

Trabajo recibido el 5 de septiembre de 2013 y aprobado el 7 de enero de 2014

La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido*

COMPENSATION FOR TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT:
A TOOL FOR PROTECTION OF DISMISSAL

IRENE ROJAS MIÑO**

RESUMEN

A partir de las propuestas planteadas respecto de la modificación del sistema de indemnizaciones por término de contrato, en este trabajo se analiza la incidencia que éstas tendrían en el sistema chileno de relaciones laborales, particularmente como instrumento de protección ante el despido.

ABSTRACT

Taking as a starting point the proposals for modifications of the compensation for termination of employment contract system, this work analyzes their effects on the Chilean labor relations system, specially as a tool for protection of dismissal.

PALABRAS CLAVE

Indemnizaciones por término de contrato, Despido laboral, Despido arbitrario

KEYWORDS

Indemnities for contract termination, Layoff, Unfair layoff

I. Introducción

El ordenamiento jurídico laboral en Chile establece una indemnización general por término de contrato, que comprende las que proceden por despido específico¹, por despido injustificado y por lesión de derechos fundamentales. Dispone además otras indemnizaciones por término de contrato pero estas son

* Este artículo forma parte del Proyecto Enlace-Fondecyt, de la Universidad de Talca, titulado "La indemnización por término de contrato de trabajo y el despido arbitrario".

** Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca. Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Correo electrónico: irojas@utalca.cl.

¹ Efectúo tal denominación a fin de identificar la que procede por aplicación de las causas de necesidades de la empresa y de desahucio empresarial.

de carácter particular, aunque, en todo caso, su base jurídica es la ley laboral o el ordenamiento en su conjunto².

Pues bien, desde hace un tiempo algunos sectores del país³, y también desde fuera del mismo⁴, demandan la modificación del sistema de indemnizaciones lo que involucra, además del cambio de su régimen jurídico, su reducción e inclusive su supresión. Si bien estas demandas no identifican la indemnización, pareciera que comprende sólo las de carácter general, y en ellas, a lo menos, la que procede por despido específico.

Sin embargo estas propuestas no han reparado, a lo menos expresamente, en las graves consecuencias que ellas tendrían en el sistema de terminación del contrato de trabajo. En efecto, a partir de la confusión de la naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato, estas propuestas plantean eliminar el único instrumento de protección general ante el despido que existe en sistema jurídico laboral chileno y que es, precisamente, el de la indemnización por término de contrato.

En una perspectiva de Derecho comparado, se comprueba que los diversos sistemas regulan la terminación de contrato de trabajo, en general, y el despido –es decir, la terminación del contrato por iniciativa del empleador⁵– en

² Como son la indemnización sustitutiva del aviso anticipado de la terminación del contrato de trabajo, las indemnizaciones alternativas a la general, es decir, de trabajador de casa particular y la pactada a todo evento, las indemnizaciones por término anticipado del contrato temporal y la indemnización que en base al derecho común procede por el daño moral causado con ocasión del despido.

³ Entre otros, véase, COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), pp. 73-74.

⁴ Véase ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, OECD (2009), p. 69. Al efecto, la OECD ha propuesto "(...)como parte de un paquete de reformas de mercado de trabajo de flexiguridad, Chile debería considerar abolir las regulaciones de pago de indemnizaciones, en consideración con su planeado mejoramiento de programa de SD –seguro de desempleo– (...). Si el programa de desempleo no es suprimido, el monto máximo debería ser reducido sustancialmente para limitar el desincentivo de los empleadores a suscribir contratos de duración indefinida".

⁵ Sin perjuicio de los problemas 'terminológicos' que plantea la expresión 'despido', tal como ya lo ha planteado la doctrina de Derecho comparado (por todos, DE BUEN (2000), pp. 83 y ss.), particularmente por la regulación legal sobre la terminación del contrato de trabajo (como señalan BAYLOS GRAU y PÉREZ REY (2009), pp. 25 y ss.), y a pesar del escaso análisis que existe sobre esta expresión en nuestro sistema de relaciones laborales, debemos acordar que 'despido' corresponde al término de contrato por iniciativa del empleador, cualquiera sea la causa de dicha terminación, y ello sobre la base de lo establecido por el legislador laboral.

En efecto, si bien con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.631 de 1999 –sobre nulidad del despido– el legislador limitaba el uso de esta expresión a la terminación causada por el empleador sin fundamentación suficiente, es decir, respecto del despido injustificado y el despido indirecto, con la Ley N° 19.631 amplía la calificación de despido a toda terminación efectuada por iniciativa del empleador, en cuanto expresamente sanciona que "para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior(...)" (n. 1 letra c. del artículo único de la Ley N° 19.631, actual artículo 5°, inciso 1° del CT), éstas son las causas de terminación por iniciativa del empleador.

particular; además, limitan o excluyen el despido sin fundamento, o sea el que sólo se basa en el arbitrio empresarial.

Y ello porque además de los bienes jurídicos e intereses que están comprometidos –tal cual son la estabilidad y la flexibilidad laboral– la regulación del sistema de terminación del contrato de trabajo, especialmente la del despido en general y la del despido arbitrario en particular, define la posición de las partes del contrato de trabajo y la posibilidad real del trabajador de exigir el cumplimiento de las normas laborales⁶. Como se ha señalado, “(...)en la medida en que el empresario pueda despedir arbitrariamente a los trabajadores, podrá degradarse de manera muy significativa la eficacia real del Derecho del Trabajo tanto en su dimensión individual como colectiva”.⁷

Al efecto, los diversos sistemas jurídicos de relaciones laborales establecen variados instrumentos de protección ante el despido arbitrario, lo que no sucede en el caso chileno, en el que la indemnización es el único mecanismo jurídico de carácter general que limita este despido. Así, su supresión significaría, además de eliminar el instrumento de estabilidad de carácter universal, distanciar aún más la posición de poder de las partes en el contrato de trabajo y, por consiguiente, disminuir la eficacia de las normas del Derecho del Trabajo.

Por lo demás, desde algunas de las propuestas se ha planteado el supuesto alto monto de las indemnizaciones legales en Chile, ello en relación con la de otros sistemas jurídicos. Es discutible dicha afirmación, más aún si se confrontan los respectivos sistemas y la suma de instrumentos de protección ante el despido arbitrario que cada uno de ellos tiene. Ello hace necesario un análisis comparado de los diversos sistemas.

Este trabajo pretende, de una parte, dar cuenta de los efectos que tendría la modificación de la indemnización en el sistema de terminación del contrato de trabajo vigente en Chile y, de la otra, analizar en una perspectiva comparada la posición que ocupa el sistema chileno respecto a los instrumentos de protección ante el despido. Para ello, en primer lugar, se informa de los diversos instrumentos de protección de la estabilidad laboral y ante el despido que disponen diversos países de la OECD más algunos latinoamericanos⁸. En segundo término, se da cuenta del sistema de terminación del contrato de trabajo en Chile y los fundamentos de la indemnización general por término de contrato. En tercer lugar, se analizan los fundamentos y los contenidos de las propuestas

⁶ En este sentido, CRUZ VILLALÓN (2012), p. 13.

⁷ En un sentido similar, aunque referido al sistema jurídico español, véase a ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), pp. 250-297.

⁸ Este análisis de Derecho Comparado, con todas las limitaciones que plantea, pretende verificar la existencia y la dimensión con que operan los diversos instrumentos de protección ante el despido. A este efecto se consideran dos grupos de países, algunos de Latinoamérica y otros de Europa.

referidas a la modificación de indemnizaciones. Finalmente, y en cuarto lugar, se examina el espacio que ocupan las indemnizaciones en la terminación de contrato de trabajo y el impacto que tendrían dichas propuestas en el sistema chileno de relaciones laborales.

II. Los instrumentos jurídicos de protección ante el despido en los sistemas de Derecho comparado

II.1. La diversidad de instrumentos de protección ante el despido. Como se ha sostenido, la indemnización no es sino uno más de los componentes de la protección ante el despido⁹, particularmente el despido arbitrario. Así, en los de índole institucional están, entre otros, la causalidad en la terminación del contrato, los procedimientos que se establezcan y las exigencias de preaviso, los controles administrativos y judiciales, las posibilidades de readmisión y la intervención sindical.¹⁰

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha dispuesto normas mínimas sobre la materia, existiendo a la fecha tres instrumentos específicos sobre la terminación del contrato de trabajo. Particularmente importante es el Convenio 158, que si bien no ha sido ratificado por el Estado de Chile, es necesario tener presente en su calidad de norma mínima internacional. Este Convenio establece, en síntesis, lo siguiente: (i) la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debería ser por causa justificada, (ii) la procedencia de dos tipos de indemnizaciones por término de contrato: primero, una indemnización “adecuada” por el despido injustificado; segundo, independientemente de la indemnización antes señalada, se establece una indemnización “por fin de servicios u otras medidas de protección a los ingresos”, aunque podrá preverse la pérdida de esta última indemnización en el supuesto de falta grave del trabajador, (iii) en el supuesto de terminación del contrato de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos se plantea tanto la consulta a los representantes de los trabajadores como la notificación a la autoridad competente.

Este análisis de Derecho Comparado, con todas las limitaciones que presenta¹¹, pretende verificar la existencia y la dimensión con que operan los diversos instrumentos de protección ante el despido. A este efecto se consideran dos grupos de países, los latinoamericanos y los europeos. El primer grupo lo in-

⁹ En este sentido, ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT (2010), pp. 311 y 312.

¹⁰ ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT (2010), pp. 311 y 312.

¹¹ Como ha señalado reiteradamente la doctrina, el estudio de Derecho Comparado exige un acercamiento riguroso al ordenamiento extranjero “(...) que exige trascender la mera comparación del dato legal para tomar en consideración el contexto social y político y, desde luego, la aplicación práctica e interpretación jurisprudencial del derecho”. En este sentido, LÓPEZ TERRADA y NORES TORRES (2011), p. 1290.

tegran Argentina, México y Uruguay. El segundo grupo comprende Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia y Reino Unido¹².

II.2. En Latinoamérica, todos los países que han sido estudiados consagran exigencias para la terminación del contrato, así como la obligación del preaviso y una indemnización por el despido injustificado. Sin embargo, sólo México incorpora un procedimiento de despido colectivo y ninguno de los países estudiados establece la obligación de la consulta o participación de los representantes de los trabajadores.

En efecto, tanto Argentina como México y Uruguay disponen que el despido debe ser causado y, a la vez, que procede una comunicación previa al mismo¹³. Frente al despido injustificado, sólo México contempla la posibilidad de readmisión o indemnización por tal despido, y en ambos casos el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, o “salarios vencidos” como los denomina la doctrina mexicana¹⁴.

En los tres países procede la indemnización por despido injustificado, pero los montos varían. En Uruguay es de un mes de remuneración por cada año trabajado con un tope de seis meses¹⁵. En Argentina es de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, aunque esta base de remuneración tiene un tope¹⁶. En México la indemnización general es de tres meses de salario¹⁷ y procede

¹² Esta selección se planteó originalmente sobre la base de países miembros de la OECD, y sí lo son todos los que se consideran en el ámbito europeo. En ellos se contemplan países con los que tenemos un mayor acercamiento en el ámbito jurídico, como son España, Italia y Francia, como también los que tienen influencia en nuestro país, es decir, Alemania y Reino Unido. Además se considera a Dinamarca por las referencias planteadas acerca de su peculiar sistema de relaciones laborales.

Respecto de los países latinoamericanos, el único que también está en la OECD es México, por lo que se lo incluyó. La misma consideración se efectuó con Argentina y Uruguay, los que sin estar en la OECD integran nuestro entorno regional y son los países con los que tenemos un mayor intercambio jurídico.

¹³ En Argentina se establece la obligación de preavisar la extinción del contrato de trabajo, “(...) a fin de evitar que la decisión sea para el trabajador intempestiva” (PINTO (2008), p. 278). Esta comunicación debe ser escrita cuando se trata de “actos jurídicos, como consecuencias de los cuales se extinguirá la relación de trabajo en situaciones poco favorables para el trabajador”. (CERRUTI (2008), p. 329).

¹⁴ DE BUEN (2000), p. 115. Asimismo, FÉLIX (2012).

¹⁵ En esta materia, véase: PLÁ (1991), pp. 257 y ss.; y BARBAGELATTA (2007), pp. 239 y ss.

¹⁶ En conformidad con la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, Ley N° 20.744. Específicamente, el artículo 245, que en el segundo párrafo establece: “Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo”.

¹⁷ Art. 48, Ley Federal del Trabajo, México.

además la indemnización por antigüedad, denominada “prima de antigüedad”¹⁸, a la que tienen derecho los trabajadores de planta con más de quince años de antigüedad, cualquiera sea la causa de terminación, aunque el supuesto de renuncia debe cumplir determinadas exigencias.

Asimismo, el ordenamiento jurídico mexicano establece una normativa especial de despido colectivo, denominada de “Terminación colectiva de las relaciones de trabajo”, pero su supuesto no depende del número de trabajadores afectados, sino de específicos escenarios derivados del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos¹⁹, para lo cual se requiere comunicación y, en su caso, autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

II.3. Respecto de los países europeos, todos ellos forman parte de la Unión Europea y si bien a nivel comunitario se ha planteado el debate sobre flexiseguridad, el que se ha referido entre otras materias a la protección ante el despido²⁰, estos sistemas mantienen sus mecanismos de protección, incluidos los de carácter regional sobre la materia. En relación a la terminación del contrato de trabajo²¹, la Directiva comunitaria más relevante es la referida al Despido Colectivo, ello sin perjuicio de diversas otras que inciden en esta materia, particularmente las Directivas antidiscriminatorias que precisamente prohíben los despidos discriminatorios.

La Directiva sobre despidos colectivos, 98/59/ de 20 de julio de 1999, sostiene que “(...) interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la comunidad”. Al efecto, establece la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores y la comunicación a la autoridad laboral en los supuestos de despidos de un determinado número de

¹⁸ Art. 162, Ley Federal del Trabajo, México.

¹⁹ Los supuestos específicos se refieren a:

I. La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la terminación de los trabajos;

II. La incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación;

III. El agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva;

IV. Los casos del artículo 38 (referido a “(...) explotación de minas que carezcan de minerales costeables o para la restauración de minas abandonadas o paralizadas, pueden ser por tiempo u obra determinado o para la inversión de capital determinado).

V. El concurso o la quiebra legalmente declarado, si la autoridad competente o los acreedores resuelven el cierre definitivo de la empresa o la reducción definitiva de sus trabajos”.

²⁰ Sobre esta materia véase de GOERLICH PESET (2008), pp. 33, 53. Asimismo, PEREZ REY (2009), pp. 135-157.

²¹ En esta materia se ha tenido como textos base los siguientes: ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), CRUZ VILLALÓN (2012) y LÓPEZ LÓPEZ (2007), pp. 253-285.

trabajadores en el período que se señala²². La consulta plantea como mínimo “(...)las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias(...)”²³, para lo cual el empresario durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil deberá “proporcionarles toda la información pertinente”.²⁴

Respecto del despido individual los diversos países establecen los institutos que se señalan: (i) la causalidad del despido y un procedimiento general que comprende diversas etapas, como es la audiencia al trabajador afectado y la consulta a los representantes de los trabajadores; (ii) un procedimiento especial en el despido por necesidades económicas; y, (iii) el establecimiento de indemnizaciones, a lo menos respecto del despido injustificado.

En forma previa debe señalarse que el despido, como institución jurídico-laboral, no está necesariamente regulado por la ley sino que también en diversos sistemas se plantea como fuente de regulación el acuerdo colectivo, que en muchos de estos países tiene eficacia jurídica normativa²⁵. Esta fuente convencional es particularmente relevante en Dinamarca, país en el cual la mayor parte de la regulación sobre esta materia está precisamente en estos acuerdos colectivos²⁶.

²² De acuerdo con el Art. 1º, letra a) de esta Directiva, “(...) se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un período de 30 días:

al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

ii) o bien, para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados”

²³ Art. 2.2. de Directiva 98/59.

²⁴ Art. 2.3. letra a) de Directiva 98/59.

La letra b de tal precepto agrega al efecto:

“(...)comunicarles, en cualquier caso, por escrito:

i) los motivos del proyecto de despido;

ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;

iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;

iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;

v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido;

vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales”.

²⁵ Sobre la materia, véase, ROJAS MIÑO (1998).

²⁶ Como señala ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 282, respecto de la mayor parte de los trabajadores se aplica el Acuerdo Básico entre la Central Sindical LO y la patronal DA.

(i) Respecto del procedimiento, todos los países en estudio establecen un sistema causado y un procedimiento para la terminación del contrato, el que en algunos casos contempla la participación de los representantes de los trabajadores, ya sea sindical, ya sea unitaria, a través de los comités de empresa²⁷.

En todos los países el despido debe ser fundado. Asimismo, debe comunicársele previamente al trabajador, aunque esta anticipación varía entre los distintos países y al interior de los mismos, según cuál sea la fuente normativa que regula la materia, la antigüedad del trabajador y la causa de terminación que se aplique; en todo caso esta extensión puede ser de varios meses²⁸. De otra parte, en algunos países la aplicación del despido disciplinario no requiere aviso anticipado²⁹.

En algunos de los países la comunicación se acompaña con una audiencia a la que se convoca al trabajador, a la que puede asistir con el representante de los trabajadores, tal como sucede en Reino Unido y en Francia. Además en Alemania y en Dinamarca se plantea la participación de los representantes del comité de empresa y del sindicato, respectivamente, en el proceso de impugnación del despido.

En todo caso, en todos estos países se contempla la impugnación judicial del despido³⁰. Frente a la declaración de un despido injustificado³¹, en varios de los países opera la reincorporación o la indemnización, y en todos ellos procede la indemnización por dicho despido.

(ii) Medidas especiales respecto del despido por motivos económicos. Si bien el despido por motivos económico que involucra a un número mayor de trabajadores es regulado por las normas de despido colectivo, el que necesariamente conlleva la consulta con los representantes de los trabajadores y la comunicación a la administración laboral, de acuerdo con la Directiva 98/56, los diversos sistemas contemplan dicha causa en el ámbito individual, por lo que constituye despido justificado. Empero, en algunos de estos sistemas es objeto de una regulación especial tanto a nivel de ley como de doctrina jurisprudencial.

²⁷ Téngase presente que en la mayoría de los sistemas europeos hay una duplicidad de representaciones de los trabajadores. Por una parte está la sindical, que se constituye en los diversos niveles de la estructura productiva y territorial, aunque mayoritariamente esté centralizada y funciona a través de las confederaciones de nivel central. De otra parte está el comité de empresa, cuyo ámbito es precisamente el de empresa y representa a todos los trabajadores de la misma.

²⁸ Es el caso, entre otros, de Alemania, en el que la extensión mínima es de cuatro semanas y puede llegar a siete meses según sea la antigüedad del trabajador.

²⁹ Como es el caso de España. Al respecto, véase de LÓPEZ LÓPEZ (2007), pp. 1221-1235.

³⁰ Aunque en el caso de Dinamarca este reclamo se plantea ante un Tribunal de Despidos que es un tribunal especial creado por el Acuerdo Colectivo.

³¹ Como es Reino Unido y España.

En efecto, en Alemania³², además de las exigencias establecidas por la jurisprudencia, como es la supresión del puesto de trabajo, la Ley de Protección contra el Despido establece dos requisitos para aplicar la causa: primero, que el trabajador no pueda ser ocupado en otro puesto de trabajo dentro de su mismo centro de trabajo o en otro centro de la misma empresa; segundo que el empleador no haya considerado en la selección del trabajador, o lo haya considerado de forma insuficiente, la antigüedad, las cargas familiares y la edad del trabajador.³³

En Francia, por su parte, la Corte de Casación exige una relación de causalidad entre los hechos invocados, constituida por una serie de antecedentes, como es la necesaria supresión del empleo y la causa aplicada. Así, no se admite esta causa “(...)cuando la situación de la empresa se debe a la conducta culpable del empleador”³⁴ y se considera que el despido tiene que operar como último medio “cuando no ha sido posible la recolocación del trabajador en el marco de la empresa o el grupo al que pertenece”.³⁵ En los demás países, con excepción de Dinamarca, procede una indemnización especial, aunque debe hacerse presente que si bien en Dinamarca “no existen reglas particulares para la selección de los trabajadores, ni una obligación de que el despido sea el último recurso”, son frecuentes las medidas alternativas al despido como es el reparto del empleo, lo que se debería “a la presencia y fortaleza sindical”.³⁶

(iii) Las indemnizaciones por término de contrato. Respecto de las indemnizaciones debe distinguirse entre las de despido injustificado y las otras indemnizaciones generales por término de contrato.

En efecto, en la mayoría de los países en estudio se establecen indemnizaciones generales más allá de las de despido injustificado. Así, en Italia se contempla una indemnización general como salario diferido, por lo que se aplica cualquiera sea la causal, y otra que es por causa económica³⁷; en España se dispone una indemnización por despido objetivo que incluye el económico, lo mismo que en Francia.

³² La Ley de Protección contra el Despido, citada por LÓPEZ TERRADA y TORRES NORES (2011), pp. 1290 y ss., establece como causa “las necesidades urgentes de la empresa, que impidan que el trabajador continúe prestando sus servicios en ella”.

³³ Ley de Protección contra el Despido, citada por LÓPEZ TERRADA y TORRES NORES (2011), pp. 1290 y ss.

³⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 272.

³⁵ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 272.

³⁶ *Ibíd.* p. 283. ÁLVAREZ DEL CUVILLO agrega al efecto, “Si la causa se refiere a la conducta o a los resultados del trabajador, la decisión empresarial se somete a un mayor escrutinio y se exige que se haya advertido suficientemente bien al trabajador de sus obligaciones o de la posibilidad del despido”.

³⁷ Aunque en esta última es otorgada por la Cassa de Integrazione Guadagna, financiada por cotizaciones de los empresarios o de éstos y los trabajadores (ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 276).

En todos estos sistemas se incorpora la indemnización por despido injustificado y lo que varía es su monto y la forma de determinarlo. En términos generales y sin atender a reglas específicas la situación es la siguiente. En Reino Unido, una parte es tasada, y se equipara a la indemnización por causa económica más otra compensación, la que depende de los perjuicios concretos³⁸. En Francia, se establece una indemnización mínima “correspondiente al salario de los últimos seis meses, que podría ser mayor para reparar íntegramente el perjuicio causado(…)”³⁹. En Alemania, la indemnización no está tasada pero su monto puede llegar hasta 12 meses de salario⁴⁰. En Dinamarca se define la indemnización sobre la base de diversas consideraciones y tiene un límite de 52 semanas de salario⁴¹. En España la indemnización por este despido es de 33 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades⁴². En Italia la indemnización depende del tamaño de la empresa: en empresas pequeñas, la indemnización varía entre 2,5 y 6 meses de salario, mientras que en las demás empresas la indemnización mínima será de cinco meses de salario.

II.4. Así, los distintos sistemas jurídicos contemplan una diversidad de instrumentos de protección frente al despido. Al efecto podría resumirse en tres las vías de protección.

Primero, frente al despido en general; respecto del cual se establecen distintos mecanismos: (i) Un sistema causado que excluye el despido arbitrario y un procedimiento que requiere un preaviso. Asimismo, plantea la posibilidad de impugnación judicial. (ii) La procedencia de una indemnización por aplicación de específicas causas como también por el despido arbitrario, es decir, que no está fundado en alguna de las causas señaladas por el sistema. (iii) La consecuencia de efectos especiales cuando se han lesionado derechos fundamentales, como es la nulidad del despido. (iv) La autorización judicial previa a la terminación del contrato de trabajo. (v) La consulta y/o audiencia a la representación de la organización de los trabajadores.

Segundo, frente a los despidos colectivos, se requiere la comunicación y autorización de la autoridad administrativa –México– y la consulta obligatoria a la representación de las organizaciones de trabajadores –países de la Unión Europea.

Tercero, frente a la aplicación de la causa económica, se requiere consulta a la representación de la organización de trabajadores como también acreditación de la directa incidencia de la causa en la terminación del contrato de trabajo.

³⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 270.

³⁹ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 273.

⁴⁰ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 280.

⁴¹ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 285.

⁴² Art. 56 letra a) del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, todos estos sistemas muestran la concurrencia de una pluralidad de mecanismos, en los cuales adquiere relevancia la participación de la representación de trabajadores en la decisión y en las modalidades de la misma de la terminación del contrato de trabajo.

III. La terminación del contrato de trabajo y sus respectivas indemnizaciones en Chile

III.1. El actual sistema de terminación del contrato y sus antecedentes históricos. Desde sus inicios el Derecho del Trabajo en Chile ha regulado la terminación del contrato de trabajo. El antiguo modelo normativo del Código del Trabajo de 1931⁴³ estableció un sistema causado de terminación del contrato de trabajo, sin embargo en él procedía el desahucio dado por el empleador; a la vez, diversas categorías de trabajadores tuvieron derecho a indemnizaciones por término de contrato, pero éstas no se vinculaban necesariamente al desahucio empresarial. Las primeras normas que limitaron el despido colectivo en nuestro país fueron las consagradas por la Ley N° 7.747 de 1943⁴⁴, las que rigieron mientras se mantuvo vigente el antiguo modelo normativo del C.T. de 1931.⁴⁵

Un sistema de estabilidad laboral y de protección ante el despido arbitrario sólo se configuró con la Ley N° 16.455 de 1966 –conocida precisamente como “Ley de estabilidad relativa en el empleo”–, al excluir el desahucio dado por el empleador como causa de terminación del contrato de trabajo y disponer la reincorporación del trabajador a la empresa en el supuesto de que el empleador no lograra acreditar la causa alegada previa impugnación judicial. Sólo en el caso de no aceptar la reincorporación, el empleador de-

⁴³ Es decir, desde la dictación de las Leyes Sociales del año 1924, al regularse el grueso de las materias básicas de las relaciones laborales.

⁴⁴ Cuyo origen es un proyecto del entonces Presidente de la República, D. Juan Antonio Ríos, quien, dado el conflicto bélico internacional, propuso medidas especiales y en relación a las relaciones laborales “(...) adoptar medidas que asegurasen la estabilidad del obrero que provenga (sic) las contingencias de la cesantía y que coordine los intereses patronales con las necesidades generales de la nación” (Mensaje de Ejecutivo, Sesiones de la Cámara de Diputados –ordinaria-1943, tomo I, pp. 23 y ss.).

⁴⁵ En síntesis, el despido colectivo que afectase a más de diez trabajadores requería, en primer lugar, la autorización administrativa previa –de los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Trabajo y Previsión Social–, en segundo lugar, aviso previo a los trabajadores afectados y la Inspección del Trabajo respectiva y, en tercer lugar, en el supuesto que la administración considerase injustificada la medida, procedía el pago de una indemnización especial –sin perjuicio del “desahucio legal”, es decir, de la indemnización por término de contrato que habían establecido distintos textos legales– equivalente a quince días de salario por cada año y fracción superior a nueve meses.

bía pagar las remuneraciones de tramitación –es decir, las remuneraciones correspondientes al período de separación– y la indemnización por término de contrato, que era fijada en definitiva por el Juez que conocía de la causa y cuyo monto mínimo era equivalente a un mes de remuneración por año trabajado y fracción superior a seis meses. Ciertamente, esta indemnización constituye una sanción al empleador. Conjuntamente, la Ley N° 16.455 mantuvo el régimen jurídico sobre despido colectivo y amplió la cobertura de la protección a través del fuero laboral a categorías de trabajadores en situación de mayor vulnerabilidad frente al despido.

Sin embargo, el sistema de estabilidad relativa en el empleo tuvo un breve período de vigencia. Ya en los inicios de la dictadura militar se modificaron sus normas, reemplazándose todo el sistema hacia fines de la década del setenta a través del Plan Laboral, particularmente el D.L. 2.200, de 1978, y la Ley N° 18.018, de 1981. Con esta nueva normativa se reincorpora el desahucio empresarial como causa de terminación y la indemnización por término de contrato sólo se establece respecto de dicha causa, aunque se disminuye drásticamente el monto de la misma –a un mes de remuneración por año trabajado con un límite máximo de 150 días de remuneración– e, inclusive, en un período esta norma pasa a ser de carácter dispositivo⁴⁶. Además se suprimen las normas sobre despidos colectivos y se limita el fuero laboral. En todo caso, se mantiene la posibilidad de impugnación judicial, pero la acción sólo puede pretender el reconocimiento de un desahucio empresarial y la procedencia de las indemnizaciones indicadas.

Las sucesivas reformas laborales efectuadas en el nuevo sistema democrático⁴⁷ han incorporado específicas modificaciones sobre la terminación del contrato de trabajo.

Primero, la exclusión de la aplicación general de la causa de desahucio empresarial, manteniéndola sólo respecto de específicas categorías de trabajadores –cuyas relaciones de trabajo plantean un alto nivel de confianza con el empleador⁴⁸–. Además se ha incorporado la causa económica de necesidades de la empresa.

⁴⁶ En cuanto las partes del contrato de trabajo podían pactar la improcedencia de la indemnización. Esta dispositivización de la indemnización se estableció con la Ley N° 10.018, de 14 de agosto de 1981 y fue suprimida con la Ley N° 18.372, de 17 de diciembre de 1984.

⁴⁷ Particularmente, la Ley N° 19.010, de 1990, la Ley N° 18.759, de 2001 y la Ley N° 20.087, de 2005.

⁴⁸ Éstas son: Primero, los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración. Segundo, los trabajadores de casa particular. Tercero, los cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de los mismos.

Segundo, el reconocimiento y definición del respectivo régimen jurídico de dos nuevas categorías del despido, y que son el despido injustificado, indebido o improcedente –que se sintetiza como despido injustificado, para todos los efectos⁴⁹–, y el despido con lesión a derechos fundamentales. La particularidad es que la consecuencia que se les otorga es la procedencia de indemnizaciones por término de contrato, con la excepción de específicos supuestos de despido con lesión a derechos fundamentales en los que se plantea la nulidad del despido.

Tercero, el aumento del monto de la indemnización, ya sea la indemnización por despido específico y que en parte sirve de base de cálculo a las diversas categorías de indemnizaciones –de cinco a once meses de remuneración–, ya sean las indemnizaciones por despido injustificado.

Cuarto, el establecimiento de especiales exigencias para la terminación del contrato, como la acreditación del pago de las cotizaciones de seguridad social.

En definitiva, el actual régimen jurídico de la terminación del contrato de trabajo plantea un procedimiento con específicas exigencias. La terminación del contrato debe fundamentarse en alguna de las causas señaladas por el legislador, debiendo el empleador pagar una indemnización cuando aplique determinadas causas. A la vez, requiere el cumplimiento de concretos requerimientos bajo sanción de nulidad de la terminación del contrato, como en los casos de vulneración del fuero laboral y de falta de pago de las cotizaciones de la seguridad social. Si bien se plantean otras exigencias, su incumplimiento configura un despido injustificado o sólo una infracción de carácter administrativo.

El no cumplimiento de la causalidad del despido o de otras especiales exigencias configura un despido injustificado, pero su declaración requiere impugnación judicial. La consecuencia de que se acoja la demanda es una indemnización por término de contrato, cuyo fundamento es el despido injustificado. A su vez la lesión a derechos fundamentales con ocasión del despido da lugar también a una indemnización adicional, salvo los casos en que el efecto definido por la ley sea el de la nulidad del despido.

⁴⁹ Existe discusión respecto de la exacta denominación. La norma laboral, específicamente el Art. 168, inciso 1°, del CT establece la denominación genérica de aplicación “injustificada, indebida o improcedente” y un sector de la doctrina (en este sentido, THAYER y NOVOA (1998), p. 106) ha planteado que cada una de las denominaciones dice relación con la imputación de una específica categoría de causas de terminación del contrato de trabajo. Así, las causas objetivas (Art. 159, N°s. 4, 5 y 6, del CT) configurarían el despido injustificado, las causas disciplinarias (todas las que establece el Art. 160 del CT) configurarían el despido indebido y las causas por necesidades de la empresa y el desahucio empresarial (Art. 161 del CT) corresponderían al despido improcedente.

No obstante es cuestionable esta relación, toda vez que existen otros supuestos que configuran el despido injustificado, como son la falta de comunicación del despido y de los hechos que se imputan, y por razones de unificación de ideas y por motivos de redacción, el despido sin justificación se sintetiza precisamente como “injustificado”.

III.2. La indemnización en el sistema de terminación del contrato de trabajo. En este sistema es la indemnización por término de contrato el instrumento que opera frente al despido, ya sea por aplicación de específicas causas –desahucio y necesidades de la empresa–, por el incumplimiento de la causalidad del despido e incumplimiento de especiales exigencias, o por lesionar derechos fundamentales del trabajador a través del acto del despido. Es cierto que procederían otras indemnizaciones por término de contrato y su base jurídica es la misma ley laboral o el ordenamiento en su conjunto, pero éstas son de carácter específico⁵⁰ y no son parte de este estudio, que está referido sólo a las indemnizaciones generales de término de contrato.

Así, y de acuerdo con su fundamentación, se plantean tres indemnizaciones de carácter general: por despido en casos específicos, por despido injustificado y por lesión a derechos fundamentales. Aunque debe considerarse que el sistema jurídico adiciona dos exigencias para la procedencia de las dos primeras indemnizaciones –es decir, por despido específico y por despido injustificado– y que son: de una parte, se requiere que el respectivo contrato tenga una vigencia de a lo menos un año y, de la otra, se precisa que el contrato sea de tiempo indefinido, por lo que se excluirían los contratos de plazo fijo y los contratos de obra; de todos modos, sobre la materia existe doctrina contradictoria⁵¹.

(i) Indemnización por despido específico. Es la que ordena el legislador en el supuesto de despido por necesidades de la empresa y de desahucio empresarial. Su fundamentación sería la responsabilidad del empleador en la pérdida de un derecho del trabajador, cual es el de la antigüedad. Si bien podría sostenerse respecto al desahucio empresarial que es una sanción al empleador por haber puesto término al contrato del trabajador sin más argumento que su mera voluntad, ello es discutible, pues es considerado por el legislador como ‘justa causa’ de terminación del contrato, por lo que el sistema jurídico, al menos el de carácter legal, acoge dicha causa de terminación. La discusión se plantearía al supuesto de aplicación de la causa de necesidades de la empresa. Dados

⁵⁰ Primero, como indemnización eventualmente conjunta con la general está la substitutiva del aviso anticipado de la terminación del contrato de trabajo, Segundo, como indemnizaciones alternativas a la general están la de trabajador de casa particular y la pactada a todo evento. Tercero, como indemnización independiente de la general está la que procede por término anticipado del contrato temporal, sea de plazo fijo o de obra. Cuarto, sobre la base del derecho común procede la indemnización por el daño moral causado con ocasión del despido.

⁵¹ En cuanto, en el caso de contrato de plazo fijo y de obra o servicio la doctrina jurisprudencial ha sostenido la procedencia de una indemnización por término de contrato sobre la base de específicos supuestos, varios de los cuales son los mismos que originan la indemnización por término de contrato de trabajo de tiempo indefinido; sin embargo, en los primeros contratos el fundamento de la indemnización es el lucro cesante.

los antecedentes y en especial la Historia de la Ley N° 19.010⁵², es el mismo argumento que opera respecto del desahucio y éste es el reconocimiento de la responsabilidad del empleador en la pérdida del derecho de antigüedad del trabajador; y se imputaría dicha responsabilidad al empresario dado que es él quien administra la empresa.

(ii) Indemnización por despido injustificado. Es la indemnización que procede por incumplimiento de la causalidad del despido y de específicas exigencias establecidas por el legislador. Se suma a esta categoría la indemnización por despido indirecto, es decir la que debe el empleador cuando ha sido el trabajador quien pone término al contrato pero fundado en un incumplimiento del empleador⁵³. El fundamento de esta sanción es claro: se plantea como sanción al empleador por haber puesto término al contrato de trabajo sin una causa que lo fundamente, es decir, por haber despedido arbitrariamente; como también por no haber cumplido especiales obligaciones del contrato.

Fue la primera reforma laboral, a través de la Ley N° 19.010, la que incorporó esta indemnización. En efecto, si la terminación del contrato por iniciativa del empleador o del trabajador, según el caso, es declarada judicialmente como despido injustificado o como despido indirecto, respectivamente, se sanciona con una indemnización adicional a la de despido específico, la que ascendía a un veinte por ciento, en términos generales⁵⁴.

Empero, la cuantía de esta indemnización por despido injustificado es aumentada a través de la Ley N° 19.759, de 2001⁵⁵, la que se define en razón del mayor o menor reproche que presenta la específica configuración del despido, en una variación que se extiende entre el treinta y el cien por ciento de la indemnización base del despido. Sin embargo este aumento de la indemnización por despido injustificado no encuentra su génesis en el Proyecto

⁵² Véase, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 19.010”.

⁵³ El despido indirecto plantea como causa la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador en el supuesto que sea el empleador quien haya incurrido en determinadas causas subjetivas voluntarias, a saber (i) Alguna de las conductas indebidas de carácter grave a que se refiere el Art. 160, N° 1, CT; (ii) Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de estos, de acuerdo con el Art. 160, N° 5, CT; (iii) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, según el Art. 160, N° 7, CT.

⁵⁴ Excepcionalmente esta indemnización sanción puede ascender a un cincuenta por ciento de la de antigüedad, en cuanto debe tratarse de causas lesivas a la honra del trabajador –la de los números 1, 5 y 6 del Art. 161 del CT y además el despido debe ser declarado “*carente de motivo plausible por el tribunal*”.

⁵⁵ La que modifica diversas materias laborales, y que, para efectos de ordenación de las modificaciones legales, constituye la Segunda Reforma Laboral.

del Ejecutivo⁵⁶, sino que en una propuesta de algunos Senadores⁵⁷, quienes la plantean conjuntamente con la posibilidad de reincorporación del trabajador en el supuesto de declaración judicial del despido injustificado, aunque esta última indicación no obtiene el apoyo requerido.

(iii) Indemnización por despido lesivo a derechos fundamentales. Esta indemnización es la que procede por lesión a un derecho fundamental con ocasión del despido, quienquiera sea el trabajador titular del mismo. Esta indemnización será adicional a las que procedan por despido específico y por despido injustificado, la fijará el juez y no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Su origen está en la Ley N° 19.759, de 2001, la que estableció la indemnización por despido lesivo a la libertad sindical. En efecto, respecto del trabajador que no goza de fuero y que ha sido víctima de un despido en vulneración de la libertad sindical, se le otorga un derecho de opción entre la reincorporación y las indemnizaciones por término de contrato –es decir, las indemnizaciones por despido específico y por despido injustificado–, a la que se agrega la del despido lesivo de la libertad sindical, la que, de acuerdo con la ley, *“fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”*⁵⁸.

Posteriormente, a través de los textos legales de la Reforma Procesal Laboral –particularmente la Ley N° 20.087– y en el marco del establecimiento de instrumentos especiales de tutela de derechos fundamentales del trabajador, se definió una indemnización adicional ante el despido lesivo de derechos

⁵⁶ El proyecto original de esta reforma laboral fue presentado por el Presidente D. Ricardo Lagos, a través del Proyecto de Ley N° 16 de noviembre de 2000 –Mensaje N° 136-343– al que posteriormente el Ejecutivo adicionó la Indicación Sustitutiva de 20 de marzo de 2001 –N° 353-34–. Al efecto, véase de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 19.759.

⁵⁷ En efecto (“BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 19.759, pp. 511y ss.), quienes la plantean son los Senadores D. Mariano Ruiz-Esquide, D. José Ruiz De Giorgio y D. Jorge Lavandero, a través de sucesivas Indicaciones, las que se incorporan en el Boletín de Indicaciones N° 2626-13 que se titula como “Indicaciones Formuladas durante la discusión general del Proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias (...)

Número 20, Indicación número 155

(...) Introdúcese las siguientes modificaciones al artículo 168:

a. Reemplázase en el inciso primero la expresión “veinte” por “cincuenta”.

b. Reemplázase en el inciso tercero la expresión “cincuenta” por “cien”.

c. Reemplázase el inciso final por el siguiente: “Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, quedará sin efecto dicha terminación, debiendo procederse a la inmediata reincorporación el trabajador a sus labores”.

La última indicación no es aceptada pero sí se acepta el aumento de la indemnización sanción.

⁵⁸ Art. 294 del CT.

fundamentales, que opera de una manera similar a la que procede respecto del despido con vulneración a la libertad sindical, en cuanto se integra con la indemnización por antigüedad y la de sanción por despido injustificado, y se debe sumar una indemnización adicional que será fijada por el juez de la causa, y “(...) no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”.⁵⁹

En definitiva, las indemnizaciones por término de contrato son de tres categorías: indemnización de despido específico, indemnización sanción por despido injustificado e indemnización sanción adicional por despido lesivo a derechos fundamentales.

IV. Las propuestas, sus fundamentos de reducción o supresión de las indemnizaciones por término de contrato y las observaciones a dichas propuestas

Hasta ahora se han planteado diversas propuestas de modificación del régimen de indemnizaciones por término de contrato⁶⁰. Éstas son (i) el Proyecto de Protección del Trabajador Cesante, Protrac⁶¹ (1997), (ii) el de la Comisión Trabajo y Equidad⁶² (2008) –aunque de esta Comisión se efectuaron dos planteamientos sobre las indemnizaciones por término de contrato–, (iii) el de la OECD⁶³ (2009) y (iv) el de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez⁶⁴ (2011); además varios de los postulados de esta última entidad, en

⁵⁹ Art. 489, inciso 3° del C.T.

En todo caso, no se otorga al trabajador la facultad de la alternativa de reincorporación, salvo el caso la facultad de despido discriminatorio, por haber infringido el inciso cuarto del artículo 2° del C.T. y siempre que ello sea calificado como grave por el tribunal, caso en el cual el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones por despido lesivo a derechos fundamentales.

⁶⁰ A las que se deben sumar las iniciativas que no lograron presentar públicamente sus resultados. En tal sentido, en los primeros meses del Gobierno del Presidente D. Sebastián Piñera (2010-2014), la entonces Ministra del Trabajo y Previsión Social, Doña Camila Merino, anuncia la creación de una Comisión que estudiará tanto la indemnización como el seguro de desempleo (“La Tercera”, 4 de abril de 2010, p. 38 y “El Mercurio”, martes 22 de junio de 2010, B9). Sin embargo la discusión no se manifestó en textos de producción científica sino que a través de la prensa escrita, ya sea editoriales (“La Tercera”, martes 6 de abril de 2010, p. 3; “El Mercurio”, miércoles 7 de abril de 2010, A3; “El Mercurio”, sábado 29 de mayo de 2010, A3) y reportajes (“La Tercera”, lunes 5 de abril de 2010, p. 22; “La Tercera”, martes 6 de abril de 2010, p. 25; “La Nación”, viernes 9 de abril de 2010, p. 10).

⁶¹ Se materializó en un Proyecto de Ley que fue enviado por el entonces Presidente de la República D. Eduardo Frei Ruiz Tagle. Véase Mensaje N. 57-335, de 1997.

⁶² COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008).

⁶³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, OECD (2009).

⁶⁴ REPETTO *et al.* (2011).

particular los referidos a indemnizaciones por término de contrato, se reiteran en la propuesta de Res Pública Chile(2013)⁶⁵.

III.1. Los fundamentos de estas propuestas. Son varios los fundamentos de estas propuestas, algunos de ellos se reiteran, como es su calificación de instrumento de la seguridad social, y otros son planteados por específicas propuestas o aisladamente por alguna de ellas, como son los efectos negativos en el mercado laboral.

El cuestionamiento generalizado sostiene que la indemnización es un beneficio de seguridad social, específicamente ante el desempleo, y que no cumpliría su objetivo dada su escasa cobertura dado que no comprendería más de un 6% de la población laboral. Así lo plantea el Proyecto del Protrac, en cuanto *“(...) hoy en día, la protección al trabajador cesante (...) radica fundamentalmente en la responsabilidad directa del empleador, quien debe dar cumplimiento a las normas sobre indemnizaciones por despido consultadas en el Código del Trabajo”*⁶⁶. Y este mismo fundamento lo esgrime la Comisión Trabajo y Equidad: *“En Chile, los instrumentos de protección al trabajador ante estos riesgos (perder el empleo y tener un período de desempleo más largo de lo esperado⁶⁷) son el Seguro de Cesantía y las indemnizaciones por años de servicios”*.⁶⁸ Años después la Propuesta de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez esboza este fundamento pero como consecuencia de la carencia de un seguro de desempleo: *“(...) las indemnizaciones además ayudan a los trabajadores a enfrentar el riesgo de perder el empleo de manera involuntaria y el de experimentar un desempleo más largo que el esperado”*.⁶⁹

Si este fuese el fundamento de las indemnizaciones por término de contrato tendría razón la crítica de una baja cobertura, en cuanto, de acuerdo con los datos de la Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo, Encla, al año 2008 sólo el 7% de los trabajadores tenía derecho a tal indemnización⁷⁰, porcentaje

⁶⁵ Res Pública Chile (2013).

⁶⁶ Fundamento N° 4 del Proyecto de Ley, nominado “Compartir la responsabilidad por el trabajador cesante”.

⁶⁷ Lo señalado entre paréntesis ha sido incluido por parte de la autora, en cuanto alude al párrafo inmediatamente anterior, que señala: “En este contexto, los trabajadores enfrentan dos tipos de riesgos: perder el empleo de manera involuntaria y, condicional en ello, experimentar un desempleo más largo de lo esperado”. (COMISIÓN EQUIDAD Y TRABAJO (2008), p. 77).

⁶⁸ Por lo demás, esta comisión incorpora la propuesta de estas indemnizaciones en la sección relativa al Seguro de Cesantía y no en la de Institucionalidad Laboral, evidenciando la escasa relevancia que le otorga a la dimensión laboral de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo.

⁶⁹ REPETTO *et al.* (2011), p. 17.

⁷⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Encla 2008 (2009), p. 49.

que se reitera en la Encla del año 2011⁷¹. Sin embargo, es discutible esta cifra, dado que la Encla sólo está considerando una indemnización que procede por necesidades de la empresa y por desahucio empresarial; es decir, la de antigüedad⁷² y desconoce las de despido injustificado y de despido lesivo de derechos fundamentales, pues éstas últimas no están incorporadas en dicha cifra⁷³.

El segundo cuestionamiento que se plantea es el de los efectos perversos de la indemnización en el mercado de trabajo. De una parte, desincentivaría la movilidad laboral y el crecimiento de los salarios⁷⁴. De la otra, generaría una segmentación laboral, la que emanaría de la diversidad contractual⁷⁵, o sea contratación indefinida y, por consiguiente, con derecho a indemnización, versus contratación temporal y sin derecho a indemnización. Así, se ha señalado que “(...) las indemnizaciones por años de servicio (...) además protegen en mayor medida a los trabajadores menos vulnerables, que duran más en el empleo y que trabajan en empresas que las puedan financiar”.⁷⁶

Si bien el grueso de los fundamentos explicitados son los antes señalados, se plantean otros que son manifestados informalmente y que se presentan en los diversos sistemas. De una parte, las posiciones que apuestan por la desregulación en las diversas materias laborales y el consiguiente mayor poder del empleador⁷⁷. De la otra, la reivindicación de disminución de costos laborales, en el marco de la competencia económica entre las empresas⁷⁸.

⁷¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Encla 2011 (2012), p. 89.

⁷² En efecto, el dato se construye sobre la base de las causas de terminación del contrato que originan dicha indemnización, esto es, las del artículo 161 del CT.

⁷³ Y difícilmente la Encla podría considerarla en atención a que la indemnización por despido injustificado se define judicialmente y no por el empleador. Tal vez una forma de superar esta carencia es incluir dicha pregunta en la Encuesta, aunque sería algo particular preguntar sobre “cuál es el número de ocasiones en que en el período ha sido sancionado judicialmente por haber despido injustificadamente o con lesión a derechos fundamentales”.

⁷⁴ Como señala al efecto el Informe de la COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), p. 79: “En particular desincentivan la movilidad, elemento fundamental para la productividad, No menos importante, el esquema de indemnizaciones tiene efectos dinámicos en el nivel y forma de contratación de trabajadores y afecta la estructura de antigüedad con la que desea trabajar la empresa. También desincentivan el crecimiento de los salarios y llevan a empleadores a evitar contratos indefinidos de larga duración, para evitar el costo de la indemnización y de la litigación que pudiese producirse asociada al debate sobre su pago”.

⁷⁵ En este sentido, ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, OECD (2009) en cuanto el Derecho del Trabajo en Chile establecería elementos de discriminación al favorecer a trabajadores internos con contratos de duración indefinida y excluir a trabajadores externos con contratos precarios.

⁷⁶ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), p. 78.

⁷⁷ Argumentos que han sido identificados por la doctrina laboralista; en este sentido, BAYLOS GRAU y PÉREZ REY (2009), pp. 25 y ss. y ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT (2010).

⁷⁸ ALFONSO MELLADO y FABREGAT MONFORT (2010), pp. 309 y 310.

IV.2. El contenido de la propuesta. La propuesta mayoritaria que se formula es sustituir el régimen de indemnizaciones vigente por el de un fondo de indemnizaciones a todo evento, es decir, que cubriría cualquier causa de terminación del contrato de trabajo⁷⁹.

La Comisión Trabajo y Equidad⁸⁰ propone de manera consensuada generar un fondo de indemnizaciones a todo evento para trabajadores contratados a plazo indefinido, ello con aportes exclusivos del empleador; de esta manera, se reemplazaría la cuenta individual del Seguro de Cesantía y se ampliaría el beneficio a un monto mayor. A la vez plantea conservar la indemnización “por años de servicios” a cargo del empleador, propuesta que se presenta a través de dos posiciones. De una parte, bajar el monto de la indemnización por término de contrato a medio mes por año de servicio con tope, considerando lo acumulado en el fondo para el pago de la indemnización por despido. De la otra, mantener el actual sistema de indemnizaciones.

La Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez sugiere, a su vez, una indemnización a todo evento, que se financia con aportes periódicos de los empleadores. Pero este aporte sólo considera medio mes por año trabajado⁸¹. En todo caso, este sistema cubriría a todos los contratos laborales, es decir indefinidos y temporales, y se mantendría el derecho a impugnar la causal aplicada, pero en el supuesto de que se acoja tal reclamo la indemnización por despido injustificado sólo comprendería el recargo definido por ley⁸². Por lo anterior debería entenderse que la provisión de fondos cubriría la base del despido injustificado y, siguiendo la misma lógica, la base del despido con lesión a derechos fundamentales, aunque sobre esta materia la propuesta no efectúa planteamiento.

En definitiva, y con excepción de la segunda posición de la Comisión Trabajo y Equidad –que propone la procedencia del Fondo y de un régimen de indemnizaciones en los términos establecidos por el actual régimen jurídico⁸³– lo que se plantea constituir es un Fondo de Indemnizaciones que se financie a través de un sistema de provisión de indemnizaciones, la que cubriría además el monto base del despido injustificado y, seguramente, el del despido con lesión

⁷⁹ Sin perjuicio de que también se propone su supresión, como es la propuesta condicionada de la OECD. Al efecto, véase Organization for Economic Co-Operation and Development, OECD (2009).

⁸⁰ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), pp. 73 y 74.

⁸¹ Esto es el equivalente a 4,11% de la remuneración del trabajador, versus el 8,33 % que se requeriría para financiar treinta días de remuneración por cada año trabajado.

⁸² REPETTO *et al.* (2011), p. 19.

⁸³ Aunque estrictamente no es el actual ordenamiento jurídico, en cuanto el sistema entonces propuesto no hace referencia a la indemnización por despido lesivo a derechos fundamentales, en circunstancias de que éste ya estaba vigente con la Ley N° 20.260 de 29 de marzo de 2008.

a derechos fundamentales. Por consiguiente, la propuesta eliminaría la carga empresarial del pago de la indemnización al término del contrato de trabajo en los específicos casos definidos por el legislador, sustituyéndolo por un sistema de provisión de indemnizaciones. De esta manera, se constituiría un fondo de indemnizaciones, que sería financiado en todo o en parte por el empresario y que pagaría las concretas indemnizaciones al momento de la terminación del contrato de trabajo.

IV.3. Observaciones a las propuestas de modificación a las indemnizaciones. Son varias las observaciones que se pueden formular a dichas propuestas, en cuanto la indemnización por término de contrato no constituye un seguro de desempleo y que es discutible que la actual legislación ocasione la segmentación contractual. Además, debe hacerse presente que la demanda de un sistema de provisión de fondos para el pago de las indemnizaciones se reitera en la historia jurídica-laboral chilena, con especial énfasis en los últimos años.

a. La indemnización por término de contrato no constituye un seguro de desempleo. En efecto, los diversos sistemas jurídicos, incluido el chileno, la establecen como un instrumento de protección ante el despido, por lo que mal puede criticársele por no cumplir los objetivos de seguridad social. Así, el ordenamiento laboral vigente establece una indemnización general por despido por causas específicas y que son las de necesidades de la empresa y la especial aplicación del desahucio empresarial, indemnización que plantea un resarcimiento de la pérdida de los derechos de antigüedad del trabajador, de la cual el ordenamiento jurídico hace responsable al empleador. Junto con ella se contempla una indemnización sanción que constituye una pena al empleador por haber incurrido en un despido injustificado o haber causado un despido indirecto. Además, está la indemnización sanción agravada, la que constituye una sanción mayor por haber cometido un despido que ha lesionado derechos fundamentales del trabajador.

Por consiguiente, en conformidad con su naturaleza jurídica, ninguna de estas indemnizaciones constituye una prestación de desempleo, tal como se ha sostenido en las propuestas referidas⁸⁴. Otro fenómeno es que, en el ámbito de las relaciones laborales, los trabajadores perciban las indemnizaciones como un beneficio por término de contrato de trabajo.

b. La segmentación del mercado laboral. La OCDE ha planteado que la existencia de la indemnización sólo en los contratos de tiempo indefinido ocasionaría una segmentación en el mercado laboral, al excluir la contratación temporal, particularmente la de trabajadores externalizados. Sin embargo es discutible dicha afirmación, dado que la segmentación en el mercado laboral

⁸⁴ Véase notas 1 y 2.

no sería motivada por la diversidad de la contratación laboral definida en la legislación, sino que por la estructura organizacional de las empresas, entre otras causas.

En efecto, los antecedentes muestran que la contratación indefinida no es garantía de ninguna estabilidad. Ya la Encuesta Laboral, Encla, del 2008 planteó que si bien un alto porcentaje de los contratos son de tiempo indefinido –más del 70%–, la mitad de los contratos de dicha duración no se prolongan por más de tres años y uno de cada cinco termina durante el primer año de su vigencia⁸⁵. Además, constató que en diversos sectores económicos cuyas actividades son esencialmente temporales la contratación es de carácter indefinido⁸⁶. La Encuesta Laboral del 2011 registra un aumento de la contratación indefinida al 75%, pero se mantiene el porcentaje de corta vigencia de los contratos indefinidos⁸⁷.

c. La propuesta permanente de indemnizaciones a todo evento mediante la provisión de fondos por parte del empresario. En efecto, esta propuesta ha estado vigente en la historia chilena y se ha reactualizado con las reformas laborales planteadas al Plan Laboral.

El sistema de Fondo de Indemnizaciones existió en la historia jurídica chilena, específicamente en el antiguo modelo normativo, es decir, el del C.T. de 1931, toda vez que la Ley 6.020 de 1937 estableció dicho fondo respecto de los empleados particulares, suprimiendo, a la vez, la indemnización por término de contrato que se contemplaba originalmente en la legislación laboral⁸⁸. Precisamente la demanda empresarial fue la de sustituir dicha indemnización por un sistema de provisionar las indemnizaciones⁸⁹. Años después, el D.F.L. 243, del mes de agosto de 1953, amplió este beneficio a todos los obreros imponentes del Servicio de Seguro Social, siempre que no fueran trabajadores independientes.

⁸⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Encla 2008 (2009), pp. 45 y 46.

⁸⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Encla 2008 (2009), p. 47.

⁸⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Encla 2011 (2012), pp. 74-79. Sin embargo, esta Encuesta ya no efectúa el análisis del porcentaje de contratación indefinida en actividades principalmente temporales.

⁸⁸ Este fue un beneficio que se planteó originalmente respecto de los empleados en la Ley N° 4.059, de 1924, y que posteriormente se incorporó al CT de 1931.

⁸⁹ Así lo expone el entonces Senador D. Fernando Alessandri Rodríguez respecto a la discusión en la Comisión de Trabajo, en donde plantearon sus posiciones tanto los representantes de los empresarios como de las organizaciones de empleados: “(...) los propios empleadores, que representaban a este gremio, insistieron en esta modificación, considerando las observaciones hechas manifestaron que, a pesar de ello, estimaban que este artículo debía aprobarse y era fundamental para ellos. Aún más (...) para ellos lo fundamental de esta ley era precisamente el cambio de régimen por lo que respecta a la indemnización por años de servicios”. Sesiones del Senado (extraordinaria) 1936-1937, tomo II, p. 1.256.

En todo caso, estos fondos de indemnización coexistieron con indemnizaciones por despido injustificado, establecidas ya sea a propósito del despido colectivo⁹⁰ –incorporada por Ley N° 7.747 de 1943 y posteriormente derogada por Ley N° 18.018 de 1981– ya sea por la vigencia del sistema de estabilidad relativa en el empleo⁹¹ –planteada por la Ley N° 16.455 de 1966, derogada entre 1973, por D.L. 32, y 1981, con la Ley N° 18.018–.

Por su parte, la propuesta de indemnizaciones a todo evento mediante la provisión de fondos por parte del empresario se presenta a lo largo de la última etapa de la evolución del sistema de indemnizaciones por término de contrato. En efecto, desde la primera reforma laboral, efectuada a través de la Ley N° 19.010, de 1990, se plantea por parte del legislador el sustituir las indemnizaciones por término de contrato por una indemnización a todo evento, la que se financiaría mediante la provisión de fondos por parte del empresario. Este sistema se impone entonces a los trabajadores de casa particular y se formula en términos facultativos a las partes de las demás relaciones de trabajo. En este último supuesto, la indemnización a todo evento procedería por acuerdo individual o colectivo y su particularidad es que sólo puede regir a partir del séptimo año de la relación laboral, ya que por los primeros seis años rige la indemnización por antigüedad y por sanción a que se ha hecho referencia y que, desde luego, procede por las causas específicas que originan tales indemnizaciones. A partir del séptimo año de relación laboral procedería el pago de la indemnización cualquiera sea la causa de terminación, pero, a la vez, el monto de la misma es inferior, un mínimo de medio mes de remuneración por año trabajado y fracción superior a seis meses.

Al parecer, esta propuesta legal no tuvo mayor acogida en las relaciones laborales, puesto que no se conocen pactos en tal sentido. Pese a ello, en el año 1997 el Ejecutivo volvió a efectuar una propuesta sobre esta materia a través del Proyecto de Ley sobre sistema de protección al trabajador cesante, Protrac, el que, si bien no fue aprobado, manifiesta una voluntad política de reasignar en parte las indemnizaciones por término de contrato a una protección ante el

⁹⁰ Esta indemnización procedía con ocasión del despido colectivo que afectase a más de diez trabajadores, la que requería una autorización administrativa – emanada de los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Trabajo y Previsión Social–. Si la autoridad consideraba injustificada la medida, procedía una indemnización que era equivalente a quince días de salario por cada año y fracción superior a nueve meses.

⁹¹ Dicho sistema estableció una indemnización sanción que procedía en el supuesto que el empleador se negase a la reincorporación del trabajador por un despido injustificado, caso en el cual además de pagar las remuneraciones correspondientes al período en que estuvo separado de sus funciones, el juez debía definir la cuantía de la mismas, *“la que no podrá ser inferior a un mes por año de servicios continuos o discontinuos prestados a la misma empresa y fracción no superior a seis meses”* (Art. 8° de Ley N° 16.455).

desempleo. Sin embargo, la propuesta del Protrac fue acogida en parte a través de la Ley N° 19.728 de 2001⁹², la que establece un “Seguro de Desempleo”, en cuanto las indemnizaciones por despido específico que deba el empleador en razón de la aplicación de las causas de necesidades de la empresa y de desahucio se imputarán en la parte que corresponda al saldo de la cuenta individual, constituida por los aportes empresariales más la rentabilidad obtenida⁹³, siempre que el trabajador haya estado cubierto por dicho seguro⁹⁴.

V. Los instrumentos de protección ante el despido y la incidencia de las propuestas en el sistema de terminación del contrato de trabajo

Ciertamente la incidencia de las propuestas de modificación al régimen de indemnizaciones por término de contrato de trabajo en Chile se define en razón de la configuración de este sistema de terminación de contrato y del espacio que en él ocupan las indemnizaciones en su rol de instrumento de protección ante el despido, en cuanto es distinta la consecuencia en un medio en el que se dispone de diversos instrumentos versus aquél en el que sólo se cuenta con dicho mecanismo.

V.1. La perspectiva de los sistemas comparados. Si bien cada uno de ellos presenta peculiaridades respecto de la terminación del contrato de trabajo, la gran mayoría plantean instrumentos que no se limitan al despido arbitrario sino que se extienden a las diversas manifestaciones del despido, con particulares medidas respecto del despido por causas económicas.

⁹² Ley que estableció un seguro de desempleo y que entró en vigencia el pasado 1 de octubre de 2002. De acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de la Ley N° 19.728, “*los derechos establecidos en esta ley son independientes y compatibles con los establecidos por los trabajadores en el Título V del Libro I del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 13 de la presente ley*”.

⁹³ El seguro se financia en general por aportes del trabajador, del empleador y del Estado. Las fuentes de financiamiento de estas cuentas dependen del tipo de contrato del concreto trabajador. Si es contrato indefinido, la Cuenta Individual de Cesantía se financia sólo con aporte del trabajador –un aporte equivalente al 0,6% de su remuneración– y del empleador –con un aporte equivalente al 1,6% de la remuneración del trabajador–. Mientras que si es contrato temporal, se trata de plazo o de obra, el aporte es sólo empresarial y éste corresponde a un monto equivalente al 2,8% de la remuneración del trabajador. En ambos casos se considera la remuneración sobre la base del concepto general del art. 41 del CT, con un monto máximo de 90 UF.

⁹⁴ Recuértese que no todos los trabajadores están cubiertos por dicho seguro. En términos generales, sólo los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, que no sean trabajadores de casa particular, sujetos a un contrato de aprendizaje, menores de 18 años y hasta que los cumplan y los trabajadores pensionados, salvo que se hubiesen pensionado por invalidez parcial. En términos específicos, sólo están afiliados automáticamente a este seguro los trabajadores que celebren contrato de trabajo a partir de la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 19.728, es decir, del 1° de octubre del 2002 (art. 2°, inc. 2°, Ley N° 19.728) y, además, los trabajadores con contrato vigente a la fecha indicada que opten por incorporarse al seguro, tras cumplir los avisos indicados por ley (Art. primero transitorio de Ley N° 19.728).

Más allá de los procedimientos y de la posibilidad de readmisión que establecen los diversos sistemas, son tres los elementos que en la perspectiva de la protección ante el despido diferencian al sistema chileno de los sistemas comparados. En primer lugar, las indemnizaciones por término de contrato, tanto en lo relativo a los supuestos que definen su procedencia, como a los montos de la misma. En efecto, en varios de los sistemas las indemnizaciones no se limitan a las causas económicas y al despido arbitrario sino que se amplía a causas objetivas e inclusive a causas voluntarias; además, en varios de estos países el monto de la indemnización es superior al que se establece en Chile. En segundo término, los sistemas plantean particulares medidas frente al despido por causa económica, que si bien no lo excluyen, impiden su aplicación por motivos no fundados y controlan su uso desde la administración laboral cuando se trata de despidos colectivos. En tercer término, el instrumento más relevante es sin duda la intervención de la representación de la organización de los trabajadores, que cubre las diversas aristas del sistema de terminación del contrato de trabajo, ya sea en su perspectiva individual, procediendo la participación de dicha entidad en la audiencia de comunicación del despido, como en las consultas y socialización de la información de los despidos colectivos.

Indudablemente, este último elemento no es sólo parte del régimen jurídico de terminación del contrato, sino que del entero sistema de relaciones laborales, en los que se manifiesta opción de relaciones laborales democráticas.

V.2. La configuración del sistema de terminación de contrato de trabajo en Chile. Este sistema se estructura sobre la base de causas que permiten al empleador poner término al contrato, aunque el mismo sistema permite que la decisión del empleador se imponga incluso en los despidos efectuados fuera del marco legal –es decir, de las causas establecidas, de la comunicación del despido y de que en dicha comunicación se señalen los hechos en que se funda la causa–.

Es cierto que la terminación del contrato de trabajo por decisión empresarial requiere la manifestación de voluntad y que en algunos casos además implica un preaviso de treinta días, específicamente por las causas económicas y de desahucio⁹⁵, junto con el pago de una indemnización por reconocimiento de pérdida de antigüedad en los mismos supuestos. Sin embargo, la decisión empresarial adoptada fuera del marco establecido por el legislador es indemne frente al accionar judicial y a lo que en definitiva resuelva el tribunal de justicia,

⁹⁵ Aunque procede que esta falta de aviso se compense por una indemnización equivalente a treinta días de remuneración, la que por analogía también se aplica en los supuestos de despido injustificado y de despido lesivo de derechos fundamentales.

dado que la resolución judicial no destruye la decisión empresarial⁹⁶ y sólo genera una indemnización por despido injustificado. En el supuesto de que con ocasión de este despido además se haya lesionado un derecho fundamental se establece una indemnización adicional.

Los únicos supuestos en que el despido empresarial fuera del marco legal es ineficaz son los planteados con ocasión de la vulneración del fuero laboral y del derecho de no discriminación laboral, casos en los que el trabajador debe ser reincorporado o tiene la opción entre la reincorporación y el pago de la indemnización adicional.

V.3. La indemnización en el sistema de terminación del contrato de trabajo. Por consiguiente, la indemnización por término de contrato es la consecuencia legal de la aplicación de específicas causas de terminación –la de necesidades de la empresa y el desahucio empresarial–, aumentando drásticamente su monto si se trata de un despido injustificado y, aún más, de un despido lesivo de derechos fundamentales.

Podría discutirse la estricta calidad de la indemnización como instrumento de protección ante el despido, en cuanto no impide la terminación del contrato. Sin embargo, plantea un costo al empleador que en razón de su capacidad financiera limitaría, e incluso, inhibiría despedir a un trabajador, particularmente, en razón del despido arbitrario. Como ha señalado la doctrina, “el control efectivo de la arbitrariedad empresarial depende principalmente de dos factores: la eficacia de las sanciones para el incumplimiento y la presencia e influencia de los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores”.⁹⁷

Pese a ello, en el sistema chileno se excluye totalmente la participación de los representantes de los trabajadores, y aunque se estableciera, el sistema sindical chileno sólo plantea la representación a través del sindicato, el que mayoritariamente es de empresa, y tiene implantación sólo en las empresas medianas, en un veinticinco por ciento, y en las empresas grandes, en no más del cincuenta por ciento de ellas⁹⁸.

⁹⁶ Aunque, como se ha señalado, diversas propuestas legislativas han planteado la reincorporación del trabajador en el supuesto de despido injustificado. Así se planteó en la tramitación de la Ley N° 19.759: Véase, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 19.759, pp. 511 y ss.

⁹⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 292.

⁹⁸ En efecto, la tasa de afiliación sindical al año 2011 no supera el 14,1%. De acuerdo con la información entregada por la Encuesta Laboral de 2011 (DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Encla 2011 (2012), la micro-empresa sólo tiene 452 sindicatos, lo que significa que el 1,6% del total de tales empresas tienen sindicatos. La pequeña empresa comprende 1.684 sindicatos, lo que significa que el 4,5% de las empresas de ese sector cuenta con sindicato. La mediana empresa tiene 2.052 sindicatos, lo que significa que el 23% de tales empresas cuenta con sindicatos. Y en la gran empresa hay 2.008 sindicatos los que se ubican en el 48,3% de ellas. Al efecto, se debe considerar que muchas empresas de mayor tamaño muestran la existencia de tres o más sindicatos.

V.4. En la perspectiva de las relaciones de trabajo y, en definitiva, del Derecho del Trabajo, el problema que en definitiva evidencian las propuestas referidas es que apuntan a eliminar un instituto básico y esencial de esta disciplina jurídica y que es la indemnización como instrumento de protección ante el despido, particularmente ante el despido arbitrario, en circunstancias de que es el único mecanismo que acoge el ordenamiento jurídico laboral chileno para dicho objetivo, salvo los referidos al fuero laboral y a la nulidad total del despido por lesión a derechos fundamentales.

Evidentemente, habría que efectuar algunas precisiones según cuál sea la propuesta que se trate. Considerando al efecto la de la Comisión Trabajo y Equidad en su primer planteamiento, es decir el cambio de todo el sistema⁹⁹, y la de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez; ambas plantean fortalecer un sistema de provisión de fondos a cargo del actual mecanismo de indemnizaciones. En la primera propuesta se propone un fondo de indemnizaciones a todo evento, cuyo financiamiento estaría a cargo del empleador, para lo cual se reemplazaría el actual Seguro de Cesantía, efectuando el empleador una cotización de un monto equivalente al 3% de las remuneraciones del trabajador¹⁰⁰. Esta indemnización “debe ser complementada por indemnizaciones por despido menores a las actuales(...)”¹⁰¹, pero no se indica en cuánto se rebajaría el monto de estas últimas indemnizaciones. Más específica en esta materia es la propuesta de la Escuela de Gobierno de la UAI, al indicar que el sistema de provisión de fondos sería financiado a través de cotizaciones periódicas. Este mecanismo otorgaría indemnizaciones cualquiera que fuese la causa de terminación, pero el monto sería menor, sólo quince días por año trabajado, en cuanto el aporte periódico financiaría dicha proporción¹⁰².

Surgen diversas interrogantes respecto de los alcances de estas propuestas, en torno a si sólo alcanzan la indemnización por antigüedad o se refieren a todo el régimen de indemnizaciones. Los problemas que se evidencian son distintos.

En el primer supuesto –el referido al reemplazo de la indemnización de antigüedad¹⁰³– y sin perjuicio del beneficio que significaría el acceso a una prestación por parte de todo trabajador al término de su contrato, se plantea

⁹⁹ Versus el segundo planteamiento que propone un sistema de provisión de fondos respecto de la generalidad de las causas, manteniendo el régimen actual de indemnizaciones. Véase, COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), pp. 73 y 74.

¹⁰⁰ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), pp. 77 y 78.

¹⁰¹ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008), p. 78.

¹⁰² Esto es el equivalente a 4,11% de la remuneración del trabajador, versus el 8,33% que se requeriría para financiar treinta días de remuneración por cada año trabajado.

¹⁰³ Y que corresponde al presentado por la Escuela de Gobierno de la UAI, REPETTO *et al.* (2011).

el peculiar tratamiento que tendrían dos causas de terminación, las que hoy precisamente dan origen a estas indemnizaciones y que son las de necesidades de la empresa y de desahucio empresarial, puesto que su aplicación no tendría impedimento alguno y ello es discutible en una perspectiva política legislativa.

En efecto, dejando fuera el desahucio, y lo debatible que es su aplicación, en particular respecto de los trabajadores de casa particular, en la causa de naturaleza económica, o de necesidades de la empresa como es denominada en Chile, es necesario su delimitación, en vista del abaratamiento del despido que plantean dichas propuestas y, en todo caso, el establecimiento de mecanismos de participación de los trabajadores, tal como procede en los sistemas comparados.

Una segunda observación respecto a este primer supuesto aparece en relación con el alcance que parece otorgarse a la indemnización de menor monto o al fondo que se constituye, en atención a si en su calidad de indemnización de antigüedad concurriría a financiar la base de la indemnización por despido injustificado. Y la respuesta parece ser positiva, dado que en la segunda propuesta se señala que en el caso de impugnación de la causal ante los tribunales "(...) el juez podría ordenar así el recargo de las indemnizaciones de acuerdo a la causal invocada inicialmente".¹⁰⁴

Por consiguiente, las indemnizaciones de menor valor o el fondo de indemnizaciones, en su caso, concurriría a financiar el despido injustificado y de esta manera facilitar el despido arbitrario. De igual manera, y admitiendo la misma tesis, concurriría a financiar un despido lesivo de derechos fundamentales.

En el segundo supuesto, si la propuesta del fondo reemplaza todo el régimen de indemnizaciones se obtendría que, a través de estos aportes, se financiarían sin límite tanto el despido arbitrario y el despido lesivo a derechos fundamentales, es decir, el libre despido, sin costo económico alguno.

VI. Reflexión final

Las propuestas presentadas de modificación de las indemnizaciones por término contrato plantean una radical incidencia sobre bienes jurídicos que los diversos sistemas laborales han pretendido proteger, siendo el más relevante, el excluir el despido arbitrario. Ello, toda vez que en el ordenamiento jurídico chileno sólo se establece la indemnización por término de contrato como instrumento de protección de la estabilidad laboral, salvo el fuero laboral y la nulidad del despido por lesión a derechos fundamentales. Y, ciertamente, lo que está en juego es la eficacia de las normas del mismo Derecho del Trabajo, puesto que la regulación del despido define la relación de poder entre las partes

¹⁰⁴ REPETTO *et al.* (2011), p. 19.

del contrato de trabajo y por consiguiente, la posibilidad real del trabajador de accionar por el cumplimiento de las normas laborales.

Es efectivo que en esta materia existen diversas valoraciones, sin embargo el iuslaboralismo chileno¹⁰⁵ ha detectado varias falencias. En mi opinión, se afectarían los bienes jurídicos señalados y valorados por la comunidad, como son los de la estabilidad laboral y el de la eficacia de las normas del Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFONSO MELLADO, Carlos y FABREGAT MONFORT, Gemma (2010): “La indemnización del despido”, en: de R. L. de Camps *et al.*, *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*, (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio (2009): “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, en: *Temas Laborales* (Nº 99), pp. 259-297.
- BARBAGELATTA, Héctor (2007): *Derecho del Trabajo*, tercera ed. actualizada (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), tomo I, volumen 2.
- BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín (2009): *El despido o la violencia del poder privado* (Madrid, Ed. Trotta).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley Nº 19.010. Establece nuevas normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo”. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19.010&anio=2013 [visitado el 14/08/2013].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley Nº 19.759 “Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica”. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19759&anio=2013 [visitado el 14/08/2013].
- CERRUTI, Gabriela (2008): “Forma y Comunicación del despido”, en: M. Ackerman, *“Extinción de la Relación Laboral”* (Buenos Aires, Ed. Rubinzal Editores).
- COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (2008): Comisión Asesora de la Presidenta Bachelet y que convocó a diversos especialistas, *Informe Final*. Disponible en: http://www.ciedessweb.cl/ciedess/attachments/article/76/informe_final_trabajo_equidad.pdf [visitado el 14/08/2013].
- CRUZ VILLALÓN, Jesús (2012): *La regulación del despido en Europa* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch).

¹⁰⁵ En este sentido, WALKER ERRÁZURIZ (2010) y (2011).

- DE BUEN, Néstor (2000): *Derecho del Trabajo* (México, Ed. Porrúa).
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Encla 2008* (2009): *Informe de resultados, Sexta Encuesta Laboral* (Santiago de Chile).
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Encla 2011* (2012): *Informe de resultados, Séptima Encuesta Laboral* (Santiago de Chile).
- FÉLIX, Ricardo (2012): *El Despido Laboral* (México, Ed. Porrúa).
- GOERLICH PESET, José Ma. (2008): "Flexiguridad y estabilidad en el empleo", en: *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico* (Nº 4).
- GRUPO RES PÚBLICA CHILE (2013): "95 Propuestas para un Chile Mejor", 2ª edición (Grupo Res Pública Chile).
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia (2007): "La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de descontractualización de la relación laboral", en: *Revista Relaciones Laborales* (Nº 1), pp. 1221-1237.
- LOPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis E. (2011): "La configuración de las causas reorganizativas en el derecho comparado: los casos alemán, francés e italiano", en: *Actualidad Laboral* (Nº 11), pp. 1290-1310.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, OECD (2009): *Reviews of labour market and social policies: Chile* (Ed. OECD). Disponible en: <http://www.oecd.org/els/soc/43411674.pdf> [visitado el 26/07/13].
- PEREZ REY, Joaquín (2009): "La modernización del régimen del despido. El debate europeo", en: Juan Landa Zapirain (Coordinador), *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad. Una aproximación crítica* (Albacete, Ed. Bomarzo).
- PINTO, Silvia (2008): "Extinción por iniciativa del empleador", en: M. Ackerman (director), *Extinción de la Relación Laboral* (Buenos Aires, Ed. Rubinzal Editores).
- PLÁ, Américo (1991): *Curso de Derecho Laboral* (Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria), tomo II, volumen I.
- REPETTO, Andrea; ALBORNOZ, Marcelo; DEL RÍO, Francisco y SOLARI, Ricardo (2011): "Hacia una nueva legislación laboral", en: *Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez*. Disponible en: http://www.uai.cl/images/sitio/facultades_carreras/esc_gobierno/documentos_de_trabajo/Propuestas_Laborales_UAI_Agosto_2011.pdf [visitado el 26/07/13].
- ROJAS MIÑO, Irene (1998): *La eficacia jurídica de los convenios colectivos* (Castellón, Ed. Bancaixa).
- THAYER A. William y NOVOA F. PATRICIO (1998): *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo III.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco (2010 y 2011): "Indemnización por años de servicios en el Chile de hoy, su mantención, modificación o supresión", en: *Revista Laboral Chilena* (Nº 10/2010), pp. 84-92 y (Nº 1/2011), pp. 70-75.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS

- Ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo de Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> [visitada el 14/08/2013].
- Ley Federal del Trabajo, México, actualizado al 30 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.stps.gob.mx/bp/micrositios/reforma_laboral/archivos/Noviembre.%20Ley%20Federal%20del%20Trabajo%20Actualizada.pdf [visitado el 14/08/2013].
- Estatuto de los Trabajadores, España, Edición actualizada a septiembre de 2012 (Madrid, Ed. Tecnos).