligencia, ni tribunal que se encuentre conociendo para que actúe de oficio, no existiendo posibilidad alguna de ejercer dicho incidente, ni tribunal que declare la negligencia en el actuar de la institución previsional, para que responda por dichos fondos.

3.1.3.2 La acción penal y su prescripción.

Como se señalo anteriormente, los artículos los artículos 19 inciso 23, y 13 de la ley 17322, establecen el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, asimismo se mencionó que la acción penal es un acción publica, sin perjuicio a que a nuestro parecer puede actuar como querellante el trabajador o la administradora representándolo por las razones ya esgrimidas, asimismo se dijo que, el momento en que se configura el delito es cuando ya no es posible realizar el cobro por la vía ejecutiva civil, pero un punto que no se ha dilucidado, es el plazo de

prescripción de la acción penal derivada del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.

Al respecto de esta interrogante, no existe norma específica, por lo cual podría ser dable pensar que se aplica, la norma establecidas en los artículos 19 del DL3500 y 31 bis de la ley 17322, pero existen razones para desechar esta postura, podría mencionarse:

1. Los artículos 19 del DL3500 y 31 bis de la ley 17322, señalan claramente que “la prescripción que extingue las acciones para el cobro de cotizaciones previsionales, multas, reajustes e intereses”, por lo cual, es específica para el cobro, caso que no se da en este caso, que como se menciona, no es una técnicamente una acción de cobro, aunque en la practica sea una forma de presión para que se enteren las cotizaciones previsionales adeudadas.
2. Los artículos 19 del DL3500 y 31 bis de la ley 17322, señalan claramente que “se contará desde el término de los respectivos servicios”, que siguiendo con la posición ya señalada, que el delito se configura una vez que se ha demostrado en el juicio de cobranza de cotizaciones previsionales, que los fondos no serán enterados en los fondos previsionales de los trabajadores, por todas las razones ya esgrimidas, entender que el plazo de la prescripción de la acción penal al momento en que se produce el termino de los servicios, podría dar pie al absurdo que declarada la prescripción en el juicio de cobranza de cotizaciones, se configurará el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales pero este se encontrara ya preescrito, por prescribir en conjunto con la acción civil de cobranza.
3. Es del todo ilógico, que comience a correr el plazo de prescripción de un delito que aún no se ha configurado, así, el artículo 95 de Código penal, señala “El termino de prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”, y no existiendo norma especial, debe aplicarse las normas penales generales.

Por estas razones, es que desechamos absolutamente, que la prescripción de la acción del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, sea la establecida en los artículos 19 del DL3500 y 31 bis de la ley 17322, debiendo

aplicarse las reglas generales relativas a la prescripción establecidas en los artículos 93 y siguientes del Código Penal.

Atendido lo anterior, solo nos queda establecer que este delito especial configurado en el DL 3500 y la ley 17322, se rige por las reglas generales en cuanto a la prescripción de su acción, por ello es dable aplicar el artículo 94 del Código Penal, que señala:

“Art. 94. La acción penal prescribe:

Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años.

Respecto de los demás crímenes, en diez años.

Respecto de los simples delitos, en cinco años.

Respecto de la faltas, en seis meses.

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápite de este artículo; si no se impusieron penas privativas de libertad, se estará a la mayor.

Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados.” **(Código Penal)**

Por ello, es que siendo la apropiación indebida de cotizaciones previsionales un simple delito, el tiempo de prescripción de la acción penal derivada de este delito es de 5 años, contados desde que se ha demostrado en el juicio de cobranza de cotizaciones previsionales, que están no serán enteradas en los fondos previsionales de los trabajadores, siguiendo nuestra postura ante este tema.

El problema no se genera manteniendo la posición ya señalada, los problemas mencionados anteriormente en este trabajo se produce, si se estima que el momento en que se configura el delito es al momento de transcurrir el plazo de 180 días, contado desde que se realizó la declaración y no pago, que se establece para enterar las cotizaciones previsionales, o al momento de no declarar cotizaciones retenidas a los trabajadores (realmente o presuntas según lo

establecido en el artículo 3 inciso 2 de la ley 17322), siguiendo las reglas generales de la apropiación indebida tipificada en el Código Penal, que parece ser la postura mayoritaria.

No hay que olvidar cual es la finalidad que se busca con la norma que tipifica este delito, como señalan Olate y Fuenzalida⁷⁶, “La razón que llevó al legislador a introducir normas como estas, fue otorgar una herramienta que permitiera asegurar el derecho de los trabajadores a ver enteradas en sus respectivas cuentas previsionales, los dineros que efectivamente son retenidos por el empleador, pero que muchas veces luego no son depositados en la institución correspondiente, lo cual le crea graves perjuicios a estos”, y para ello el tipificar como el tipo penal especial de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, que posee varias diferencias con el tipo penal general de la apropiación indebida, diferencia que si bien no son los suficientemente relevantes como para concluir que se trata de ilícitos diametralmente distintos, sí le dan una identidad particular al delito de la apropiación indebida de cotizaciones previsionales, que la hacen merecedora de un tratamiento dogmático diferente, como por ejemplo el momento en que se configura el delito, dándole una continuidad al proceso temporal que lleva al fin buscado por el legislador.

Lo anterior se explica con el siguiente ejemplo: si un empleador no paga las cotizaciones previsionales, el trabajador inicia el requerimiento ante el tribunal competente a fin de que la institución previsional ejerza la acción de cobro, dicha institución la ejerce, por distintas razones que no configuran negligencia de la institución previsional, no es posible notificarlo para cobrar las cotizaciones adeudadas, y se cumple el plazo de prescripción, notifican al empleador y este alega la excepción de prescripción, y es fallada a favor del deudor, no pudiendo ser cobrada las cotizaciones, causando perjuicio en los fondos previsionales del trabajador (perjuicio que es uno de los elementos de la tipificación del delito), si en ese momento se configura el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, será posible que la administradora o el trabajador inicien el proceso penal, donde posiblemente a fin de evitar sanciones penales, sea posible llegar a un acuerdo reparatorio, aumentando las posibilidades de llegar al fin buscado por el

⁷⁶ OLATE, Felipe; FUENZALIDA, Andrés. Ob. Cit.

legislador, sin que existan procesos civiles y penales (que posean acciones civiles aparejadas) en paralelo, sin perjuicio de hacer efectiva las sanciones penales, por el ilícito cometido.

Lamentablemente la doctrina y los tribunales, por no diferenciar este tipo especial de lo que configura el tipo penal general, distorsionan la finalidad buscada por el legislador, por lo cual se hace necesario que el legislador dicte una norma específica a este respecto a fin de darle armonía a todas las normas de cobro y sancionatorias relacionadas con las cotizaciones previsionales, y utilizando la sanción penal como último elemento coactivo en contra del empleador-deudor, y en el momento en que realmente se produce el perjuicio al trabajador.

3.3.3 La Quiebra del Empleador.

Frente a la quiebra del empleador, dentro de los perjudicados se encuentran los trabajadores, y el tema de la deuda previsional es un elemento importante dentro de ella, tanto en la quiebra propiamente tal, como en el actuar inmediatamente anterior a la cesación de pago que llevo a la quiebra.

El empleador posee la institución de la declaración y no pago, que como se mencionó anteriormente, cuando se creó el sistema se trató de precaver que una situación económicamente adversa que afecte al empleador afecte las cotizaciones previsionales, para ello se contempla un beneficio llamado “declaración y No pago”, que como señala su nombre consiste en que el empleador puede declarar las cotizaciones y no pagarlas en ese momento si no que diferir el pago para el futuro, se justifica la existencia de esta posibilidad de declarar y no pagar lo retenido a los trabajadores, señalando que esta institución evita trabas a la economía de mercado que pudieran generar que las pequeñas y medianas empresas posean una obligación extremadamente estricta (como lo es el cumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales) sin poseer un tiempo racional para que las empresas cuenten con un mayor tiempo de generar recursos y con esos recursos cumplir las obligaciones previsionales y con ello evitar que una falta de liquidez momentánea, lo afecte en demasía.

El problema se genera cuando, ante una situación económicamente desfavorable para el empleador, la institución de “declaración y no pago”, se convierte en una forma fácil de obtener recursos rápidos al postergar el pago de cotizaciones previsionales a fin de cumplir con otras obligaciones que se encuentran en fecha de pago, es decir, ante la elección de pagar otras obligaciones del empleador y diferir “legalmente” el pago de cotizaciones previsionales de los trabajadores, es claro que el empleador elige pagar las otras obligaciones, aunque no posea claridad si dentro del plazo de 180 días entregado por la ley para pagar las cotizaciones declaradas, contará con recursos para hacerlo, ya que posee la humana esperanza de contar con ellos, por esta situación, que en la práctica ante la quiebra del empleador, no es extraño encontrar deudas previsionales.

La difícil situación económica, que llevo a la situación ante descrita, de abusar de la declaración y no pago, si no logra superarse, llevará a la empresa a declararse en cesación de pago de sus obligaciones y posiblemente a la quiebra, manteniéndose la deuda previsional entre las obligaciones que no se pudieron cumplir.

Se ha definido la quiebra como “un estado excepcional en el orden jurídico de una persona producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de sus obligaciones declaradas judicialmente”⁷⁷

De esta definición podemos extraer que la quiebra debe ser declarada judicialmente, si se dan los presupuestos establecidos en la ley.

Una vez declarada la quiebra de la empresa, por el tribunal competente, la administración de ella pasa a un sindico privado, que es un profesional que por mandato judicial representa la empresa, y debe velar tanto por los derechos del fallido como de los intereses de los acreedores.

El Sindico debe tomar la decisión de paralizar (total o parcialmente) la actividad de la empresa o continuar con su giro provisionalmente. Así lo establece el artículo 99 de la ley de Quiebras, que señala:

⁷⁷ PUELMA Accorsi, Alvaro. Curso de Derecho de Quiebras, Editorial Jurídica de Chile. 1971, N°6, p.18.

“Art. 99. El síndico podrá, hasta la primera junta de acreedores y según lo estime conveniente a los intereses de la masa, cerrar bajo sello y paralizar la actividad del todo o parte de los locales, oficinas y establecimientos del fallido, o bien, continuar su giro provisionalmente, en forma total o parcial.

En la continuación provisional del giro del fallido, el síndico sólo podrá ejecutar aquellos actos que tiendan a facilitar la realización de los bienes y preparar una liquidación progresiva. No obstante y si hubiere causas graves que lo justifiquen, podrá el síndico, con autorización del tribunal, iniciar de inmediato la continuación efectiva del giro.”

De este mismo artículo se desprende que el síndico debe además realizar los bienes de la empresa, ya sea como unidad económica o como bienes individuales, para preparar la liquidación, en las mejores condiciones del activo de la empresa en quiebra, para poder cubrir los créditos adeudados, el cual no solo tiene un fin privatista, por cuanto satisface los créditos de particulares, si no que también de orden público económico, pues busca evitar que se detenga en manos inhábiles la producción o circulación de la riqueza.⁷⁸

Un análisis más profundo de la quiebra, no será realizado en el presente trabajo por exceder de los límites de este, sin perjuicio de recomendar los textos citados.

Como es de esperarse, acaecida la quiebra, y tomando en cuenta que uno de sus presupuestos es por la falta o imposibilidad del cumplimiento igualitario de sus obligaciones, en la mayoría de los casos los créditos no serán cumplidos íntegramente.

La regla general en cuanto al pago de los créditos adeudados, es que todos los acreedores se pagan en proporción al monto de sus créditos, salvo que exista preferencia legal, según lo señalan los artículos 2469, 2470 ambos del Código Civil y 147 de la ley de Quiebras, que señalan:

⁷⁸ PUGA Vial, Juan Esteban. Derecho Concursal El juicio de Quiebras, Tomo II. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1999, p.570-572.

Art. 2469. Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue. **(Código Civil)**

Art. 2470. Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera. **(Código Civil)**

Art. 147. Los acreedores serán pagados en la forma y orden de preferencia establecidos en las leyes. **(ley 18.175 ley de quiebras)**

En consecuencia primero se pagaran, los créditos de primera clase, o créditos privilegiados, enunciados en el artículo 2472 del Código Civil, luego los de segunda y tercera clase, pero solo hasta la concurrencia del producto de sus respectivas garantías, pues por el saldo son valistas, posteriormente se pagan los de cuarta clase, y por último se pagan los créditos valistas.

Atendido el tema que nos convoca, el artículo que nos convoca es el artículo 2472 del Código Civil, el cual nos señala los créditos que gozan del privilegio de primera clase, estableciendo en su numeral 6, privilegio a las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley N.º 3.500, de 1980. Dentro de los créditos que poseen preferencia dentro de la primera clase, que son los numerados en el artículo 2472 del Código Civil, se prefieren unos a otros según se enumeración, y dentro de ellos, se concurre a prorrata. Este artículo señala:

“**Art. 2472.** La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores;
2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;
3. Los gastos de enfermedad del deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;
4. Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados;
5. Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares;
6. Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley N.º 3.500, de 1980;
7. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses;
8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas;
9. Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.” **(Código Civil)**

Como se señala en dicho artículo, las cotizaciones de seguridad social, se encuentran en el numeral 6 dentro de la primera clase, por lo cual, atendido que dentro de esta clase se prefieren los primeros números a los siguientes, existen 5 tipos de créditos que se pagaran con anticipación a las cotizaciones de seguridad social, existiendo en este hecho un germen de incobrabilidad de cotizaciones previsionales, atendido que es posible que los dineros obtenidos de la realización de

los bienes del fallido, no sean suficientes para cubrir todos los créditos de primera clase, quedando incobrables las cotizaciones de seguridad social.

Esta situación, en la realidad no es tan extraña, atendida la actual organización de las empresas, es común que muchos de los recursos materiales que ocupan no les pertenecen, si no que son arrendados(bajo la forma jurídica de arriendo propiamente tal o el contrato moderno denominado Leasing), o bien funciones que requieren de bienes (por ejemplo transporte o almacenaje) son realizadas por empresas externas con bienes que no pertenecen a la empresa en quiebra si no por la empresa que le presta servicios, y la cual muchas veces en el caso de quiebra es otro acreedor, por lo cual todos estos bienes por ser de terceros no ingresan al concurso de bienes.

Es en este escenario, muy común en las estructuras modernas de las empresas, que toma gran importancia lo señalado con anterioridad en este trabajo, respecto a las estructuras societarias que hacen difusos los limites de los patrimonios como es el caso de los llamados Holding o grupos de empresas, donde la empresa empleadora sea distinta de la empresa que es dueña de los bienes, siendo esta última una sociedad de inversiones de los mismos dueños de la sociedad empleadora y que funciona en el mismo domicilio de esta, por lo cual cuando se realizan los bienes de la sociedad que se encuentra en quiebra y que es empleador-deudor de cotizaciones previsionales, no se encuentran bienes suficientes para realizar y cubrir todos los créditos, dándose la situación de incobrabilidad de cotizaciones previsionales señalada, ocupando este subterfugio o simulación acorde con lo señalado en el artículo 478 incisos segundo y terceros del Código del Trabajo, anterior a las modificaciones establecidas en la ley 20087, y que posteriormente a esta ley se encuentra en el artículo 507 del Código del Trabajo, que señala:

“Art. 478. El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador

afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este Libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente” **(Código del Trabajo)**

Es por esto que el sindico, debe de ser muy cuidadoso en cuanto a la estructura societaria de la fallida, por cuanto, es posible que se de la situación descrita, pero que en dicho caso, la sanción es una multa, que en la situación de quiebra, pasa a ser una sanción completamente impracticable e irrisoria, es por ello que existe una teoría llamada “de la extensión de la quiebra”, que desarrolla una teoría nueva dentro de la comunicabilidad de la quiebra de una persona a otra que de algún modo está vinculada a ella, y en definitiva se intenta sancionar a quienes utilizan máscaras de otro sujeto de derecho para actuar, con fines lícitos o ilícitos, en la vida comercial o jurídica, utilizando ciertamente el denominado “abuso de la personalidad jurídica”, que si bien aún es discutible su aplicación en nuestra legislación, posee una gran aplicación practica.⁷⁹

Otro caso a tratar, y que facilita la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, es la situación que se produce con la aplicación de la ley 19.631, también conocida como “ Ley Bustos” en honor a su principal promotor don Manuel Bustos. Esta ley se publico en 28 de septiembre de 1999, y en ella se modificó el artículo 162 del Código del Trabajo, estableciéndose que si el contrato de trabajo termina por aplicación de las causales señaladas en los numerales 4,5 o 6, o por la aplicación de las causales establecidas en el artículo 160, para que sea valido y produzca el efecto de término a la relación laboral, el empleador debe informar de forma escrita al trabajador el estado en que se encuentra el pago de sus

⁷⁹ PUGA Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. p.218.

cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando copia de los documentos que den cuenta de esta situación. En el caso de que el empleador no se encuentre al día en el pago de sus obligaciones previsionales a la fecha señalada en la norma, el despido no producirá su efecto normal, que el término de la relación laboral, y el contrato se mantiene vigente hasta que el empleador entere las cotizaciones morosas, momento en que se produce la convalidación del despido. Atendido esto, mientras no se produzca la convalidación, subsiste la relación laboral y el empleador está obligado a las remuneraciones y otras prestaciones económicas a las cuales tiene derecho el trabajador, sin que este último se encuentre obligado a prestar los servicios.

El artículo 162 del Código del Trabajo señala:

“Art. 162. Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 ó 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.

Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Si se tratare de la causal señalada en el número 6 del artículo 159, el plazo será de seis días hábiles.

Deberá enviarse copia del aviso mencionado en el inciso anterior a la respectiva Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo. Las Inspecciones del Trabajo, tendrán un registro de las comunicaciones de terminación de contrato que se les envíen, el que se mantendrá actualizado con los avisos recibidos en los últimos treinta días hábiles.

Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

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

Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. No será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda.

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

La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada, para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido, en los casos a que se refieren los incisos precedentes. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso a que se refiere el inciso séptimo. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM.” **(Código del Trabajo)**

Un tema ampliamente controvertido, es si la norma establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, llamada Ley Bustos, tiene aplicación en la situación de que una empresa se encuentre en quiebra. Sin perjuicio de lo anterior la Corte Suprema ha establecido que la norma del artículo 162 del Código del Trabajo, conocida como Ley Bustos, no es aplicable en el caso de que la empresa se encuentre en quiebra, ya que prima la ley de quiebra por sobre las normas establecidas en el código del Trabajo, de manera que el sindico no podía efectuar el pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores en quiebra, sin efectuar antes el pago de otros créditos con mejor preferencia o reservar fondos para ello, en el caso de que no se continué con el giro de la empresa y esta se termine, ya que no entenderlo así, podrían conculcarse los derechos de los demás acreedores, atendido que los acreedores deben ser pagados en la forma y orden de preferencia que la ley establece, a fin de no desconocer el principio esencial en materia de quiebra, cual es decir que la realización es un solo procedimiento.⁸⁰

Reproducimos a continuación el fallo de la ltma. Corte Suprema rol 2777-2001, y estimamos de suma importancia los considerando segundo y tercero, para el tema que nos convoca.

“Santiago, veintinueve de octubre de dos mil.

En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada de fecha dieciséis de abril último, que se lee a fojas 116 y siguientes, con excepción de sus razonamientos décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero, decimocuarto, decimoquinto y decimosexto, que se eliminan. Y se tiene en su lugar, además, presente: **Primero:** Que los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero, decimocuarto, decimoquinto y decimosexto del fallo de casación que antecede, se tienen por reproducidos. **Segundo: Que la obligación y efectos impuestos por la modificación introducida al artículo 162 por la ley nº 19.631, consistente en que: "si el empleador no hubiere efectuado**

⁸⁰ CHALHUB, Nabih; TEJADA, Pablo. Efectos de la quiebra en los Contratos de Trabajo. Tesis (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. p.85-89

el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.", como ya se dijo en la sentencia de casación, no puede ser aplicada a una empresa declarada en quiebra. Tercero: Que esta tesis se sustenta en términos generales, en que de mantenerse la obligación de remunerar a los trabajadores de la fallida, mientras no se enteren y comuniquen a dichos dependientes el íntegro pago de sus cotizaciones, importaría generar nuevos gastos a la quiebra y, a la vez, constituiría un superprivilegio, que estaría sobre los privilegios contemplados tanto en la legislación civil y concursal, sobrepasando incluso a los créditos con privilegio de los propios trabajadores, como son aquellos relativos a la indemnización por años de servicios que se produce o devenga al concluir el término de sus contratos. Cuarto: Que por las razones expuestas procede desestimar la petición principal de nulidad de sus despidos, formulada por los actores en su libelo de demanda. Quinto: Que corresponde examinar la petición subsidiaria alegada por los demandantes, aquella sustentada en que sus despidos son ilegales y arbitrarios, pues el Sindico designado en la quiebra de su empleador, la Sociedad Exportadora, Soexpo Ltda., puso término a sus contratos de trabajo que los vinculaban con la empresa fallida, basado en las causales Nros. 5º y 6º del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, conclusión del trabajo que dio origen al contrato y el caso fortuito o fuerza mayor, en atención al estado de insolvencia de la empresa que él representa por la declaratoria de quiebra. Sexto: Que del estudio de la Ley de Quiebra -18.175-, en especial de los efectos de la declaración de quiebra, contenidos en su Título VI, no aparece que en virtud de la resolución de así la declare produzca una causal objetiva de terminación de los contratos de trabajo, que vincula a los dependientes con la fallida. Séptimo: Que, por otra parte, nuestra legislación laboral, tampoco contempla la quiebra como justa causa de despido de los trabajadores; más aún, en este orden de ideas, es del caso recordar que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que ella no puede ser asimilada a las causales objetivas de terminación de los contratos de trabajo, fijadas en los artículos 159, 160 y 161 del Estatuto Laboral. Octavo: Que en consecuencia, corresponde acoger la petición subsidiaria formulada por los actores, en el sentido de declarar injusto e indebido la

terminación de sus contratos de trabajo con la compañía fallida, pues el estado de quiebra no constituye ninguna de las causales de despido invocadas por el Sindico, como lo son la conclusión del trabajo que dio origen al contrato y la fuerza mayor o caso fortuito. **Noveno:** Que por ende, procede ordenar el pago de las indemnizaciones legales para el caso, conforme lo dispone el artículo 148 de la Ley de Quiebra, en relación con el artículo 2472 del Código Civil; estos preceptos que ubican las indemnizaciones de origen laboral como créditos de primera clase y su grado de preferencia, vienen a sustentar legalmente la tesis antes explicada, en cuanto a que la quiebra de por sí no configura causa legal de terminación de los contratos de trabajo. **Décimo:** Que las indemnizaciones legales que se reconocen en el presente fallo, es tanto la sustitutiva por falta de aviso previo y la por años de servicios, aumentada esta última en un veinte por ciento, para cada uno de los actores -salvo aquellos que retiraron la demanda o se desistieron durante el curso del juicio-; las cuales deben ser liquidadas por el tribunal de origen, con los reajustes e intereses legales para el caso, en la etapa de cumplimiento del fallo, conforme a los antecedentes acompañados en el escrito de demanda y que se encuentran bajo custodia. **Undécimo:** Que por haber litigado con motivo plausible la demandada, corresponde que se le exima del pago de las costas del juicio. Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 144 y 186 del Código de Procedimiento Civil, 455, 456, 458, 463, 472, 473 del Código del Trabajo y 1545 del Código Civil; se revoca, la sentencia en alzada de fecha dieciséis de abril del año en curso, escrita a fojas 116 y siguientes, en cuanto acoge la petición principal de los actores, de declarar nulos sus despidos y de condenar en costas a la demandada; y en su lugar se decide, que se desestima tal petición de nulidad de los despidos de los demandantes y que ambas partes soportaran las costas del juicio. Se acoge la petición subsidiaria formulada por los demandantes, en cuanto a declarar sus despidos injustos o indebidos y, en consecuencia, se ordena a la demandada Sociedad Exportadora Ltda., representada por el Sindico don William Jalaff Escandar, pagar a los trabajadores en los términos indicados en el razonamiento décimo, la indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, más la por años de servicios, aumentada esta última en un veinte por ciento. **Regístrese y devuélvase con sus agregados. Nº 2.777-01.”**

Del fallo anterior, se desprende que, si bien cuenta con un fundamento jurídico de peso mencionados en los considerandos segundo y tercero, para señalar que la norma del artículo 162 del Código del Trabajo, conocida como Ley Bustos, no es aplicable en el caso de que la empresa se encuentre en quiebra, dicha interpretación va en contra de el espíritu de la norma, que es proteger las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores, más aun cuando como se dijo anteriormente el problema se genera cuando, ante una situación económicamente desfavorable el empleador, utiliza la “declaración y no pago”, como una forma fácil de ocupar recursos retenidos de las remuneraciones de los trabajadores, postergando el pago de cotizaciones previsionales, en el cumplimiento de otras obligaciones, es decir, elige cumplir con otras obligaciones, aunque no posea claridad si dentro del plazo de 180 días entregado por la ley para pagar las cotizaciones declaradas, contará con recursos para hacerlo, ya que posee la humana esperanza de contar con ellos, y en la practica se produce la quiebra del empleador, encontrándose impagas las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, y que posiblemente nunca podrán enterarse, produciéndose la incobrabilidad de cotizaciones previsionales, y por lo tanto la aplicación de la norma de la forma señalada en la sentencia, atenta directamente contra el espíritu de la “ley Bustos”, que es desincentivar el uso indiscriminado de la declaración y no pago.

3.4 Efectos de la incobrabilidad de cotizaciones previsionales.

En este capítulo hemos señalado una serie de situaciones que ante determinadas condiciones llevan a que exista la incobrabilidad de cotizaciones previsionales, y durante este trabajo se han mencionado aisladamente como estas afectan a los trabajadores y al sistema en sí, por lo cual, en este punto haremos un recuento de los efectos de la incobrabilidad de cotizaciones previsionales.

Efectos directos en el trabajador.

Como se señaló al explicar el sistema de pensiones, cada fondo de pensiones esta constituido por las cotizaciones y aportes de los afiliados, el bono de

reconocimiento y sus complementos (para los trabajadores que provienen del antiguo sistema), sus inversiones y las rentabilidades de estas, deducidas las comisiones de la administradora; de esto se desprende que las inversiones y rentabilidades de estas inversiones son parte del fondo de pensiones de cada trabajador, para lo cual se toma como medida la cuota dado que el valor de cada uno de los fondos de pensiones se expresara en cuotas, que son iguales entre si, dentro del mismo fondo, asimismo se señaló que la rentabilidad nominal mensual de un fondo de pensiones, es entendida como el porcentaje de variación del valor promedio de la cuota de un mes del fondo de que se trate, respecto del valor promedio mensual de la cuota del mes anterior.

Al explicar el tema de las rentabilidades ocupamos un ejercicio matemático simple, que posee sólo un afán didáctico, señalamos lo siguiente: si el fondo del trabajador el mes A es 1000, y lo dividimos en 10 cuotas, cada cuota tiene el valor de 100, si producto de las inversiones realizadas por la administradora, el mes B el fondo del trabajador es 1050, y dividida por cuotas cada cuota es de 105, podemos señalar que la rentabilidad nominal fue de 5; siguiendo con el ejemplo, si el fondo de otro trabajador el mes A es 2000, y posee la misma rentabilidad del trabajador anterior, el mes B su fondo será 2100.

En el ejemplo ocupado, queda patente uno de los problemas de la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, ya que el calculo de la cuota se realiza de acuerdo al monto que posee cada mes el fondo, y si bien la rentabilidad es igual para todos, los fondos no enterados en la cuenta no dan rentabilidad, y el perjudicado es el trabajador, siendo un problema que provoca tanto el retardo en el pago como la incobrabilidad, y que afecta al trabajador al momento de calcular las distintas modalidades de pensión, esto porque, en todas las modalidades el monto de los fondos de pensiones tiene gran importancia al momento de, por una parte, tener la posibilidad de optar por una pensión anticipada, y por otra parte, al momento de realizar los cálculos para cualquiera de las modalidades. Así con montos menores en los fondos del afiliado, en el sistema de retiro programado, su monto anual de la pensión será menor. En el sistema de renta vitalicia, es posible que ante fondos pequeños que posea un afiliado, ninguna compañía de seguros económicamente le convendría pactar con él una renta vitalicia con un monto que

realmente acomodara a ambas partes, según lo ofrecido en el Sistema de Consultas y Ofertas de Montos de Pensión, señalado en el artículo 61 bis del DL3500. Esto último se extrapola a los sistemas combinados de Renta temporal con renta Vitalicia diferida y Renta vitalicia inmediata con retiro programado. Existiendo por lo tanto un perjuicio real y directo al trabajador al momento de pasar al sector pasivo de la población.

Por último es dable señalar, que el trabajador esta soportando en su pensión, los costos de que el sistema en sí no logro cobrar dineros que le fueron retenidos de su remuneración y por lo cual fueron apropiados indebidamente por un particular, al producirse la incobrabilidad.

3.4.2 Efectos en el sistema

Ya se ha señalado la forma más directa en como afecta la incobrabilidad de cotizaciones previsionales a los trabajadores, pero derivada de ella, existe un perjuicio directo en el sistema, y que indirectamente afecta a toda la sociedad.

Lo anterior se manifiesta en el nuevo sistema de pensiones⁸¹, en el caso que los fondos acumulados en la cuenta de los trabajadores en el pilar contributivo⁸² del nuevo sistema de pensiones, no sean suficientes para una pensión obtenida solamente con sus ahorros previsionales, y por lo cual, el estado debe contribuir en que obtenga una pensión mayor, empezando a operar el pilar solidario⁸³ del nuevo sistema de pensiones, que se encuentra financiado por impuestos generales de la nación.

⁸¹ La ley 20.255, relativa a la reforma previsional, publicada en el diario oficial el 27 de marzo de 2008, introduce perfeccionamientos a los tres pilares que conforman un sistema de pensiones-pilar solidario, pilar obligatorio y pilar voluntario-, con el fin de lograr un sistema integrado y coordinado que asegure la protección social a cada uno de los ciudadanos del país. Página Web Superintendencia de Pensiones, ex superintendencia administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP). Página Web Superintendencia de Pensiones, ex superintendencia administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP). www.safp.cl

⁸² Pilar contributivo: Esta integrado por el sistema de pensiones basado en cuentas de capitalización individual (de AFP). Incluye a las antiguas cajas de previsión, que integraban el antiguo sistema de reparto. Página Web Superintendencia de Pensiones, ex superintendencia administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP). www.safp.cl

⁸³ Pilar Solidario: Tiene por objeto reducir la pobreza, ya sea en la vejez o en caso de incapacidad laboral, y proporcionar un coaseguro contra numerosos riesgos. Financiado con impuestos generales de la nación, este pilar ofrece la posibilidad de pagar beneficios a personas que llegan a la ancianidad o tienen incapacidad laboral, con una baja o nula participación en el sistema de pensiones.

El pilar solidario, opera en la situación señalada, a través del aporte previsional solidario de vejez (APS-Vejez), que es el beneficio financiado por el Estado al que podrán acceder las personas que tengan una pensión base mayor que cero e inferior o igual a la pensión máxima con aporte solidario (PMAS) y reúnan los requisitos de edad, focalización y residencia que señala la ley 20255⁸⁴; siendo los primeros de los nombrados como beneficiarios al aporte previsional solidario de vejez, las personas titulares de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia del DL 3500.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 20255, la situación descrita se encontraba regulada en el título VII del DL 3500, bajo el título “de los beneficios garantizados por el Estado”, normas que fueron derogadas con la entrada en vigencia de la ley mencionada, y la creación de los aportes previsionales solidarios, señalando los artículos 73 y 74 del DL 3500 (antes de la reforma):

“Artículo 73.- El Estado garantiza pensiones mínimas de vejez, invalidez y sobrevivencia a los afiliados que reúnan los requisitos que señalan los artículos siguientes. Las pensiones mínimas de vejez e invalidez serán equivalentes al monto general que rija a la fecha de vigencia de esta ley para la pensión mínima a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 26 de la ley N° 15.386 y se reajustarán en la misma forma y oportunidad que dicha pensión.

El monto de las pensiones mínimas de sobrevivencia será uniforme y se determinará como un porcentaje de la pensión mínima de vejez o invalidez, según corresponda.

Artículo 74.- La garantía del Estado a que se refiere el artículo anterior, respecto de aquellas personas acogidas al régimen de retiros de sus cuentas de capitalización individual, a través de las modalidades de retiro programado y renta temporal, operará una vez que se encuentren agotados los recursos de dichas cuentas y en el caso de las personas acogidas a la modalidad de renta vitalicia, cuando la renta convenida llegare a ser inferior a la pensión mínima.

⁸⁴ Página Web Superintendencia de Pensiones, ex superintendencia administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP). www.safp.cl

En el caso de los afiliados acogidos a la modalidad de Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado, la garantía del Estado operará cuando se haya agotado el saldo de la cuenta de capitalización individual y siempre que la Renta Vitalicia convenida sea inferior a la pensión mínima a que se refiere el artículo 73.

Tratándose de afiliados acogidos a pensión de invalidez parcial conforme a un segundo dictamen, la garantía estatal operará una vez que se encuentre agotado el saldo retenido. Asimismo, tratándose de afiliados acogidos a pensión de invalidez conforme a un primer dictamen, que se hubieren encontrado en alguna de las situaciones de las letras a) o b) del artículo 54, la garantía estatal operará una vez que se agotare el saldo.

Los pensionados que hubieren retirado excedentes de libre disposición tendrán también derecho a garantía estatal, no obstante que el monto de la misma estará afecto a una deducción equivalente al porcentaje de pensión que hubieran podido financiarse en caso de no haber efectuado el mencionado retiro. Igual deducción afectará a las pensiones de sobrevivencia de aquellos beneficiarios que hubieren retirado, por concepto de herencia, fondos de la cuenta de capitalización individual del afiliado fallecido.

Asimismo, el monto de la garantía estatal para las personas acogidas a pensión de vejez anticipada, estará afecto a una deducción equivalente al porcentaje de pensión que estas personas hubieran podido financiarse con el capital utilizando para pagar las pensiones percibidas hasta el cumplimiento de las edades establecidas en el artículo 3°.

El reglamento regulará la forma de operación y pago de la garantía estatal.”

De la antigua y la nueva norma, se desprende el mismo hecho, y que afecta a los fondos del estado, y por tanto a toda la sociedad, es que en el caso de que el afiliado no posea fondos suficientes acumulados en la cuenta individual, la pensión obtenida con esos ahorros previsionales, posea una base mayor que cero e inferior o igual a la pensión máxima con aporte solidario (PMAS), que actualmente es de \$120.000.- (ciento veinte mil pesos). Es decir, si el calculo a realizar al momento de jubilarse el trabajador, no alcanza para que su pensión sea de \$120.000.-, el estado

debe aportar los fondos necesarios para que el trabajador obtenga la pensión de \$120.000.-

El efecto final es que, en el caso de que todos o parte de los montos que debió aportar el estado para que el trabajador obtenga una pensión establecida por la ley, fueron retenidos de las remuneraciones del trabajador y nunca enterados en los fondos de pensiones por ser incobrables, el estado y la sociedad toda, se esta haciendo cargo de aportar dineros que un particular se apropio indebidamente.

CAPITULO IV

4.- POSIBLES SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS.

Las reformas al sistema previsional realizadas el año 2005 y siguientes, como asimismo, la llamada ley Bustos, han sido herramientas muy importantes en contra de la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, pero como todo sistema, siempre cabe la posibilidad de ser mejorado, en este trabajo se ha mostrado una serie de situaciones en las que aún es posible que parte de la remuneración que fue retenida a los trabajadores nunca sean enteradas en sus fondos previsionales, es por ello, que en este capítulo trataremos, posibles soluciones a las situaciones planteadas, siendo algunas modificaciones a la actual legislación, pero en su mayoría corresponde a la complementación de las normas existentes.

Revisar las condiciones del uso de la Declaración y No pago

Mucho se ha discutido, durante el periodo de creación y durante la existencia del actual sistema previsional, la conveniencia de que exista la facilidad para el empleador denominada “Declaración y no pago”, pero con el tiempo se ha llegado al convencimiento de que es necesaria su existencia, su eliminación acarrearía que los empleadores ante una situación adversa, derechamente no declarar las cotizaciones aumentando el problema en vez de ser una solución a él.

Como se señaló, cuando se ideó el sistema, se trató de precaver que una situación económicamente adversa y transitoria que afecte al empleador afecte las cotizaciones previsionales, para ello se contempló la existencia de la “declaración y No pago”, como señala su nombre, consiste en que el empleador puede declarar las cotizaciones y no pagarlas en ese momento, si no que deferir el pago para el futuro, además se trató de evitar trabas a la economía de mercado que pudieran generar a las pequeñas y medianas empresas una obligación, tan estricta como lo es el cumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales en un día determinado, siendo posible que no tuvieran liquidez en dicho momento para cumplir con dicha obligación.

El pago de las cotizaciones declaradas y no pagadas deberá efectuarse dentro de los 180 días siguientes a la fecha de la declaración. Tiempo suficiente para que el empleador supere la situación adversa transitoria o la iliquidez en sus negocios que lo llevo a realizar la declaración y no pago. Asimismo se señaló, que si el empleador no cumple con su obligación dentro de ese plazo, la administradora debe iniciar las gestiones de cobro.

4.1.1 Limitar periodo de Declaración y No pago.

Esta facilidad que se da al empleador de diferir la entrega de los fondos previsionales de sus trabajadores, se ha prestado para múltiples abusos, y el incumplimiento de la obligación dentro del plazo señalado para enterar los fondos declarados y no pagados no constituye actualmente un antecedente para limitar el uso en periodos futuros de la franquicia de declarar y no pagar.

Atendida la situación explicada y con el único fin de que el uso de la “declaración y no pago” se realice dentro de los presupuestos dentro de los que fue creada, es que una solución seria limitar su uso.

La forma de limitarla a nuestro parecer seria establecer que un empleador que ha realizado una declaración y no pago, y no ha enterado dentro del plazo de 180 días, no se le permita realizar nuevas “declaraciones y no pago”.

La forma propuesta por nosotros a este respecto se basa en las siguientes consideraciones:

1. El periodo de 180 días es un plazo suficiente para que el empleador supere la situación transitoria de mal estado de sus negocios o la iliquidez que lo llevo a realizar la declaración y no pago.
2. En caso de que la situación adversa se mantenga por un periodo mayor a los 180 días establecidos por la ley, por ejemplo en el caso de una crisis económica a nivel nacional o mundial, siempre existe la posibilidad de que el empleador entere las cotizaciones declaradas y no pagadas ante de cumplirse los 180 días, permitiendo que siga difiriendo el pago de las cotizaciones de las remuneraciones devengadas los últimos meses.
3. Permitiría que la deuda previsional se mantenga acotada a los últimos 6 meses, ya que obligaría al empleador a no mantener deudas

previsionales por un tiempo mayor para poder seguir ocupando la franquicia de declaración y no pago.

Los posibles inconvenientes a la limitación propuesta serían de orden práctico, obligaría a las administradoras a mantener una nómina de los empleadores imposibilitados de ocupar la franquicia de “declaración y no pago” y compartir dicha información con las demás administradoras, asimismo, como se señaló, las administradoras no siempre reciben directamente las declaraciones de los empleadores, existiendo la posibilidad de que celebren contratos con otras entidades a fin de que estas sirvan como recaudadores, y la limitación obligaría a que estas entidades posean la información actualizada de los empleadores que no pueden acogerse a la “declaración y no pago”. A nuestro parecer, estos problemas se verían solucionados si la nómina de empleadores que no pueden acogerse a la declaración y no pago la realizara la superintendencia de pensiones, con información que mensualmente envíen en forma obligatoria las administradoras, y una vez que la superintendencia realice la nómina, esta sea enviada a las administradoras a fin de que se encuentren disponibles para su cotejo en los lugares de recaudación, soluciones altamente factibles atendido la tecnología con que cuenta el sistema.

Un punto a resolver, sería determinar si la imposibilidad de declarar y no pagar, por mantener deudas previsionales, se refiere a deudas del mismo trabajador sobre el que se está declarando, o bien sobre cualquier trabajador; a nuestro parecer, la solución lógica sea que no se permita la declaración y no pago a empleadores que mantengan deuda previsional dentro del plazo señalado, sea por el trabajador que se está declarando actualmente o por otro, y lo que se condice con la práctica, en que se realizan las declaraciones con nóminas de trabajadores, lo que haría imposible, ver la situación de cada uno de ellos.

Otro punto a resolver, sería determinar, si la deuda que lo imposibilita de utilizar la declaración y no pago, es en la administradora donde pretende realizar la nueva declaración o en todo el sistema. A nuestro parecer, la imposibilidad debe estar establecida para cualquier deuda en el sistema, sin importar la administradora donde estén en ese momento los fondos de los afiliados, lo que

justificaría aún mas que la nomina de empleadores imposibilitados sea confeccionada por la superintendencia, atendida la facilidad que poseen los trabajadores para cambiarse libremente de administradora.

Por todo lo señalado, es que una de las soluciones que proponemos, para evitar la incobrabilidad de cotizaciones previsionales es limitar el uso de la denominada “declaración y no pago” en los términos señalados.

4.1.2 Desincentivar Declaración y No Pago.

Como se señalo, el uso que se ha dado por los empleadores de la “declaración y no pago” resulta ser abusiva, es por ello que no basta con limitar su uso, si que además se debe desincentivar su uso, a fin de que el empleador haga uso de esta facilidad entregada por el sistema solo en los casos estrictamente necesarios, cuando se configuren los presupuestos para la que fue creada, es decir, una situación adversa transitoria o la iliquidez en sus negocios, y sea la ultima solución a ocupar.

Para desincentivar su uso, nuestra propuesta se basa en una serie medidas a adoptar, las que explicaremos a continuación:

4.1.2.1 Aumentar Costos de realizar la Declaración y No Pago para el empleador.

Como se señalo al momento de tratar el tema, de la declaración y no pago, el artículo 19 incisos 10,11,12 y 13 del DL 3500, nos señala cuales son los costos extras, a los que se ven expuestos los empleadores al utilizar la facilidad de la declaración y no pago, dicha norma señala:

“Artículo 19.- (incisos 10,11,12 y 13) Las cotizaciones que no se paguen oportunamente por el empleador o la entidad pagadora de subsidios, se reajustarán 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 mes anterior a aquel en que debió

efectuarse el pago y el mes que antecede al mes anterior a aquel en que efectivamente se realice.

Para 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, aumentado en un cincuenta por ciento.

Si en un mes determinado el reajuste e interés penal aumentado en la forma señalada en el inciso anterior, resultare de un monto total inferior al interés para operaciones no reajustables que fije la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, o a la rentabilidad nominal de los últimos doce meses promedio de todos los Fondos de Pensiones, todas ellas aumentadas en un cincuenta por ciento, se aplicará la mayor de estas dos tasas, caso en el cual no corresponderá aplicación de reajuste. La rentabilidad nominal de los últimos doce meses promedio de todos los Fondos, se determinará calculando el promedio ponderado de la rentabilidad de todos ellos, de acuerdo a la proporción que represente el valor total de las cuotas de cada uno, en relación con el valor de las cuotas de todos los Fondos, al último día del mes anterior. La rentabilidad mencionada corresponderá a la del mes anteprecedente a aquél en que se devenguen los intereses, y será considerada una tasa para los efectos de determinar los intereses que procedan.

En todo caso, para determinar el interés penal, se aplicará la tasa vigente al día primero del mes inmediatamente anterior a aquél en que se devengue. El interés que se determine en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores se capitalizará mensualmente.”

Como se desprende de la norma citada, la ley intenta que los costos de la “declaración y no pago” sean de tal magnitud que desincentive su uso por parte de los empleadores, pero en la practica no han sido suficientes para lograr su cometido, es por ello que se hace necesario tomar mayores medidas para desincentivar el uso indiscriminado de esta facilidad, para ello proponemos la siguiente medida: **La aplicación de Multas progresivas cuando se supere un numero determinado de meses en que el empleador utilice la “declaración y no pago”.**

A este respecto, nuestra propuesta es que se pueda realizar la declaración y no pago con los costos que actualmente se encuentran en la ley, hasta por 3 meses dentro de un periodo de 12 meses, y aplicando multas que se aumenten progresivamente cada vez que se ocupe desde cuarto mes en que se declare y no pague las cotizaciones previsionales en el periodo de 12 meses.

A modo explicativo, se presenta el siguiente cuadro a fin de dar mayor claridad a la propuesta, y con cifras solamente referenciales y con intención meramente didáctica:

Cuadro 1

año	MES	mes	Gestión del empleador	multa
2009	1	octubre	D.N.P. ⁸⁵	0
	2	noviembre	D.N.P.	0
	3	diciembre	D.N.P.	0
2010	4	enero	D.N.P.	2,50%
	5	febrero	D.N.P.	3,00%
	6	marzo	D.N.P.	3,50%

Asimismo, si conjugamos esta propuesta, con la propuesta anterior de limitar declaración y no pago, no permitiendo realizar nuevas “declaraciones y no pago” al empleador que ha realizado una declaración y no pago, y no ha enterado dentro del plazo de 180 días esos fondos, limitaría el que los empleadores mantuvieran constantemente una deuda previsional de 6 meses, como asimismo el juntar varios meses de deuda previsional, para incorporar esos fondos cuando sea inminente que no podrán volver a declarar y no pagar, o bien hacer una costumbre el declarar y no pagar, los cuadro explicativos pueden darse de la siguientes formas:

Cuadro 2

año	MES	mes	gestión	multa	paga atrasado
-----	-----	-----	---------	-------	---------------

⁸⁵ D.N.P. : DECLARACIÓN Y NO PAGO

2009	1	octubre	D.N.P.	0	
	2	noviembre	D.N.P.	0	
	3	diciembre	D.N.P.	0	
2010	4	enero	D.N.P.	2,50%	
	5	febrero	D.N.P.	3,00%	
	6	marzo	D.N.P.	3,50%	
	7	abril	D.N.P.	4,00%	Oct-09
	8	mayo	D.N.P.	4,50%	Nov-09
	9	junio	D.N.P.	5,00%	Dic-09
	10	julio	D.N.P.	5,50%	Ene-10
	11	agosto	D.N.P.	6,00%	Feb-10
	12	septiembre	D.N.P.	6,50%	Mar-10

Cuadro 3

año	MES	mes	gestión	multa	paga atrasado
2009	1	octubre	D.N.P.	0	
	2	noviembre	paga nov-09	0	Oct-09
	3	diciembre	D.N.P.	0	
2010	4	enero	paga ene-10	0	Dic-09
	5	febrero	D.N.P.	0	
	6	marzo	paga Mar-10	0	Feb-10
	7	abril	D.N.P.	2,50%	
	8	mayo	paga may-10	0	Abr-10
	9	junio	D.N.P.	3,00%	
	10	julio	paga jul-10	0	Jun-10
	11	agosto	paga ago-10	0	
	12	septiembre	paga sep-10	0	

Esta propuesta debe ser complementada con un plazo mínimo de meses en que el empleador cumpla estrictamente con sus obligaciones previsionales, a fin de volver a contar el plazo de 12 meses en que puede realizar 3 declaraciones y no pagos sin tener multa, a nuestro parecer, y atendido lo cíclico de la economía y las múltiples actividades estacionales, es que proponemos un plazo mínimo de 3 meses en que el empleador cumpla de forma íntegra con sus obligaciones previsionales, a fin de volver a contar el periodo de 12 meses que exige esta propuesta.

4.1.2.2 Declarar de oficio la calidad de Quiebra fraudulenta, del empleador declarado en quiebra que posea deuda previsional, en virtud

de la presunción establecida en el artículo 220 nº 4 de la ley de quiebras.

Como se ha señalado, el juicio de quiebra se inicia con una resolución judicial dictada por el juez civil, que se denomina “declaratoria de quiebra” según lo establecido en el artículo 39 de la ley de quiebras esta puede “ser declarada a solicitud del deudor o de uno o varios acreedores”

Asimismo se señalo, que frente a la quiebra del empleador, dentro de los perjudicados se encuentran los trabajadores, y el tema de la deuda previsional es un elemento importante dentro de ella, tanto en la quiebra propiamente tal, como en el actuar inmediatamente anterior a la cesación de pago que llevo a la quiebra, debido a la existencia de la posibilidad de utilizar la “declaración y no pago”, que trata de precaver que una situación económicamente adversa y transitoria que afecte al empleador afecte las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, el problema se genera cuando, ante una situación económicamente desfavorable para el empleador, la institución de “declaración y no pago”, se convierte en una forma fácil de obtener recursos rápidos al postergar el pago de cotizaciones previsionales, a fin de cumplir con otras obligaciones que se encuentran en fecha de pago, es decir, ante la elección de pagar otras obligaciones del empleador y diferir “legalmente” el pago de cotizaciones previsionales de los trabajadores, es claro que el empleador elige pagar las otras obligaciones, aunque no posea claridad si dentro del plazo de 180 días entregado por la ley para pagar las cotizaciones declaradas, contará con recursos para hacerlo, ya que posee la humana esperanza de contar con ellos, por esta situación es que en la practica ante la quiebra del empleador no es extraño encontrar deudas previsionales, la difícil situación económica por la que atraviesa el empleador lo lleva a abusar de la facilidad otorgada por el sistema y si no logra superarse el momento adverso en que se encuentra, llevará a la empresa a declararse en cesación de pago de sus obligaciones y posiblemente a la quiebra, manteniéndose la deuda previsional entre las obligaciones que no se pudieron cumplir. Podemos agregar que la cesación de pagos que lleva a la declaratoria de quiebra, no se trata de un incumplimiento menor o de una eventualidad imprevista, corresponde a un escenario crítico, crónico y global del empleador, dejando de

cumplir, objetivamente y de hecho sus compromisos y obligaciones, este escenario no es una situación que el empleador se encuentre en forma repentina, normalmente la avizora, conoce el mal estado de sus negocios, pero como se señaló, posee la humana esperanza de contar en un futuro cercano con los recursos para cumplir con sus obligaciones.

Atendida la existencia de la facilidad existente en la legislación previsional de declarar y deferir el pago para el futuro, es que a los empleadores en la situación descrita, le es cómodo utilizar los dineros previsionales retenidos y que le pertenecen a los trabajadores, con ellos pagar otras obligaciones, pero como es sabido, esos dineros el los posee bajo la calidad de depositario con la obligación de enterarlos ante la institución previsional que ha elegido el trabajador, nunca ingresan a su patrimonio, y es por ello, que se configura el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales ya explicado, el cual no es aplicable, atendida nuestra postura, de que el delito solo se configura una vez que la acción civil de cobro no logro su cometido, en su calidad de delito de carácter especial, según ya se explico.

El artículo 218 de la ley 18.175, conocida como Ley de Quiebras, establece una división tripartita de la quiebra, señalando que esta puede ser Fortuita, culpable o fraudulenta, cuando se refiere a los deudores que ejerzan a una actividad de las señaladas en el artículo 41 del mismo cuerpo legal, estos son las actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas, y la ley distingue entre estos tres tipos de quiebra conforme a los supuestos de graduación de la conducta del quebrado calificado.

“Art. 218. La quiebra del deudor a que se refiere el artículo 41 puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.” **(ley 18.175 Ley de Quiebras)**

“Art. 41. El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, deberá solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación mercantil.” **(ley 18.175 Ley de Quiebras)**

La quiebra fortuita, se trata de casos en los que no existe ningún hecho que deje en evidencia la concurrencia de culpa o dolo en el deudor, o en los que la insolvencia sobreviene por causas que el deudor no estaba en condiciones de controlar. La quiebra culpable al igual que la quiebra fraudulenta, “el reproche que se efectúa al quebrado es el resultado de su impericia, imprudencia temeraria o extrema ligereza, circunstancias que surgen al margen de las causas que determinan la quiebra”⁸⁶. Los casos de quiebra culpable y fraudulenta se encuentran descritos en los artículos 219 y 220 de la ley 18.175, respectivamente, y la doctrina ha señalado que son los únicos que existen en nuestra legislación.⁸⁷

En relación a lo ya señalado en artículo 220 n° 4 de la ley 18.175, describe una conducta que se encuentra tipificada como quiebra fraudulenta, basada en la figura de la apropiación indebida, establecida en el artículo 470 n° 1 del Código penal. El artículo 220 n° 4 de la ley 18.175 señala:

“Art. 220. Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:

4. Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración o en el desempeño de un cargo de confianza;”

Así el profesor Arturo Prado Puga, al mencionar las situaciones planteadas en el artículo 220 de la Ley de quiebras, se refiere al numeral 4 de la siguiente forma: “Nº4 (abuso de confianza del mandatario o del depositario, lo que es común cuando el fallido deduce de las remuneraciones de los trabajadores las cotizaciones previsionales sin enterarlas en las arcas de las instituciones de previsión)”⁸⁸, concordando con nuestra postura, que el ser declarado en quiebra poseyendo deudas previsionales es un claro ejemplo donde en la practica existe la conducta tipificada en el artículo 220 numeral 4, demostrando que dicha conducta tiene por

⁸⁶ PRADO Puga, Arturo. Ciclo de charlas “el proceso de calificación de la quiebra”. Colegio de abogados. Santiago. 1999. p 25.

⁸⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998. p. 383.

GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003. p. 310.

⁸⁸ PRADO Puga, Arturo. Ob. Cit. P. 29.

objeto ocupar dineros ajenos a fin de retardar y diferir la propia quiebra a un riesgo extraordinario

Se ha señalado, que esta figura constituye una excepción con respecto a todo el resto de los delitos concursales, puesto que su objeto material no es el patrimonio del quebrado, sino bienes de terceros que el deudor ha recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de un cargo de confianza. Con respecto a los bienes, la doctrina concuerda en que se incluyen tanto bienes muebles como inmuebles, tangibles como intangibles.⁸⁹

En el caso de la deuda previsional, claramente se configura que el empleador ha recibido dineros en depósito y los ha comprometido y destinado en sus negocios propios, ante esto Bitran señala que la figura establecida en el artículo 220 n° 4 de la ley 18.175, requiere que el agente conozca y quiera, por lo que solo cabe el dolo directo⁹⁰, y si entendemos que al momento utilizar la facilidad legal de declarar y no pagar las cotizaciones previsionales, conocía el mal estado de sus negocios, y su calidad de depositario, e igual utilizo esos dineros en negocios propios.

Por todo lo anterior, es que nuestra propuesta a este respecto sería agregar una norma de la ley de quiebras, en la cual, al momento de calificar la quiebra, si constan en autos deudas previsionales, el juez se encuentre obligado a declararla como fraudulenta, en virtud de darse todo los presupuestos establecidos en el artículo 220 n° 4 de la ley 18.175, poniendo dicho hecho en conocimiento del tribunal competente en sede penal.

Con ello, ciertamente, que el empleador que pretende abusar de la facilidad otorgada por la ley, de declarar y postergar el pago, analizará lo arriesgado de su actuar en caso de encontrarse en un estado desastroso sus negocios ad portas de una quiebra.

Aumentar la responsabilidad de la Administradora en el cobro.

⁸⁹ BITRAN Hasson, Yoab. La insolvencia Punible. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Depto. Ciencias penales, 2007. p. 79.

⁹⁰ BITRAN Hasson, Yoab. Ob. Cit. p. 79.

Como se señaló, anteriormente en este trabajo, el artículo 19 inciso 14 del DL3500, dispone que las Administradoras de Fondos de pensiones se encuentran obligadas a seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones adeudadas y sus reajustes e intereses, aun cuando el afiliado se hubiere cambiado de ella.

“Artículo 19º inciso 14. Las Administradoras de Fondos de Pensiones estarán obligadas a seguir las acciones tendientes al cobro de las cotizaciones adeudadas y sus reajustes e intereses, aun cuando el afiliado se hubiere cambiado de ella. La Administradora, a la cual el afiliado hubiere traspasado sus fondos podrá intervenir en el juicio en calidad de coadyuvante.”(DL 3500)

Las modificaciones de la ley 20023, del 31 de mayo de 2005, agregaron el artículo 4º bis a la ley 17322, con la explícita mención de que la institución de seguridad social puede actuar negligentemente en el cobro de dichas cotizaciones, y haciéndola responsable de enterar dichos fondos en caso de que se constate un actuar negligente en esta obligación de cobro, como se señaló al tratar este tema en específico en este trabajo.

El artículo 4 bis dispone:

“Artículo 4º bis.- Una vez deducida la acción, el tribunal procederá de oficio en todas las etapas del proceso, a fin de permitir la continuidad de las distintas actuaciones procesales, sin necesidad del impulso de las partes.

Acogida la acción, e incoada en el tribunal, no podrá alegarse por ninguna de las partes el abandono del procedimiento.

Sin embargo cuando el juez constate y califique en forma incidental, en el mismo proceso y mediante resolución fundada, que la institución de previsión o seguridad social actuó negligentemente en el cobro judicial de las cotizaciones previsionales o de seguridad social y esta situación ha originado un perjuicio previsional directo al trabajador, ordenará que entere en el fondo respectivo, el monto total de la deuda que se dejó de cobrar, con los reajustes e intereses asociados a ella, sin perjuicio de

la facultad de la institución de previsión o seguridad social de repetir en contra del empleador deudor.

Se entenderá que existe negligencia de la institución de previsión o seguridad social cuando:

- No entabla demanda ejecutiva dentro del plazo de prescripción, tratándose de las cotizaciones declaradas y no pagadas, o no continúa las acciones ejecutivas iniciadas por el trabajador en el plazo señalado en el artículo anterior.
- No solicita la medida cautelar especial a que alude el artículo 25 bis de la presente ley y ello genera perjuicio directo al trabajador, lo que será calificado por el juez.
- No interpone los recursos legales pertinentes que franquea la ley y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador.”(Ley 17.322)

Esta norma era del todo necesaria, atendido que la única que posee la acción para realizar el cobro es la administradora, y el trabajador solo puede requerir a dicha institución a fin de que ejerza la acción de cobro.

Pero, del trabajo desarrollado en el capítulo se desprenden una serie de problemas e interpretaciones de la norma en comento, que limitan esa responsabilidad, y a nuestro parecer dicha responsabilidad debe ser mas amplia, para lo cual proponemos las siguientes modificaciones a la norma.

Cambiar la redacción de la ultimo caso del 4 bis de la ley 17322.

Como se señalo al tratar el tema de la hipótesis del artículo 4 bis de la ley 17322, que se pone en el caso que la administradora no interponga los recursos legales pertinentes que franquea la ley y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador, a nuestro parecer estimamos fue desafortunado el uso de la frase “interpone recurso” por lo que mas amplio y exacto seria ocupar el termino “realiza gestiones”, y que fue esta la verdadera intención del legislador refiriéndose a todo tipo de actuar que puede ejercer o solicitar al tribunal el ejecutante para lograr el cobro de las cotizaciones adeudadas.

Es por ello, que a nuestro parecer que la norma en comento debiera ser modificada con el fin de aumentar la responsabilidad de la administradora, a fin de que agote todas las gestiones que le franquea la ley para lograr el cobro, por

ejemplo ubicando el domicilio del demandado no habido, quedando su redacción de la norma de la siguiente forma:

“No interpone los recursos legales ni realiza las gestiones pertinentes que franquea la ley para realizar el cobro y de ello se derive un perjuicio previsional directo para el trabajador”

Con ello, se ampliaría la responsabilidad de la administradora, a no solo interponer los recursos, si que además, tener la obligación a realizar gestiones necesarias para realizar el cobro, como por ejemplo solicitar al tribunal que oficie a instituciones publicas y privadas a fin de que informen el domicilio del deudor registrado en ellas, o ejercer tercerías de pago o prelación en otros juicios en contra del ejecutado.

Incorporar norma que obligue a las administradoras a informar a los afiliados de los juicios de cobranza de sus cotizaciones y el estado en que estos se encuentran.

Las administradoras se encuentran obligadas a informar a sus afiliados, información relevante para ellos, según lo preceptuado en el artículo 31 del DL 3500, que señala:

“**Artículo 31.-** La Administradora deberá proporcionar al afiliado, al momento de su incorporación, una libreta en la que se estampará cada vez que éste lo solicite, el número de cuotas registradas en su cuenta de capitalización individual y en su cuenta de ahorro voluntario, si correspondiere, y su valor a la fecha.

La Administradora, cada cuatro meses, a lo menos, deberá comunicar a cada uno de sus afiliados, a su domicilio, todos los movimientos registrados en su cuenta de capitalización individual y en su cuenta de ahorro voluntario, si ésta existiere, con indicación del número de cuotas registradas, su valor y la fecha del asiento. Esta comunicación podrá suspenderse, si el afiliado no registrare movimientos por cotizaciones en su cuenta de capitalización individual en el último período informado y hasta aquél en que éstos se produzcan. Sin embargo, tratándose de la situación descrita en el inciso quinto del artículo 19, la información al afiliado no podrá interrumpirse, sino que deberá destacar el estado de morosidad

que le afecta, adjuntar copia de la resolución a que hace referencia el artículo 2º de la ley N° 17.322 y señalar el derecho que le asiste para reclamar el ejercicio de las acciones de cobro. La Administradora que suspenda el envío de información, deberá comunicar al afiliado, al menos una vez al año, respecto del estado de su cuenta de capitalización individual y de su cuenta de ahorro voluntario, si correspondiere.

Conjuntamente con lo anterior, la Administradora deberá enviar al afiliado información sobre las comisiones y sobre la rentabilidad de la cuenta de capitalización individual y de la cuota del Fondo de Pensiones al que el afiliado esté adscrito. En ambos casos, se informarán los guarismos referidos a ella misma y a las restantes Administradoras para el o los períodos que determine la Superintendencia. Además, deberá informar respecto de la cotización adicional establecida en el artículo 17, separadamente, la parte que se destina al financiamiento de la Administradora y aquella que se destina al pago del seguro a que se refiere el artículo 59. Esta última, deberá ser expresada como porcentaje de la remuneración imponible del afiliado.

Además, de acuerdo a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, las Administradoras deberán enviar a todos aquellos afiliados o beneficiarios que cumplan los requisitos para ser incluidos en el listado definido en el inciso primero del artículo 72 bis, información referida a las modalidades de pensión, sus características y al modo de optar entre ellas.”(DL 3500)

La mayor parte de esta información es enviada a los afiliados en la llamada cartola cuatrimestral, a la que refiere el inciso 2 del artículo citado.

Como se menciona en el desarrollo de este trabajo, el trabajador no posee forma de saber si existe un juicio de cobranza por sus imposiciones impagas, o el estado de este, salvo que haya sido él quien requiriera a la administradora para el ejercicio de la acción de cobro.

Es por ello, que dentro de nuestras propuestas, incluimos que sea obligatorio para la administradora informar a los afiliados si se ha iniciado un juicio de cobranza de cotizaciones previsionales suyas, y durante la tramitación del juicio su estado, la razón de ello, se ve en las siguientes consideraciones:

- a) El afiliado tendría conocimiento de la existencia de un juicio de cobro, evitando que requiera el ejercicio de la acción de cobro a la administradora cuando esta ya se ha ejercido.
- b) El afiliado tendría la posibilidad de promover el incidente necesario para que el tribunal declare como negligente el actuar de la administradora.
- c) El afiliado podría entregar información relevante para lograr el cobro de sus cotizaciones, como por ejemplo, un nuevo domicilio del empleador-deudor que no ha sido habido, la existencia de bienes que pertenecen al empleador-deudor para que estos sean embargados, etc.
- d) Obligaría a las administradoras a constantemente solicitar información a sus abogados que tramitan sus cobranzas, logrando un mayor control de su gestión.
- e) Haría mas transparente el actuar de la administradora, en el cobro, debido a que deberá mantener informado de los avances de la causa al afiliado.

Uno de los problemas que se podrían esgrimir en contra de esta propuesta, es que aumentaría los costos al tener que enviar dicha información a los afiliados, es por ello y debido a que cuatrimestralmente la administradora ya se encuentra obligada a enviar información por escrito a los afiliados, es que la información propuesta se incorpore dentro de lo informado en la cartola cuatrimestral.

Incorporar una norma que permita a los afiliados actuar como terceros coadyuvantes en los juicios de cobranza de sus cotizaciones .

Como complemento a la solución planteada anteriormente de “Incorporar norma que obligue a las administradoras a informar a los afiliados de los juicios de cobranza de sus cotizaciones y el estado en que estos se encuentran” se plantea la de “Incorporar una norma que permita a los afiliados actuar como terceros coadyuvantes en los juicios de cobranza de sus cotizaciones”, como se señaló al tratar el tema de la falta de notificación, emplazamiento y requerimiento de pago

como motivos de incobrabilidad de cotizaciones previsionales, el trabajador, ante el proceso de cobranza previsional, es un tercero, entendiéndose por tal a aquellas personas que no están directamente vinculadas al conflicto promovido ante el órgano jurisdiccional, que no es parte originaria, pero que es posible que desee intervenir en el juicio para proteger intereses propios que pueden verse afectados en dicho juicio; claramente, el trabajador posee la calidad de tercero coadyuvante en el juicio si pudiera actuar en él, atendido lo señalado en el artículo 23 del Código de procedimiento Civil, puesto que su pretensión es concordante con el de la parte demandante, y en consecuencia puede actuar con procurador común. Pero para ello, debe actuar en juicio, esto se ve altamente limitado, por que si bien, lo que se esta cobrando son dineros suyos, el no tiene ninguna vía directa para tomar conocimiento de la existencia del juicio y menos de su estado procesal, técnicamente el trabajador podría actuar en el juicio como tercero coadyuvante, pero para ello, debe poseer conocimiento que en determinado juicio se esta realizando el cobro de sus cotizaciones, para lo que se propone Incorporar norma que obligue a las administradoras a informar a los afiliados de los juicios de cobranza de sus cotizaciones y el estado en que estos se encuentran, y asimismo que exista una norma que permita a los afiliados actuar como terceros coadyuvantes en los juicios de cobranza de sus cotizaciones, el que los trabajadores puedan actuar en el juicio de cobranza se ve altamente dificultado con el hecho de que en un mismo juicio se realiza el cobro de las cotizaciones de varios trabajadores del mismo empleador, y ello significaría altos costos que el trabajador debería asumir para actuar en el actuar en juicio, el primero de ellos el poseer abogado quien lo represente, por ello la norma que se propone debería establecer que el trabajador pueda actuar en el juicio de cobranza de cotizaciones previsionales sin patrocinio de abogado, pero limitando su actuar a entregar información relevante para el cobro de las cotizaciones previsionales que se le adeudan, como por ejemplo, un nuevo domicilio del demandado no habido, bienes de propiedad del demandado a fin de realizarlos, promover el incidente por negligencia por parte de la administradora, etc., y atendido que es el trabajador quien poseía una relación directa con el demandado, es muy dable pensar que es la persona que posee las mayores posibilidades de conocer datos necesarios para realizar el cobro. A ello debe sumarse que en la misma

información de la existencia del juicio y su estado, que le envía la administradora, se puede informar la forma de actuar en juicio y con que fin.

Con la incorporación de esta norma, se lograra que el trabajador pueda actuar en juicio a fin de que entregue información relevante para lograr el cobro de las cotizaciones adeudadas, y proteja sus intereses que pueden verse afectados en dicho juicio.

Respecto a lo señalado en los puntos 4.2.2 y 4.2.3, respecto a la obligación de informar al trabajador de la existencia de un juicio y su estado, sumado a la posibilidad de que este actué en juicio como tercero coadyuvante, debe verse complementado con una modificación en cuanto el no realizar la notificación al trabajador de la existencia del juicio y su estado, como asimismo el obviar sin causa justificada la información relevante para el cobro entregada por el trabajador en el juicio, sean consideradas actuar negligente por parte de la administradora.

Incorporación de norma para requerir información de oficio como en la ley de pago de pensión de alimentos.

Uno de los problemas con los que se encuentra la administradora al momento de realizar el cobro de cotizaciones previsionales, es la falta de notificación y requerimiento de pago al ejecutado, y por lo tanto su emplazamiento, toda vez que al tratar de notificar y requerir de pago en el domicilio que el demandado posee registrado en la administradora, este no es habido, en la mayoría de las veces por que ha cambiado de domicilio, y esto ha sido estampado por el ministro de fe.

Ante la situación descrita, el ejecutante debe señalar al tribunal un nuevo domicilio donde realizar la notificación y requerimiento de pago, y siendo el demandado quien informa su domicilio, es normal es que en estos casos el ejecutante no conozca un nuevo domicilio del ejecutado. En otros juicios ejecutivos los acreedores que se encuentran en esta situación, en la practica solicitan al tribunal que se oficie a una serie de instituciones públicas y privadas a fin de que informen el domicilio del deudor registrado en ellas, lo normal es que estas

instituciones sean el Servicio de Impuestos Internos, el registro Electoral, El servicio de Registro Civil e Identificación, entre otros, todo ello con el fin de lograr notificar al deudor demandado.

Existe en nuestra legislación, un tipo de juicio en que se entrega al propio tribunal la obligación de ubicar el domicilio del demandado, esto es la ley 14908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, esto por que el legislador ha tratado de proteger al débil en el conflicto jurídico que se trata, ya que ha encontrado que es altamente oneroso para las parte demandante el ubicar el domicilio del demandado, y atendida la naturaleza de dicho juicio y siendo una obligación estatal el proteger al débil, es que se ha entregado al tribunal la obligación de ubicar el domicilio del demandado a fin de notificarlo señalando “La demanda podrá omitir la indicación del domicilio del demandado si éste no se conociera. En tal caso, el tribunal procederá en conformidad a lo previsto en el artículo 23 de la ley N° 19.968”⁹¹, estableciendo este último artículo muchas formas de notificación para el demandado no habido, sin perjuicio que la parte demandante puede entregar domicilios a fin de notificarlo, o realizar gestiones tendientes a ubicar dicho domicilio, como por ejemplo el solicitar que el tribunal despache oficios para dicho efecto. En la practica los tribunales de familia, ofician a instituciones públicas y privadas a fin de que informen el domicilio del deudor registrado en ellas, y poder notificar según lo establecido en el artículo 23 de la ley N° 19.968, lo normal es que las instituciones oficiadas sean el Servicio de Impuestos Internos, el registro Electoral, El servicio de Registro Civil e Identificación, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile.

Si tomamos en cuenta que en el caso de las cotizaciones previsionales es el propio estado el que obliga a ahorrar, y es quien entrega la obligación al empleador de retener y enterar dineros del trabajador, es claro que debe ser el estado quien debe procurar que se enteren efectivamente dichos fondos en el ahorro de los trabajadores, asimismo, es claro que el trabajador el mayor afectado por el incumplimiento de esa obligación por parte del empleador, y que el trabajador se encuentra ciertamente en una posición de debilidad y desventaja para lograr que se cumpla con que se integren efectivamente esos dineros en sus ahorros.

⁹¹ Ley N° 14.908, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias. art 2°.

Por lo anterior, es que creemos que se debe Incorporar una norma para que el tribunal requiera información de oficio para ubicar el domicilio del demandado, cuando este no ha sido habido en el domicilio entregado por la institución ejecutante, sin perjuicio de que siempre existiría la obligación señalada y explicada en el punto 4.2.1 de este capítulo para la administradora, de señalar instituciones donde conste la información necesaria para ubicar al deudor y solicitar dichos oficios, o bien, solicitar se pida cuenta de los oficios que el tribunal ya ha despachado.

Creación de un registro nacional de juicios de cobranza previsional y de seguridad social.

Como se señaló anteriormente en este trabajo, al mencionar la tercería de pago, atendida la libertad que poseen los trabajadores para elegir la administradora que deseen, es posible que un mismo empleador no pague las cotizaciones en más de una administradora, en cuyo caso es extremadamente importante este tipo de tercería, y es importante asimismo, que exista información y preocupación suficiente de las administradoras, para conocer la existencia de otros juicios de cobranza incoados en contra del mismo empleador-ejecutado, lo que en la práctica es muy difícil, atendido que no existe una forma rápida y de carácter nacional que permita conocer los juicios de cobranza que actualmente se encuentran incoados en contra de un mismo empleador- deudor, y siendo posible que los bienes embargados y realizados por una administradora sean los únicos bienes que son realizables, es importante que las otras administradoras conozcan de la existencia de dicho juicio a fin de que ejerzan la correspondiente tercería de pago en defensa de los intereses de sus afiliados y el propio.

Es por lo anterior, que una de nuestras propuestas, es la creación de un registro nacional de juicios de cobranza previsional, al cual informen las instituciones de seguridad social el inicio de las acciones legales de cobro, dicho registro será llevado por la superintendencia de pensiones, y a fin de proteger la privacidad de los empleadores, solo sea de consulta para las instituciones de seguridad social, a fin de que conozcan el domicilio registrado en otras instituciones de deudores no habidos (y

que pueden haber sido habidos por otra institución en un domicilio distinto), o la existencia de ejecuciones donde sea necesario que ejerzan la correspondiente tercería de pago.

Negación o limitación del timbraje de documentos tributarios por parte del SII.

Como se ha señalado, reiteradamente en este trabajo, uno de los problemas con los que se presenta el cobro de cotizaciones previsionales, es que no se logra notificar y emplazar al demandado, como asimismo requerirlo de pago, y por lo tanto, continuar con el juicio de cobro de cotizaciones previsionales, por lo que el lograr que sea el empleador quien concurra a actuar en el juicio de cobranza es de suma importancia.

Dentro de las facultades que posee el Servicio de Impuestos Internos (SII), esta el limitar el timbraje de documentos tributarios, como boletas, facturas, guías de despacho, etc., cuando tiene sospechas de que el contribuyente está cometiendo algún ilícito tributario o simplemente lo declarado por el contribuyente no es concordante con la información que posee ese servicio.

Nuestra propuesta a este respecto, es que ante la presentación de una demanda de cobro de cotizaciones previsionales o de seguridad social, y habiéndose constatado fallida la notificación del demandado, el tribunal informe al Servicio de Impuestos Internos, a fin de que este organismo niegue o limite el timbraje de documentos tributarios a los empleadores demandados en cobro de cotizaciones previsionales.

La finalidad de esta propuesta, es que dichos empleadores al verse limitados en el ejercicio de sus negocios, concurran al tribunal a fin de notificarse de la demanda, establecer un domicilio, y hacer las alegaciones que estimen pertinentes o enteren las cotizaciones adeudadas.

Para hacerla efectiva, nuestra propuesta es que una vez informado el Servicio de Impuestos Internos, por el tribunal donde se ha incoado la causa de cobro, este limite el timbraje de documentos tributarios por el periodo de 3 meses y

si la orden del tribunal no ha sido revocada transcurrido ese plazo, se niegue el timbraje de esos documentos.

Por lo anterior, es que habiendo concurrido el empleador en la causa que originó la orden emanada al SII, este tenga la posibilidad de solicitar que se deje sin efecto esa orden, para lo cual, debe contar con la anuencia del demandante, o bien ofrecer al tribunal, el demandado o un tercero, una garantía de que se responderá por el monto de lo adeudado. Esta garantía se justificaría, en que existe una presunción de no querer cumplir con la obligación, puesto que no fue posible notificarlo en el domicilio que el mismo registro en la administradora, y que es el que esta estableció en la demanda para ese fin.

Una de las críticas que se puede hacer a esta propuesta, es que al limitar por este medio el ejercicio de los negocios del empleador, se estarían colocando trabas a que el empleador obtenga los recursos para cumplir con la obligación por la que se le demanda, sin embargo, no consideramos que esta crítica posea una fuerza tal para desechar la propuesta, por las siguientes razones:

- a) Se trata de una medida especial de coacción en contra del deudor que no podido ser notificado de la demanda, por haber cambiado de domicilio, y por lo tanto, debe darse dicho presupuesto para su aplicación.
- b) En la propuesta, esta medida posee un plazo en el que solamente se le limite el timbraje de documentos tributarios, antes de negársele dichos timbrajes, tiempo suficiente para que solucione la deuda previsional o realice las gestiones que estime necesarias.
- c) Concurriendo en el juicio el empleador, puede solicitar que se deje sin efecto la medida ordenada, ofreciendo una garantía de cumplir con la obligación previsional que origina el juicio de cobranza.

Incorporar una norma expresa que haga referencia al artículo 507 incisos 2 y 3 del Código del Trabajo relativa a los subterfugios que pueda utilizar el

empleador para eludir obligaciones previsionales y que habilite al juez para desechar de plano acciones basadas en dichos subterfugios.

Al tratar el tema de las tercerías en el juicio ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales y de seguridad social, se señaló que la parte obligada y que debe responder con sus bienes es el ejecutado, pero es común en la actualidad la existencia de estructuras societarias que hacen difusos los límites de los patrimonios como es el caso de los llamados Holding o grupos de empresas, es muy común que la empresa empleadora sea distinta de la empresa que es dueña de los bienes, siendo esta última una sociedad de inversiones de los mismos dueños de la sociedad empleadora y que funciona en el mismo domicilio de esta, por lo cual cuando se realiza el embargo de los bienes de la sociedad empleador-deudor de cotizaciones previsionales, la sociedad de inversiones que es dueña o poseedora de los bienes interpone la tercería correspondiente, claramente esto es la situación descrita en el ante ello es importante mencionar la norma establecida en el artículo 507 incisos segundo y terceros del Código del Trabajo, que señala:

“El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este Libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente”

Claramente estos subterfugios también son utilizados por los empleadores a fin de evitar la ejecución de los bienes, por lo que el Juez al fallar la tercería de dominio o la tercería de posesión, debe tener muy en cuenta la propiedad de las sociedades que actúan como tercerista y de la empresa ejecutada, y apreciar desde la perspectiva actual societaria y el fin máximo del Derecho del Trabajo que es proteger al Trabajador.

Si bien la norma señalada señala textualmente que sanciona al que con estos subterfugios se “tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y **previsionales**”, la sanción aplicable es una multa a beneficio fiscal en contra del empleador que realice el acto descrito en la norma, pero no existe norma expresa que habilite al juez a desechar posibles tercerías basada en subterfugios con el fin de eludir el pago de las cotizaciones adeudadas. Por esto, nuestra propuesta a este respecto, es que se incorpore en la ley 17.322, una norma expresa que haga referencia a los incisos 2 y 3 de artículo 507 del Código del Trabajo, e incluyendo un inciso en el cual se señale que en el caso de que el Juez constate que se han ejercido acciones utilizando subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones previsionales que establece la ley, deberá rechazar de plano dichas acciones y aplicar las multas contenidas en el artículo 507 del Código del Trabajo.

Regular el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.

Al tratar el tema del delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales se señaló que a nuestro parecer el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales es un tipo penal especial y que comparte similitudes con la apropiación indebida consagrada en el Código Penal, y posee por lo tanto una identidad particular, que la hacen merecedora de un tratamiento dogmático diferente, entre ello, el momento en que se configura este delito, con los problemas explicados en este trabajo. Lamentablemente no existiendo un tratamiento legal específico, ni un texto que ampare esta postura, es común que sea tratada bajo el mismo prisma con el que se trata la apropiación indebida consagrada en el Código

Penal, y se de lo señalado en el punto 3.3.2 de este trabajo, por lo anterior proponemos la siguientes medidas:

Establecer normas que establezcan el momento en que se configura el delito.

Se señaló anteriormente que uno de los temas mas discutidos, es el momento en que se configura este delito, por una parte, y siguiendo las normas aplicables a la apropiación indebida consagrada en el Código Penal, es dable pensar que se configura al momento de que el empleador no paga las cotizaciones, posición que deseamos por la existencia de la facilidad denominada "declaración y no pago", por la posibilidad de ejercer acciones civiles de cobro de la administradora y acciones civiles en sede penal, y por que el delito requiere de un hecho fáctico de que el empleador deudor no tiene la intención de enterar dichas cotizaciones; por otra parte, otros autores han señalado que el delito se configura al momento de transcurrir el plazo de 180 días, contados desde que se realizo la declaración y no pago, posición que deseamos por la posibilidad de ejercer acciones civiles de cobro de la administradora y acciones civiles en sede penal, por el problema que se produce respecto de la convivencia laboral, por la existencia de la herramienta legal establecida en el artículo 4 de la ley 17322, y agregándose además que solo seria aplicable al caso de cotizaciones declaradas y no pagadas excluyendo las cotizaciones retenidas y no declaradas. Y por último, la postura a la cual adherimos, que es que el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, en su calidad de delito penal especial, se configura como tal al momento de ocurrir el hecho fáctico de que el empleador deudor no tiene la intención de enterar dichas cotizaciones, que a nuestro parecer ocurre al agotarse toda posibilidad de realizar el cobro por parte de la institución de seguridad social obligada a ello. De lo anterior se desprende que para poder ejercer las acciones penales derivadas de este tipo penal especial, el tribunal de cobranza donde se este realizando el cobro declare incobrable dichas cotizaciones, ya sea por que prescribieron o por que quede manifiesto que no será posible que se enteren dichos dineros en los fondos de los trabajadores.

Resumiendo, a nuestro parecer debe normarse el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, a fin de establecer claramente que corresponde a un tipo penal especial, estableciendo cuales son las diferencias relevantes que posee, comenzando por señalar que este delito se configura al momento de agotarse todas instancia de cobro civil y esto sea certificado por el tribunal que lleva la causa de cobro, y esta certificación sea documento necesario para ejercer la acción penal.

Establecer normas que habiliten y obliguen a la administradora a ejercer las acciones derivadas de la comisión del delito.

Como se señalo en este trabajo, y basado en que la institución de seguridad social, posee un mandato legal para representar al trabajador, en cuanto a la administración de las cotizaciones y su cobro cuando estas no han sido enteradas, a nuestro parecer atendido que la institución previsional es la persona jurídica que se encuentra en mejor posición para conocer y denunciar el delito, y es que dicho mandato legal no solo es suficiente para ejercer la acción civil de restitución de lo apropiado indebidamente, si no que es mandato suficiente para ejercer incluso la querrela respectiva en contra del empleador que cometió el delito que tratamos. Justificamos esta postura, en el espíritu de la legislación previsional, por cuanto, es la administradora la que representa por mandato legal al trabajador en la administración, en la recepción de los fondos y en el cobro de ellos, por ser ella la que se encuentra en mejor posición para ser más eficiente estas labores, por lo que es dable entender que siguiendo el mismo orden de cosas, es ella la institución previsional la que se encuentra en mejor condición para representarlo en sede Penal, en defensa de todos sus intereses, y que entregar sólo al trabajador el ejercicio de estas acciones penales, seria poco practico dado los altos costos que incluyen, y que la mayoría de los trabajadores no podría ejercer.

Por ello, dentro de las normas que proponemos para regular el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales, esta el establecer en forma especifica que la administradora o institución de seguridad social que corresponde se encuentra en posición de ejercer la acción penal y la acción civil dentro de la

acción penal para el reintegro de lo defraudado. Esto acarrearía otra situación, esto es que la institución de seguridad social se vería obligada a ejercer la acción a fin de recuperar lo defraudado en virtud de la norma propuesta en el punto 4.2.1 de este trabajo relativo a realizar las gestiones pertinentes que franquea la ley para realizar el cobro.

Por último esta situación transformaría al ejercicio de la acción penal en la última instancia de persecución al empleador deudor, lo que se condice con los principios del derecho penal, acabando con muchas de las críticas que se pueden realizar a este delito en específico.

Como se señaló al comienzo de este capítulo las reformas al sistema previsional realizadas el año 2005 y siguientes, como asimismo, la llamada ley Bustos, han sido herramientas muy importantes en contra de la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales, pero como todo sistema, siempre cabe la posibilidad de ser mejorado, y esa es la intención de las medidas propuestas, el ser un aporte para que el sistema de cobranza de cotizaciones previsionales se acerque a la utópico estado de la perfección, a fin de subsanar la imperfección de la conducta humana.

CONCLUSIONES

Luego de haber analizado el sistema previsional y en especial el sistema de cobranza de cotizaciones de seguridad social, después de haber someramente analizado su relación con otras materias del derecho, los efectos que estas producen el sistema de cobranza previsional, y como existen una serie de situaciones que aún provocan que no todas las cotizaciones previsionales retenidas a los trabajadores sean integradas en sus fondos de ahorro previsional, solo nos queda realizar los siguientes comentarios finales, respecto a este trabajo:

- 1.- Nuestro actual sistema previsional es un sistema moderno que se ha ido actualizando a los tiempos, que posee una estructura sólida en cuanto a sus bases y funcionamiento, que ha sabido conjugar los intereses de la sociedad con los intereses privados, asimismo su estructura es acorde al sistema de mercado y libre competencia imperante actualmente en el mundo, pero no por ello ha olvidado su finalidad que es la seguridad social, para lo cual ha implementado sistemas de control al actuar de los involucrados.
- 2.- Como todo sistema humano no es perfecto, dentro de su estructura y funcionamiento cuenta con que los intervinientes en él cumplan cabal y correctamente con la función que el sistema les encarga, en virtud de la responsabilidad social que le corresponde, y atendida la imperfección humana es donde se encuentra la principal debilidad del sistema. El comportamiento contrario al sistema de algunos empleadores obliga a que se cuente dentro de la estructura y legislación con medios necesarios para hacer coercitivo su cumplimiento.
- 3.- En conjunto con lo anterior, se requiere que quien representa al trabajador que es el más débil del sistema, posea un comportamiento acorde con la responsabilidad social que se le ha entregado, por ello las administradoras en su comportamiento deben actuar con la mayor rigurosidad posible, y asimismo la legislación les debe otorgar las herramientas necesarias para ello, y concordante con esas herramientas

imponer obligaciones y responsabilidades en su comportamiento, por la importante misión que se le ha entregado.

4.- Las reformas al sistema previsional realizadas el año 2005 y siguientes, como asimismo, la llamada ley Bustos, han sido herramientas muy importantes en contra de estos comportamientos antisociales de los empleadores que no cumplen con su función dentro del sistema, pero aún es posible encontrar situaciones que permiten que los fondos que ha retenido nunca sean ingresados al ahorro previsional del trabajador, produciéndose la incobrabilidad de las cotizaciones previsionales.

5.- El sistema no es perfecto y el ingenio humano siempre hará posible que inescrupulosos saquen ventajas egoístas de él, por ello la legislación debe estar siempre en revisión, realizando una crítica constructiva de su aplicación práctica, ese ha sido el fin de este trabajo, y como se dijo anteriormente ser un aporte para que el sistema previsional y en especial el sistema de cobranza de cotizaciones previsionales se acerque a la utópico estado de la perfección a fin de subsanar la imperfección de la conducta humana, para lo cual humildemente se ha entregado posibles soluciones a los problemas planteados.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina.

- PIÑERA José, El cascabel al gato, la batalla por la reforma Previsional, Santiago, Editora Zig –Zag, 1991.
- PIÑERA José, América Latina: Comienza la gran revolución Previsional. En VV.AA., “El Ahorro Previsional. Impacto en los mercados de Capitales y la vivienda” Santiago: Corporación de investigación, estudio y desarrollo de la seguridad Social, 1995.
- ARTHUR ERRAZURIZ Guillermo, Régimen Legal del nuevo sistema de pensiones. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- BUSTAMANTE JERALDO Julio, Funcionamiento del nuevo sistema de Pensiones, Santiago Instituto Chileno de Administración de Empresas ICARE, 1988.
- GARRIDO MÉNDEZ Mario, La Infracción Laboral y el Delito Previsional, Santiago, LexisNexis Chile, 2002.
- GARRIDO MÉNDEZ Mario, La Infracción Laboral y el Delito Previsional, Santiago, Editorial Jurídica CONOSUR, 1995.
- Central Unitaria de Trabajadores, Sistema de pensiones en Chile, presentación hecha el 3 de Abril de 2006 ante el consejo de la reforma Previsional. Disponible en <http://www.consejoreformaprevisional.cl>
- RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel, Apropiación indebida de Cotizaciones Previsionales (ley 17.322, artículo 13) En gaceta Jurídica N°241, Santiago, 2000.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República a la Honorable Cámara de Diputados, N° 3-350 de fecha 22 de Septiembre de 2003.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.322, el código del trabajo y el D.L. N° 3.500, de 1980. Santiago, 22 de septiembre de 2003.
- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo V, 6° edición, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 2007.

- CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*, Tomo III, Quinta edición, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1998.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan y Otros, *Juicio Ejecutivo Panorama Actual*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.
- ACADEMIA JUDICIAL. *Manual de la cobranza ejecutiva laboral y previsional. Los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y el procedimiento ejecutivo*. Santiago, Academia Judicial, 2006.
- ALBORNOZ, Judith, CAMPOS R., Ricardo, VENEGAS, Natalia, *El empleador frente al sistema previsional Chileno (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales)*. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.
- GACETA JURÍDICA, Santiago, Chile (297), Marzo, 2005.
- BRAVO SOTO, José Andrés. *Los nuevos Juzgados de Cobranza laboral. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales)*. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ELGUETA Adrovez, Patricio. *Análisis de la ley N° 20.023, que modifico la ley N° 17.322 sobre cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de seguridad social. Manual de Consultas Laborales y Previsionales. N° 247. Editorial Lexis Nexis. diciembre 2005.*
- RUBIO ESTAY, Rene, *El emplazamiento, base del proceso jurisprudencial (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales)*. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1978.
- OLATE, Felipe; FUENZALIDA, Andrés. *Apropiación Indevida de Cotizaciones Previsionales. Memoria (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales)*. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.
- HORVITZ Lennon, Maria Inés. LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal penal Chileno. Tomo II*, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 2005.
- PERRAZO Gagliardo, Pierino. "La acción en el nuevo proceso penal" *Revista de Derecho Procesal N° 20 Facultad de Derecho . Universidad de Chile. 2001.*
- ABELIUK Manasevich, Rene. *LAS OBLIGACIONES. Tomo II*, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1993. p 995.
- PUELMA Accorsi, Alvaro. *Curso de Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile. 1971.

- PUGA Vial, Juan Esteban. Derecho Concursal El juicio de Quiebras, Tomo II. Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1999.
- CHALHUB, Nabih; TEJADA, Pablo. Efectos de la quiebra en los Contratos de Trabajo. Tesis (Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.
- PRADO Puga, Arturo. Ciclo de charlas “el proceso de calificación de la quiebra”. Colegio de abogados. Santiago. 1999.
- ETCHEBERRY, Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial” Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. “Derecho penal. Parte Especial”. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003.
- BITRAN Hasson, Yoab. La insolvencia Punible. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Depto. Ciencias penales, 2007.

Textos Normativos Chilenos.

- Código Civil
- DFL 1, CHILE, Texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas que constituyen el Código del Trabajo. Enero 2003. modificado Agosto 2009.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Código de Procedimiento Civil
- Código Penal
- DL3500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Santiago. Chile, Noviembre de 1980.
- LEY Nº 17.322. CHILE. Normas para la cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social. Santiago. Chile, Agosto de 1970.
- Ley 19.631. CHILE. IMPONE OBLIGACION DE PAGO DE COTIZACIONES PREVISIONALES ATRASADAS COMO REQUISITO PREVIO AL TÉRMINO DE LA RELACION LABORAL POR PARTE DEL EMPLEADOR. Septiembre de 1999.

- Ley 20.255. CHILE. Establece Reforma Previsional. Marzo de 2008.
- Ley 20.022, CHILE. crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional en las comunas que indica. Mayo de 2005.
- Ley 20.023, CHILE. modifica la ley nº 17.322, el código del trabajo y el d.l. nº 3.500, de 1980. Mayo de 2005.
- Ley 14.908. CHILE, Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.
- Ley 19.968. CHILE. Crea los tribunales de Familia. Agosto de 2004, última modificación Septiembre 2008.
- Circular Nº 946 Superintendencia de Seguridad Social, CHILE, "Imparte instrucciones relativas a la confección de los estados financieros de 1985 y su presentación a esta superintendencia", Santiago. 30 de diciembre de 1985.

Textos Normativos Internacionales.

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica), de noviembre de 1969.
- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, de 16 de diciembre de 1966.
- PROTOCOLO Nº 4 AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de septiembre de 1963.

Jurisprudencia.

- CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de 21 de julio de 2004, recaída en la causa rol Nº 35.338, considerando 4º. Ratificado por, CORTE SUPREMA, sentencia de 2 de agosto de 2004, recaída en la causa rol Nº 3.216-2004.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 14 de junio de 2004, recaída en la causa rol Nº15.169-2004.

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 17 de abril de 2007, recaída en la causa rol N° 3323-2007, confirmada por la CORTE SUPREMA con fecha 8 de octubre de 2007, causa rol N° 4613-2007.
- ltma. CORTE SUPREMA, sentencia de reemplazo de 29 de octubre de 2000. recaída en la causa rol 2777-2001.

Paginas Web.

- www.poderjudicial.cl
- www.safp.cl
- www.bbvaprovida.cl
- www.afphabitat.cl
- www.poderjudicial.cl
- www.bcn.cl
- www.congreso.cl
- www.ingcapital.cl
- www.cuprum.cl
- www.planvital.cl
-

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	03
--------------------------	-----------

CAPITULO I

<u>1.- EL SISTEMA PREVISIONAL CHILENO</u>	06
--	-----------

<u>1.1 Reseña Histórica.....</u>	06
----------------------------------	----

<u>1.2 Principios formadores y legislación.....</u>	10
---	----

Capitalización Individual.....	10
--------------------------------	----

Universalidad.....	12
--------------------	----

Libertad.....	13
---------------	----

Administración Privada.....	15
-----------------------------	----

<u>1.3 Funcionamiento y financiamiento.....</u>	17
---	----

<u>1.3.1 Cotización obligatoria.....</u>	17
--	----

<u>1.3.2 Retención por parte del Empleador.....</u>	20
---	----

Retención.....	20
----------------	----

Pago a la administradora.....	22
-------------------------------	----

Declaración y no pago.....	23
----------------------------	----

<u>1.3.3 Las Administradoras de Fondos de Pensiones y la rentabilidad.....</u>	25
--	----

Los Multifondos.....	27
----------------------	----

La Superintendencia de Pensiones (ex Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones).....	33
---	----

La Comisión Clasificadora del Riesgo.....	37
---	----

Las Modalidades de Pensión.....	39
---------------------------------	----

CAPITULO II

<u>2.- EL SISTEMA DE COBRANZA PREVISIONAL.....</u>	42
---	-----------

<u>2.1 Principios generales y Procedimiento.....</u>	42
--	----

Procedimiento ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales.....	44
Intervinientes en el proceso	44
Inicio y tramitación del procedimiento	45
<u>2.2 Actividad del Trabajador.....</u>	<u>73</u>
<u>2.3 Negligencia por parte de la AFP.....</u>	<u>78</u>
<u>CAPITULO III</u>	
<u>3.- INCOBRABILIDAD DE COTIZACIONES</u>	
<u>PREVISIONALES Y SUS EFECTOS.....</u>	<u>90</u>
<u>3.1 Antecedentes.....</u>	<u>90</u>
<u>3.2 Definición de incobrabilidad de cotizaciones previsionales.....</u>	<u>91</u>
<u>3.3 motivos de incobrabilidad de cotizaciones previsionales.....</u>	<u>94</u>
3.3.1 Falta de notificación, emplazamiento y requerimiento de pago.....	94
3.3.2 El delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales y el ingreso de los dineros defraudados en los fondos previsionales de los trabajadores.....	102
3.3.3 La Prescripción	113
3.1.3.1 La acción civil y su prescripción.....	114
3.1.3.2 La acción penal y su prescripción.....	118
3.3.3 La Quiebra del Empleador.....	122
<u>3.4 Efectos de la incobrabilidad de cotizaciones previsionales.....</u>	<u>134</u>
3.4.1 Efectos directos en el trabajador.....	135
3.4.2 Efectos en el sistema.....	136

CAPITULO IV

4.- POSIBLES SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS.....140

4.1 Revisar las condiciones del uso de la Declaración y No pago.....140

4.1.1 Limitar periodo de Declaración y No pago.....141

4.1.2 Desincentivar Declaración y No Pago.....143

4.1.2.1 Aumentar Costos de realizar la Declaración y No Pago para el empleador.....143

4.1.2.2 Declarar de oficio la calidad de Quiebra fraudulenta, del empleador declarado en quiebra que posea deuda previsional, en virtud de la presunción establecida en el artículo 220 n° 4 de la ley de quiebras.....147

4.2 Aumentar la responsabilidad de la Administradora en el cobro.....151

4.2.1 Cambiar la redacción de la ultimo caso del 4 bis de la ley 17322.....152

4.2.2 Incorporar norma que obligue a las administradoras a informar a los afiliados de los juicios de cobranza de sus cotizaciones y el estado en que estos se encuentran.....153

4.2.3 Incorporar una norma que permita a los afiliados actuar como terceros coadyuvantes en los juicios de cobranza de sus cotizaciones.....155

4.3 Incorporación de norma para requerir información de oficio como en la ley de pago de pensión de alimentos.....157

4.4 Creación de un registro nacional de juicios de cobranza previsional y de seguridad social.....159

4.5 Negación o limitación del timbraje de documentos tributarios por parte del SII.....160

4.6 Incorporar una norma expresa que haga referencia al artículo 507

<u>incisos 2 y 3 del Código del Trabajo relativa a los subterfugios que pueda utilizar el empleador para eludir obligaciones previsionales y que habilite al juez para desechar de plano acciones basadas en dichos subterfugios.....</u>	162
<u>4.7 Regular el delito de apropiación indebida de cotizaciones previsionales.....</u>	163
4.7.1 Establecer normas que establezcan el momento en que se configura el delito.....	164
4.7.2 Establecer normas que habiliten y obliguen a la administradora a ejercer las acciones derivadas de la comisión del delito.....	165
CONCLUSIONES.....	167
BIBLIOGRAFÍA.....	169